7 200032 007327

ISSN 0872-6043
ISBN 972-32-0732-X
Depósito Legal n.º 202 398/2003

PEDRO CAEIRO

SOBRE A NATUREZA DOS CRIMES FALENCIAIS

BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO

STVDIA IVRIDICA
19

PEDRO CAEIRO

SOBRE A NATUREZA DOS CRIMES FALENCIAIS

(O PATRIMÓNIO, A FALÊNCIA, A SUA INCRIMINAÇÃO E A REFORMA DELA)

REIMPRESSÃO

UNIVERSIDADE DE COIMBRA

COIMBRA EDITORA

STVDIA IVRIDICA 19

Comissão Redactora
TEIXEIRA RIBEIRO — ALMEIDA COSTA — EHRHARDT SOARES
CASTANHEIRA NEVES — FARIA COSTA

Redactor Delegado
JOSÉ de FARIA COSTA

UNIVERSIDADE DE COIMBRA — BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO

COIMBRA EDITORA

Edição subsidiada parcialmente pela JNICT (Fundo de Apoio à Comunidade Científica 1996)

BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

PEDRO CAEIRO

SOBRE A NATUREZA DOS CRIMES FALENCIAIS

(O PATRIMÓNIO, A FALÊNCIA, A SUA INCRIMINAÇÃO E A REFORMA DELA)

REIMPRESSÃO

2003

COIMBRA EDITORA

Composição e impressão
coimbra Editora, Limitada

ISSN 0872-6043

ISBN 972-32-0732-X

Depósito Legal n.º 202 398/2003

Novembro de 2003

Ao meu irmão Miguel

O texto que agora se dá à estampa reproduz, com alterações de pormenor, a dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Criminais que defendi em Junho de 1995 na Faculdade de Direito de Coimbra.

A elaboração do texto ficou concluída em Outubro de 1994. Nessa altura, tinha já conhecimento do projecto de revisão do Código Penal apresentado pela Comissão de Revisão ao Ministro da Justiça em 1991. Todavia, as sucessivas modificações introduzidas no Projecto e as vicissitudes por que ia passando o processo da sua aprovação não permitiam encarar a regulamentação ali vertida como uma lei de contornos acabados, cuja entrada em vigor estivesse próxima. Por isso preferi referir-me, em todo o trabalho, às disposições do Código Penal de 1982.

Agora, no momento em que envio o texto para a tipografia, encontra-se já em vigor a revisão do Código Penal introduzida pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, rectificado pela Declaração n.º 73-A/95, de 14 de Junho. Apesar dos inconvenientes que tal opção acarreta, decidi manter a versão original intacta. Com efeito, as últimas alterações sofridas pela lei penal nesta matéria reconduzem-se, na sua maior parte, à descriminalização de certas condutas cuja análise detém, segundo creio, uma valência histórica que importa preservar. Assim, a citação de artigos do Código Penal, sem outra informação, remete para as disposições anteriores à entrada em vigor do diploma que o reviu. Aqui e ali, sempre que se me afigurou oportuno, incluí algumas notas de actualização que se limitam a dar notícia das (escassas) modificações ocorridas.

Prestado este esclarecimento, quero agradecer à Senhora Prof. Doutora Tereza Beleza o ter gentilmente acedido a integrar o júri perante quem prestei provas.

Aos Senhores Profs. Doutor Manuel da Costa Andrade e Doutor José Francisco de Faria Costa, bem como aos meus colegas da Secção de Direito Penal,

agradeço a disponibilidade amiga que manifestaram sempre que lhes solicitei a opinião avisada ou a audiência tolerante.

Ao Senhor Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias agradeço o estímulo caloroso que quis dispensar-me; o resto que lhe devo, compreenderá que, com alguma emoção, cale aqui.

Coimbra, Outubro de 1995

...What shall we do tomorrow?
What shall we ever do?
The hot water at ten.
And if it rains, a closed car at four.
And we shall play a game of chess,
Pressing lidless eyes and waiting for a knock upon the door.

T. S. ELIOT, *The Waste Land*

SIGLAS E ABREVIATURAS

AcRC — Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra
AcRE — Acórdão do Tribunal da Relação de Évora
AcRL — Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa
AcRP — Acórdão do Tribunal da Relação do Porto
AcSTJ — Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça
Actas CFal — *Actas das Sessões da Comissão de Revisão dos Processos de Falência e de Recuperação de Empresas* (inéditas)
anot. — anotação
AnuDP — *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*
art. — artigo
AssSTJ — Assento do Supremo Tribunal de Justiça
BCE — *Boletim de Ciências Económicas*
BFD — *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*
BMJ — *Boletim do Ministério da Justiça*
CCiv — Código Civil
CCom — Código Comercial
CFal — Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (Decreto-Lei n.º 132/93, de 23 de Abril)
CFal 1899 — Código de Falências de 1899
CFal 1935 — Código de Falências de 1935
CJ — *Colectânea de Jurisprudência*
CP — Código Penal
CPCiv — Código de Processo Civil
CPCom — Código de Processo Comercial
CPolCrim — *Cuadernos de Politica Criminal*
CPP — Código de Processo Penal
CRegCom — Código do Registo Comercial
CRP — Constituição da República Portuguesa
CSC — Código das Sociedades Comerciais
D. — Decreto
DirComm — *Il Diritto Commerciale*

DL — Decreto-lei
GA — *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*
GComm — *Giurisprudenza Commerciale*
GzRL — *Gazeta da Relação de Lisboa*
JR — *Juristische Rundschau*
JuS — *Juristische Schulung*
JZ — *Juristenzeitung*
KO — Konkursordnung
L. — Lei
MDR — *Monatschrift für deutsches Recht*
NJW — *Neue Juristische Wochenschrift*
n. — nota
nm. — número de margem
n. s. — nova série
OrdFil — Ordenações Filipinas
ProjCC Mello Freire — Projecto de Código Criminal de Mello Freire
ProjCP Correia — Projecto de Código Penal de Eduardo Correia
ProjCP Jordão — Projecto de Código Penal de Levy Maria Jordão
Proj91 — Projecto da Comissão Revisora do Código Penal de 1991
RB — *Revista da Banca*
RD de 1942 — Régio Decreto de 1942 (Itália)
RDE — *Revista de Direito e Economia*
RDES — *Revista de Direito e Estudos Sociais*
REstPol — *Revista de Estudios Politicos*
RIDP — *Rivista Italiana di Diritto Penale*
RIDProcP — *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*
RLJ — *Revista de Legislação e de Jurisprudência*
ROA — *Revista da Ordem dos Advogados*
RPCC — *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*
RP — *Rivista Penale*
RScCrim — *Revue de Sciences Criminelles*
RTDC — *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*
RTDCDEc — *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et Droit Economique*
ScPos — *Scuola Positiva*
SJ — *Sub Judice*
StGB — Strafgesetzbuch
WiKG — Erstes Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, de 29-07-1976
ZRP — *Zeitschrift für Rechtspolitik*
ZStW — *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*

La specialità, la estrema specialità, del diritto esecutivo concorsuale trova la sua massima espressione, io credo che veramente si possa dire così, nella copertura sanzionatoria penalistica, anch'essa di natura assai speciale.

P. PAJARDI

NOTA PRÉVIA

I. Generalidades

A escolha do objecto do presente estudo deve-se a razões de ordem vária.

Antes de mais, a convicção de que a ciência jurídica tem por horizonte e fim último a *tarefa prática* da realização do direito (1) estimulou, dada a sua proximidade com a vida, a investigação de um instituto da parte especial do Código Penal.

Já dentro do conjunto formado pelos vários tipos de crime aí previstos, a eleição dos crimes falenciais (2) prende-se com três motivos de diversa natureza.

---

(1) Devendo ser, por isso, uma «*ancilla praxis*» (ORLANDO DE CARVALHO, *Critério*, p. 876), ou um «acto cooperante de uma *justitia normans*» (CASTANHEIRA NEVES, *BFD*, 44 [1968], p. 141); no mesmo sentido da necessidade de vinculação da produção teórica, no campo do direito penal, à «solução de verdadeiros e reais problemas que o direito e a comunidade suscitam», FARIA COSTA, *Perigo*, p. 180 ss.

(2) Sobre o emprego do termo *falencial* em detrimento de *falimentar*, cfr. *infra*, Parte II, Int. [n. 167].

O primeiro consiste na particular relação que sempre ligou estes crimes ao direito privado substantivo (direito civil e comercial) e adjectivo (direito processual civil). A especialidade dessa imbricação, reflectindo-se simultaneamente em aspectos *formais* (*v. g.*, a recorrente alternância da colocação das normas falenciais penais em diplomas legislativos penais e civis, a elaboração dogmática do direito penal falencial pela doutrina jus-privatística) e *substanciais* (*v. g.*, a discussão acerca do bem jurídico protegido pelos crimes falenciais, a constante remissão dos tipos penais para normas de direito privado, a subordinação da punibilidade a decisões judiciais do foro civil, as regras especiais relativas à instrução e julgamento dos crimes falenciais), dá a estes ilícitos penais uma coloração verdadeiramente única (3). A compreensão da matéria penal falencial constitui, sobretudo, um exercício de «separação de águas» que permita destrinçar, por entre as múltiplas intersecções em que se cruzam os vários ramos normativos concorrentes, os elementos que especificamente podem fundamentar um direito penal falencial, dotado de autonomia intencional e, portanto, científica.

Por outro lado, pesou também na opção tomada a intrigante escassez de espécies jurisprudenciais sobre o assunto, que se acentuou visivelmente nas duas últimas décadas e que não é certamente alheia ao quase inexistente tratamento do tema pela doutrina portuguesa. A falta de tradição nesta matéria, se reduz drasticamente as possibilidades de diálogo, põe à investigação um aliciante desafio.

Por último, trata-se de um tema de inegável actualidade, sobretudo se se tiver em conta a recente introdução no nosso ordenamento jurídico de um novo regime (civil e criminal), aparentemente diverso do modelo que vigorou até aqui — *maxime*, no que respeita à distinção entre os institutos da falência e da insolvência e aos efeitos que daí advêm para a construção e a aplicação das normas penais falenciais.

Uma derradeira nota: o presente trabalho não pretende resultar numa «teoria geral dos crimes falenciais», pelo que será propositadamente fragmentário. Todas as questões que encontrem solução imediata nos princípios e regras gerais comummente aceites pela ciência criminal serão omitidas. Vale por dizer que, para além das especificidades próprias dos crimes falenciais, só se

(3) Coloração que levava COGLIOLO (*cit.*, p. 33) a afirmar que os crimes falenciais são, *«a così dire, l'ultimo paese di confine del diritto penale dopo il quale viene il territorio del diritto civile o commerciale»*.

tratarão os problemas de índole geral que ganhem uma autonomia digna de nota nesse contexto.

II. Razão de ordem

Os crimes falenciais encontram-se previstos no Título IV do CP, que pune os crimes contra o património. Toma-se, pois, como hipótese de trabalho, o postulado de que os crimes falenciais são uma espécie do género *crimes patrimoniais*.

Ora, sem prejuízo de se admitir uma autonomia normativa do direito penal neste campo — e até para fundamentar esse estatuto —, o tratamento da tutela penal do património não pode ignorar as condições históricas, culturais, político-ideológicas, jurídico-constitucionais e jurídico-civis que determinam as relações dos homens com os bens do mundo externo. Assim, a primeira parte deste trabalho procura responder à questão *«o que é o bem jurídico património na ordem jurídico-penal portuguesa?»*, enquadrando o problema no âmbito mais amplo do sentido de uma tutela jurídica do património.

Em segundo lugar, a ligação *sui generis* dos crimes falenciais ao direito privado substantivo e adjectivo impõe uma compreensão prévia do processo concursual. Por isso, a segunda parte deste estudo procura responder à questão *«qual a função do processo concursual e quais os interesses que através dele se pretende tutelar?»*.

Enfim, a terceira parte procura responder à questão *«qual o bem jurídico que os crimes falenciais visam proteger e qual a morfologia da tutela que o direito penal, na sua autonomia intencional, lhe confere?»*.

Por último, ensaiar-se-á uma síntese do que se foi sugerindo nas partes precedentes. Síntese crítica, porquanto o jurista, ao contrário do poeta, não pode ceder ao apelo grandiloquente de Saint-John Perse e escusar-se a ser, quando necessário, a má consciência do seu tempo.

PARTE I

O BEM JURÍDICO PROTEGIDO

INTRODUÇÃO

O estudo monográfico de qualquer tipo-de-crime implica a correcta identificação do bem jurídico por ele protegido. A dilucidação desta questão prévia é imposta, por um lado, pelo dogma, hoje pacificamente aceite, de que a função primacial do direito penal consiste na «protecção de bens e valores fundamentais da comunidade social, a fim de proporcionar as condições indispensáveis ao livre desenvolvimento e realização da personalidade ética do homem» (4); nesta perspectiva, a individualização do bem jurídico carecido de tutela põe a primeira condição de legitimação da norma penal. Por outro lado, é esta categoria que empresta sentido ao juízo de danosidade social vertido pelo legislador no tipo incriminador ao definir as condutas proibidas, devendo ser ela a guiar o intérprete na compreensão da norma.

Os crimes falenciais — *Insolvência dolosa* (art. 325.º), *Falência não intencional* (art. 326.º) e *Favorecimento de credores* (art. 327.º) (5) — encontram-se previstos no Capítulo III *(Dos crimes contra direitos patrimoniais)* do Título IV *(Dos crimes contra o património)* da Parte Especial do Código Penal (5*bis*). O bem tutelado parece ser, portanto, o património.

---

(4) FIGUEIREDO DIAS, *DP 1975*, p. 5.

(5) O DL n.º 132/93, de 23 de Abril, que aprovou o Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência [CFal], alterou o arranjo formal e a disciplina material destes tipos de crime (cfr. *infra*, Parte II, Int.). Os artigos referidos no texto correspondiam, no CP de 82, respectivamente aos crimes de *Falência dolosa, Falência por negligência* e *Favorecimento de credores.* De notar ainda que o art. 9.º do DL *cit.* revogou expressamente o art. 324.º do CP de 82 *(Frustração de créditos)*, certamente por esse preceito não se coadunar com a nova regulamentação da matéria.

(5*bis*) *(Nota de actualização)* Com a entrada em vigor do DL n.º 48/95, de 15 de Março, que aprovou a revisão do Código Penal, estes crimes passaram a integrar, respec-

A primeira das inúmeras questões que se levantam a este propósito é a da *função* (categorial, hermenêutica ou normativa) das concretizações do bem *património* operadas pelos quatro capítulos do Título IV e, consequentemente, a da sua correlativa autonomia e complementaridade (6). Esta questão parece preceder, de um ponto de vista lógico, a densificação do que seja o património enquanto objecto de tutela penal, porque da sua solução depende, aparentemente, a perspectiva pela qual se deve encarar o bem jurídico protegido. Todavia, por razões de exposição, abstrairemos agora desse problema para nos ocuparmos primeiramente daqueloutro que consiste em estabelecer o que é o património no universo da normatividade penal. Para tanto, expor-se-ão de seguida os significados que esta palavra detém nos vários contextos comunicacionais relevantes, obedecendo a uma ordem de crescente especialização semântica, que culminará na noção de património enquanto bem jurídico-penal.

tivamente, os arts. 227.º, 228.º e 229.º, previstos no Capítulo IV do Título II da Parte Especial.

(6) Sobre o ponto, cfr. FARIA COSTA, *Crimes*, p. 2 s.

CAPÍTULO I

OS ELEMENTOS SEMÂNTICOS COLHIDOS NA EXPERIÊNCIA COMUM E NO DIREITO CIVIL

1. A linguagem comum

1.1. Numa primeira acepção, dominada pelas representações sincréticas da linguagem quotidiana, o património compreende-se como um *conjunto de bens materiais*. A essência do significado encontra-se, pois, nestas duas ideias: a *agregação* e a *exterioridade* dos bens relativamente ao homem. O critério que preside a essa agregação e a definição exacta da natureza dos bens que participam do conjunto são questões que exorbitam da abordagem mais imediata do significante.

É claro que a indeterminação patenteada por esta formulação a impede de exprimir o conteúdo do património enquanto bem jurídico-penal. Todavia, como veremos, a sua aparente inocuidade acaba por influenciar, ainda que de forma subtil, o sentido da protecção penal do património, ao incutir a ideia de que esta tem por escopo a preservação das «coisas», a salvaguarda de um substrato objectivo. Com efeito, o apagamento do centro de imputação do património permite insinuar a eleição das coisas em si como objecto da tutela penal, obnubilando a relação de domínio sujeito-objecto que o crime patrimonial necessariamente pressupõe (7).

2. O conceito jurídico-civil de património

2.1. A expressão património colhe, no direito civil, uma pluralidade de significados. Num sentido amplo *(património global)*, designa «o con-

(7) Cfr. já OTTO, *Struktur*, p. 36.

junto das relações jurídicas (direitos e obrigações) com valor económico, isto é, avaliáveis em dinheiro, de que é sujeito activo e passivo uma dada pessoa — singular ou colectiva» (8); num sentido mais restrito *(património bruto)*, significa «a soma dos direitos computáveis em dinheiro que pertencem a uma pessoa — o seu activo global — abstracção feita das dívidas correspondentes» (9); por último, no seu sentido mais limitado *(património líquido)*, designa «apenas a soma dos direitos redutíveis a um valor pecuniário que competem a dada pessoa, mas depois de abatido o montante das dívidas que os oneram» (10).

Para além desta classificação, feita em atenção ao *conteúdo* do património, pode ainda distinguir-se, do ponto de vista da sua *afectação*, entre patrimónios de afectação geral e patrimónios de afectação especial; dentro destes últimos, encontramos os patrimónios separados e os patrimónios autónomos. Independentemente do concreto sentido com que a palavra seja utilizada, existe uma nota comum a todos eles: o património constitui sempre uma combinação pertinencial de «relações jurídicas de carácter patrimonial de um certo centro de imputação» (11).

2.2. A formulação jurídico-civil da definição de património importa três diferenças de monta relativamente ao sentido que lhe dá a linguagem comum.

Em primeiro lugar, o cerne da noção é deslocado do «conjunto de bens» para a «combinação de relações jurídicas»: aqui, o património já não é uma colecção de objectos do mundo externo, mas sim uma *figura jurídica*. Em segundo lugar, e consequentemente, a conformação jurídica da noção de património, guiada pelas intenções próprias do direito civil, permite que a lei seleccione as espécies de bens que pertencem ao conjunto. Em terceiro lugar, a mesma noção desvela a existência necessária de um centro de imputação com o qual os bens económicos entram em relação: regra geral (12), o sujeito-de-direitos.

Estas três notas têm outras tantas consequências no plano do direito civil.

(8) MANUEL DE ANDRADE, *Teoria*, I, p. 205.
(9) ID., *ibid.*, p. 206.
(10) ID., *ibid.*, p. 207.
(11) ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria*, p. 124, e *Coisas*, p. 98 (n. 2).
(12) Cfr., já a seguir no texto, 2.3.

Por um lado, a concepção do património como uma entidade do mundo empírico é substituída por aquela que nele vê uma *criação do direito*, submetida, portanto, a uma qualquer disciplina jurídica que lhe conforma o próprio ser e os modos desse ser.

De outra parte, a noção jurídico-civil de património só abrange *bens com valor pecuniário*.

Por último, o sujeito assume o estatuto de condição imprescindível da existência do património: o critério de agregação das relações que constituem este último é o seu *encabeçamento num determinado sujeito*.

2.3. Não impressiona o argumento que se possa querer tirar da possibilidade de existência de «patrimónios autónomos» — patrimónios sem sujeito — para contraditar esta última asserção (13). Desde logo, porque se trata de figuras cujo carácter marginal não permite contestar a validade, em tese geral, da afirmação de que o património supõe um sujeito. Mas também, e sobretudo, porque a autonomia patrimonial constitui sempre um *expediente* utilizado pela lei para fins específicos, que transcendem os interesses típicos a que o direito subjectivo patrimonial está ordenado.

a) A autonomia patrimonial pode justificar-se, *v. g.*, quando *uma situação precária ou anómala impõe que se mantenha um certo activo adstrito à satisfação de um certo passivo*. Esse é o caso da herança jacente, que responde perante os credores do *de cujus* no período em que está por definir o destino da herança (14); é também o caso dos patrimónios afectados às associações e sociedades sem personalidade jurídica, pois os credores por dívidas assumidas em nome delas vêem reforçada a garantia dos seus créditos (15). Nestes casos, a abstracção do(s) titular(es) do património, conseguida através do expediente da sua indeterminação, se cria situações de «autonomia patrimonial», não deixa de ser uma pura técnica jurídica, que não anula a subsistência de sujeitos portadores de legítimos interesses, expectativas e direitos relativos aos bens que integram o património em causa. Assim, no lugar do sujeito de direitos,

(13) Referimo-nos à herança jacente, aos patrimónios afectados a colectividades sem personalidade jurídica e às doações e deixas testamentárias a nascituros e concepturos. Sobre a problemática atinente a este tipo de patrimónios, cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria*, p. 125 s. e 167 ss.
(14) Arts. 2046.º e 2068.º do CCiv e art. 6.º do CPCiv.
(15) Arts. 196.º, n.º 2, e 999.º, n.º 1, do CCiv.

surge um centro de imputação (construído a partir de sujeitos que gozam de um direito ou expectativa juridicamente tutelada sobre os ditos bens (16)), em função do qual se ordena a agregação de relações.

b) A autonomia patrimonial pode ainda justificar-se quando *constitua um instrumento adjuvante da protecção concedida a entidades que, não sendo sujeitos-de-direito, são todavia entidades juridicamente valiosas.* Esse é o caso das doações e deixas testamentárias a nascituros já concebidos, que «não são um nada humano», mas antes «uma firmada *spes vitæ*» (17). A irrecusável dimensão humana do embrião, apesar de não suportar ainda a atribuição de uma personalidade jurídica plena onde se ancorem direitos subjectivos (18), exige porém uma tutela adequada à personalidade em formação que o mesmo embrião constitui. E «a personalidade jurídica que lhes advirá [aos nascituros concebidos] pelo nascimento é à medida da respectiva personalidade humana, considerando-se como tutela dessa personalidade, como *direitos dessa personalidade*, os direitos respeitantes à defesa do indivíduo na fase meramente intra-uterina. O que vale sobretudo para os direitos pessoais (...), *mas ajuda também a dar verdadeiro sentido aos direitos patrimoniais que lhe competem*» (itálicos nossos) (19).

Isto significa que a figura do direito subjectivo (pessoal e patrimonial) é aqui utilizada como mecanismo de protecção do poder de auto-determinação do indivíduo (20); como puro mecanismo, pode ser mobilizado sem uma

(16) *V. g.*, o direito dos herdeiros a aceitarem a herança (art. 2050.º do CCiv), bem como o direito dos sócios da sociedade não personalizada à liquidação da sua quota (art. 1021.º do CCiv), que segue o seu direito de exoneração (art. 1002.º do CCiv).

Note-se que, sendo a situação de jacência da herança necessariamente precária — já que ou é aceita pelos herdeiros ou é declarada vaga para o Estado, que a não pode repudiar (arts. 2133.º, alínea *e)*, 2049.º e 2152.º e segs., todos do CCiv) —, os efeitos da sua aceitação retrotraem-se ao momento da abertura da sucessão, o que mostra de forma iniludível que a «autonomia patrimonial» não representa um verdadeiro hiato na titularidade dos bens, mas visa tão-só a protecção de terceiros durante um lapso de tempo finito.

(17) ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria*, p. 171.

(18) Criticamente sobre a atribuição de personalidade jurídica aos nascituros como forma de explicação destes fenómenos, apelidando-a de «construção de uma personalidade jurídica de funil», cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria*, p. 169.

(19) ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria*, p. 172; negando, a partir de uma concepção voluntarista do direito subjectivo, a possibilidade de existência de direitos sem sujeito, *vd.* MANUEL DE ANDRADE, *Teoria*, I, p. 35.

(20) Sobre a dupla feição do direito subjectivo, como instrumento da autonomia pessoal e mecanismo de tutela dessa autonomia, cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria*, p. 33 ss., esp. p. 41 ss.

«necessária e coincidente presença» desse poder de auto-determinação, embora o seja «em ordem a ele» (21). Podemos dizer, em suma, que os bens (coisas e direitos) doados ou deixados a nascituros já concebidos, constituindo embora patrimónios autónomos, pressupõem também um sujeito que, não sendo juridicamente existente (e não o é por opção do legislador, pois é pensável a atribuição de personalidade jurídica ao embrião desde o momento da concepção (22)), é um sujeito «existendo», dado que caminha naturalmente para essa condição. Compreende-se, portanto, que a ordem jurídica admita a atribuição de direitos (pessoais e patrimoniais) ao nascituro, como mecanismos de tutela da potência de pessoa que ele já é. Por outro lado, *ubi commoda, ibi incommoda:* a titularidade de direitos subjectivos patrimoniais pode implicar (e implica as mais das vezes) a imposição de determinadas obrigações da mesma espécie, pelo que aquele lado patrimonial activo há-de responder perante este passivo, de forma a garantir os direitos de terceiros. Tudo o que leva à configuração de um património, com a respectiva finalidade de liquidação, cuja única especialidade consiste em a lei não reconhecer como seu titular formal a entidade em função da qual se gera e permite a agregação patrimonial.

c) Enfim, a criação de um património autónomo pode ainda representar *uma homenagem à liberdade jurídica da pessoa:* esse é o caso das doações e deixas testamentárias a concepturos. A admissibilidade destes actos de disposição participa, de alguma forma, do mesmo fundamento pelo qual a lei permite a criação de pessoas jurídicas *stricto sensu* — a invenção de um centro de imputação de relações jurídicas diverso dos verdadeiros titulares dos interesses que subjazem a essas relações visa, em ambos os casos, satisfazer os interesses dos seus criadores (23). Parece-nos ser ainda em homenagem à liberdade jurídica do transmitente dos bens que a ordem jurídica permite a disposição de parte do seu património a favor de uma pessoa que não existe (24); a contrapartida,

(21) *Últ. op. cit.*, p. 170.

(22) Neste sentido, *vd.* DIOGO LEITE DE CAMPOS, «Lições de direitos da personalidade», *BFD*, 67 (1991), p. 160 ss.

(23) E fá-lo em homenagem ao poder de autodeterminação (poder jurisgénico) do indivíduo: «o poder de o indivíduo como que criar a sua lei» (ORLANDO DE CARVALHO, *últ. op. cit.*, p. 16).

(24) Contra, MANUEL DE ANDRADE (*Teoria*, I, p. 35), para quem a ideia de direitos sem sujeito é «inconcebível» (o que vale também para os nascituros); tais doações e deixas originariam «meros estados de vinculação» dos bens em causa, «em vista da possível superveniência de um titular para eles e portanto de um direito que lhes corresponda». Dessa

exigida pela tutela de terceiros, é a responsabilização desses bens pelos débitos que a sua titularidade implica. São estas duas razões (respeito pela liberdade jurídica da pessoa e protecção do tráfico jurídico) que conduzem à construção de um «centro de imputação autónomo» para suportar os bens doados e deixados a concepturos — sendo óbvio que esse centro de imputação mais não é do que a ficção da existência de um sujeito titular.

A não-coincidência do adquirente do direito com o (real) titular do interesse protegido nada tem de extraordinário: pense-se, por exemplo, nas entradas dos sócios de uma sociedade personalizada — o direito sobre os bens que as integram transfere-se dos sócios para a sociedade e nem por isso os interessados nessa operação deixam de ser os próprios sócios, já que é inadmissível a existência de interesses próprios em uma pessoa jurídica *stricto sensu* (25).

forma, «o possível objecto de certo direito, em vez de estar livre, encontra-se vinculado, como que em expectativa adequadamente tutelada, reservado para o mesmo direito, se vier a surgir com o respectivo titular». ORLANDO DE CARVALHO (*ibid.*, p. 171), na esteira de Santoro Passarelli, admite os direitos dos nascituros — concebidos e não concebidos — como direitos referidos a um centro autónomo de relações jurídicas não personalizado.

Não podemos concordar com nenhuma das teses apontadas. A primeira implicaria a extinção objectiva do direito transmitido (e uma transformação do seu objecto em *res nullius?*), seguida de uma eventual aquisição originária do mesmo por parte do adquirente, o que, para além de tecnicamente incorrecto (ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria*, p. 170 s.), se afigura desconforme com a realidade das coisas. A segunda, caracterizando correctamente a posição dos concepturos como centro autónomo de imputação, parece todavia querer significar que a lei permite a transmissão de direitos a concepturos no interesse destes últimos, utilizando para tanto o direito subjectivo enquanto mecanismo de protecção (à semelhança do que vimos valer para os nascituros já concebidos). Ora a diferença, logo no plano do Ser, entre nascituros e concepturos impõe que daí se retirem as devidas consequências para a fundamentação dos respectivos regimes. Com efeito, parece excessivo afirmar que se deva tutelar, através da atribuição de direitos, uma entidade inexistente e «inexistenda» (tanto jurídica como fisicamente): diversamente do que acontece com os nascituros — cuja estrutura onto-antropológica constitui já, como se disse, uma potência de pessoa —, os concepturos não expõem qualquer suporte onde a ordem jurídica possa fixar a tutela de interesses (nem mesmo meramente presuntivos) que dá corpo ao direito subjectivo. Concluindo: a ordem jurídica não pode proteger os interesses de uma pura inexistência.

(25) Temos em mente os interesses enquanto apetências relativas a bens, enquanto aquilo «que *inter est* o homem e os bens» (ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria*, p. 20). É claro que se pode falar de interesses das pessoas jurídicas, até para os contrapor aos das pessoas (humanas) que as compõem, desde que se tenha presente que, noutro plano e em última análise, esses interesses não são da pessoa jurídica, mas sim de algumas das pessoas que as

O que mostra que a inexistência física do sujeito não impede a ordem jurídica de o pressupor como centro de imputação de relações jurídicas para os efeitos que julgue pertinentes — nomeadamente, para o tornar no elemento aglutinador dessas relações (26).

d) Quer isto dizer que os «patrimónios autónomos» não são conjuntos de bens auto-sustentados, porquanto levam sempre referido um *centro de imputação* que supre a «falta» do sujeito. O facto de esse centro de imputação não coincidir com um sujeito-de-direito não exclui a necessária subjectivação da relação patrimonial — seja por força da tutela de terceiros, seja por força da sua combinação com a protecção da personalidade *in fieri* ou com o reconhecimento da liberdade jurídica da pessoa.

2.4. Em suma: as três notas marcantes do conceito jurídico-civil de património são a sua *subjectivação*, *juridicização* e *pecuniarização*.

Como veremos, as duas primeiras conformam a noção de bem jurídico-criminal, mas a terceira é-lhe estranha.

integram (nomeadamente, das pessoas que detêm o verdadeiro poder de decisão: cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *Coisas*, p. 45 s. (n. 71)). Neste sentido, a proposição do texto aproxima-se do entendimento de KESSLER (*apud* COSTA ANDRADE, *Consentimento*, p. 94), ressalvada a evidente diferença de planos: o facto de só a pessoa humana ser portadora de interesses não significa que o bem jurídico-penal tenha que consistir necessariamente num interesse.

(26) O que explica a possibilidade de as pessoas jurídicas *stricto sensu* serem titulares de direitos subjectivos (ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria*, p. 170). Embora em outro plano, a não coincidência do titular do interesse com o sujeito do direito também existe nos direitos sobre pessoa de outrem (art. 1887.º, n.º 2, do CCiv): cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *Coisas*, p. 106.

L'homme n'est pas pleinement et ne sait jamais très bien ce qu'il est. Doublement divisé de l'Être comme créature et comme créature incarnée, il sent la privation de tout ce qu'il n'est pas, à commencer par lui-même et sa Personne inconnue. Il dit qu'il a *les choses et les autres hommes [...].* L'avoir *est donc pour lui un substitut dégradé de* l'être, *un désir impuissant de la co-existence — comme il voudrait être cette journée, cette femme, cette gloire!*

E. MOUNIER

CAPÍTULO II

O SENTIDO DE UMA TUTELA JURÍDICA DO PATRIMÓNIO E A SUA EVOLUÇÃO

É chegado o momento de encetar a investigação do sentido que a expressão «património» detém no universo das significações jurídico-penais.

Aparentemente, esta tarefa reduz-se à dilucidação do que seja o bem jurídico património enquanto objecto da tutela penal. Todavia, não cremos que assim seja. Parece preferível, antes de mais, identificar um *quid* susceptível de ser reconduzido àquele significante numa perspectiva mais ampla. Que há-de ser, evidentemente, jurídico-criminalmente interessada, mas que não pode limitar-se, contudo, aos termos que lhe põe o desenho típico-positivo da tutela penal. Por outras palavras, procuraremos descobrir, livres da contingência legal, o que deve ser o património para o direito penal, é dizer, de que forma é legítimo reivindicar uma protecção penal para o património.

1. A ruptura entre a pessoa e as coisas: sinopse

1.1. O homem é um ser originariamente desprovido e, logo, necessitado, tanto no plano ontogenético (da construção do ser individual), como no

plano filogenético (da construção da espécie convivente). Essa dupla pobreza inicial dita, por um lado, a necessidade de apresamento de bens que garantam a subsistência pessoal e, por outro, a imprescindibilidade do estabelecimento de regras que organizem a partilha do mundo escasso entre os membros da comunidade, naquela «disputa paradoxalmente fraterna» (27) que simultaneamente os une e divide.

Este condicionamento permite-nos caracterizar o étimo primeiro da relação patrimonial como a *posição de vantagem de um indivíduo sobre um bem escasso exterior à sua pessoa, que se traduz na possibilidade de afectar esse bem à preservação da própria subsistência, acompanhada da concomitante exclusão dos outros sujeitos no acesso ao mesmo* (28). É justamente a garantia de tal posição vantajosa exclusiva que cabe ao direito assegurar (29).

As formas da posição vantajosa de que falamos (e as formas da respectiva tutela jurídica) sofreram profundas mutações ao longo dos tempos, acompanhando a evolução dos modos de organização sócio-económica. Assim, da detenção fáctica de bens de consumo pelo indivíduo, destinada a garantir a preservação da vida (típica de uma economia de subsistência), até às complexas pretensões fundadas nos modernos contratos mercantis, destinadas a maximizar a rentabilidade de uma exploração comercial (próprias de uma economia pós-industrial), assistimos a uma progressiva diversificação (e complexificação) das formas de aproveitamento económico dos bens. As considerações seguintes visam mostrar que, por influência dessa evolução, a relação jurídico-patrimonial se transfigurou, de protecção mediatamente ordenada à pessoa, na protecção da exclusividade na aquisição e acumulação de bens possibilitadas pela criação de riqueza.

1.2. É com as trocas económicas que se inicia o processo de afastamento entre a protecção da pessoa e a tutela do património (30). Progressivamente, o

(27) ORLANDO DE CARVALHO, *RDES*, 16 (1969), p. 63; cfr. também ID., *Coisas*, p. 11 ss.

(28) Esta caracterização constitui mais um *prius* antropológico do que a identificação de um determinado estádio histórico.

(29) Vendo mesmo nessa garantia — em atenção ao princípio *primum vivere, deinde philosophari* — a «função número um» do Direito enquanto regra de coexistência social, ORLANDO DE CARVALHO, *Coisas*, p. 11.

(30) Mostrando a influência da intensificação das trocas na modificação da fisionomia da economia romana e na correspondente concepção de formas jurídicas de propriedade cada vez mais «abstractas» (especificamente: a propriedade bonitária), que admitem uma

senhorio sobre a terra, a apropriação do lucro mercantil e do juro prestamista passaram a ser juridicamente tutelados ao mesmo título por que o era aquela relação patrimonial originária. A protecção do património expandiu-se no sentido de abarcar (também) o domínio sobre os bens que originam e aumentam a *potência económica* (31-32) dos indivíduos, permitindo-lhes prover à satisfação de um número cada vez maior de necessidades da mais diversa natureza (33). Por outras palavras: a garantia de exclusão estendeu-se ao excedente gerado pelas actividades produtivas e pela dinâmica da circulação da riqueza.

No momento em que a tutela do património passa a incluir a adjudicação do excedente ao titular dos bens de produção (artesão, proprietário fundiário e, mais tarde, industrial) e ao agente das trocas (comerciante e prestamista) (34),

maior distância entre o bem e o titular, SEIXAS MEIRELES, *cit.*, p. 361 ss. e (n. 243), *in fine*.

(31) Referimo-nos essencialmente à acumulação do rendimento que excede o «*necessarium vitæ*» (MOUNIER, *cit.*, p. 39). Claro que a detenção dos bens de produção joga um papel fundamental no aumento da potência económica individual, mas, na perspectiva que agora nos interessa, apenas enquanto fonte de riqueza: é dizer, enquanto condição de apropriação do excedente.

(32) A extensão da tutela prende-se também com a nova perspectiva por que a própria função dos bens (de todas as espécies de bens) passa a ser encarada. A propósito desta «viragem» no contexto da economia romana, escreve SEIXAS MEIRELES (*cit.*, p. 373 s.): «a economia romana passou a ser — pelo menos desde os fins da República — uma economia 'dominada' pelos valores de troca. [...] O carácter das coisas transforma-se. Os bens passam a ser considerados, fundamentalmente, do ponto de vista do seu valor de troca e, portanto, a primitiva 'esfera económico-familiar' imaterializa-se e passa a ser 'avaliada' pelo seu valor em dinheiro. Aparece por esta altura a noção 'contabilística' de património e correlativamente a 'abstractização' do conceito de pertinência, já que os bens — o conjunto dos bens — passam, de uma relação de afectação (quase física) ao *pater*, de carácter predominantemente político, a uma relação de pertinência de carácter predominantemente económico». Além disso como refere J. ELLUL, (*apud* ID., *ibid.* (n. 268)), «a ideia de que os bens são a garantia dos credores [...] modifica completamente a relação entre os bens e a pessoa. A ideia de uma ligação entre os bens e a família desfaz-se», sendo «substituída pela ideia de que os bens são um activo que cobrem um passivo».

(33) A progressiva libertação dos homens em relação à luta pela manutenção da vida, propiciada pelo crescimento económico, resultou na multiplicação de necessidades pertinentes a outras esferas da pessoa. O bem-estar passou a depender da satisfação de necessidades que exorbitam manifestamente da pura subsistência física, satisfação para a qual se requer uma certa potência económica do sujeito — aquilo que MOUNIER (*últ. loc. cit.*) denomina «*necessarium personæ*».

(34) Sobre a relação entre a distribuição do produto social e a apropriação dos meios de produção, *vd.* AVELÃS NUNES, *cit.*, p. 13 e 24 s.

assistimos também a uma evolução da função que ela desempenha na regulação dos conflitos de interesses.

Já não se trata só de garantir, de forma tendencialmente paritária, a preservação da vida individual e, concomitantemente, a manutenção da paz necessária à vida comunitária. Na verdade, é nesse momento que começa a afirmar-se um outro perfil da referida tutela: garantindo ao titular a exclusão dos outros no que respeita à aquisição e à disposição do excedente, protege-se o aumento de concretas potências económicas, que variam de indivíduo para indivíduo consoante a rendibilidade dos bens possuídos e das actividades económicas desenvolvidas. A tutela do património acaba por tornar-se na peça fundamental da estruturação jurídica do domínio, consolidando a desigualdade entre os titulares de potências económicas mais amplas (geradas pela acumulação de bens) e menos amplas (que, no limite, serão verdadeiramente inexistentes sempre que os bens titulados pelo indivíduo continuem a destinar-se exclusivamente à garantia da sua subsistência física ([35])) e estabilizando as relações de poder que a desigualdade económica produz.

Este processo de afastamento entre o homem e a intencionalidade da tutela do património, que lançara os seus alicerces nos sistemas económicos pré-capitalistas, cumpre-se com a transformação das relações de produção operada pelo modo-de-produção capitalista e o triunfo político da ideologia liberal-burguesa ([36]).

Efectivamente, os direitos de livre iniciativa e de livre acesso à condição de possidente, acompanhados do elogio do «espírito de risco» empresarial, são os instrumentos necessários que permitem elevar a criação do excedente

([35]) Será esse o caso do servo da gleba no modo-de-produção feudal e do trabalhador (enquanto categoria da análise marxista) no modo-de-produção capitalista, que troca a sua força de trabalho (único bem que possui com carácter de permanência) contra o regular sustento da sua «pessoa-ser» e da sua «pessoa-devir». Desenvolvidamente, SEIXAS MEIRELES (*cit.*, p. 532 ss.), que, por essa razão, configura o direito ao trabalho como um «direito do trabalhador e da sua pessoa à 'existência' e às condições estruturais que a tornam possível» (*ibid.*, p. 537), e, no plano do direito público, como um «direito ao reconhecimento activo, por parte da 'comunidade política', do direito do trabalhador a existir como pessoa — o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade» (*ibid.*, p. 562 s.).

([36]) Para Sombart, o homem pré-capitalista seria ainda um «'homem natural', que via na actividade económica o meio de satisfazer as suas necessidades naturais», por oposição ao homem capitalista que «'busca o lucro, racional e sistematicamente [...]', desumanizando a economia» (AVELÃS NUNES, *cit.*, p. 16).

e a busca do lucro à categoria de projecto cívico, assinalando-lhe o papel de imprescindível condição do progresso social. A acumulação de bens torna-se assim em autónomo e principal fim da actividade económica, estimulada pela valoração positiva que as diversas instâncias culturais (as ciências económicas ([37]), as doutrinas religiosas de inspiração calvinista ([38]) e, por fim, o direito) lhe conferem. É deste ambiente que se faz eco a conhecida apóstrofe de Guizot.

Consuma-se, enfim, a translação da tutela jurídica do património. O referente *primacial* da regra de atribuição dos bens deixa de ser a *imediação* necessária ao uso (que leva sempre implícita uma qualquer ideia de utilidade), para passar a encontrar-se na *disponibilidade* necessária ao funcionamento da economia mercantil capitalista (que postula a ideia de exclusão ([39])). Já não se trata de garantir ao indivíduo o apresamento de bens que lhe permitam subsistir, mas antes de lhe proporcionar o aumento da sua potência económica através da máxima exclusão possível dos outros membros da comunidade no acesso ao excedente criado. Ao «bem-para-a-pessoa» substitui-se definitivamente o «bem-do-sujeito»: a relação patrimonial — entendida como forma de tutela mediata da pessoa, funcionalmente vinculada a garantir o interesse comunitário (porque comum a todos) na sobrevivência — despersonaliza-se através da cisão entre o «sujeito» (-de-direito) e o «objecto» a que ele «tem direito» ([40]), remetendo para a esfera do insindicável arbítrio individual a definição dos interesses que a exclusão assegura.

Isto porque o condicionalismo do direito liberal-burguês — de que o direito privado ocidental da actualidade integra, apesar de tudo, um herdeiro legítimo — não permite assinalar à tutela do património outra função que não

([37]) Assim, o modelo económico liberal «foi, desde logo, um modelo normativo e, depois, um aparelho ideológico do capitalismo. O liberalismo clássico é efectivamente a 'ideologia do alto capitalismo'» (VITAL MOREIRA, *cit.*, p. 46).

([38]) Na esteira da tese de MAX WEBER, cfr., entre nós, AVELÃS NUNES, *cit.*, p. 70 ss.; VIEIRA DE ANDRADE, *cit.*, p. 44 (n. 2); e FARIA COSTA, *Perigo*, p. 294. Para uma visão compreensiva da tese weberiana sobre a origem do capitalismo, relacionando as «causas internas» propiciadas pelo calvinismo — no seu particular modo de ligar o despojamento do mundo à ânsia da acumulação material como um fim em si — com as «causas externas» determinadas pela evolução histórico-social, cfr. W. SCHLUCHTER, *cit.*, p. 39 ss.

([39]) Dizendo-o com MOUNIER (*cit.*, p. 28), «assim que possui, o proprietário parece possuído pelo desejo, não de se entregar ao seu bem, mas de, antes de mais, dele excluir qualquer outro, de tirar prazer dessa exclusão, e de cobiçar os bens de que está provisoriamente excluído, mais do que de fruir do seu próprio».

([40]) Sobre a oposição entre a pessoa e as coisas, *vd.* SEIXAS MEIRELES, *cit.*, p. 267 s. (n. 66), 445 ss., 501 e 545.

a de garantir, através da máxima exclusão, a máxima disponibilidade dos bens, pois dela depende a máxima liberdade de decisão do *homo œconomicus* sobre que assenta a dinâmica da economia de mercado (41). Ora a promoção da exclusividade na aquisição e na conservação dos bens como um fim em si é incompatível com uma repartição comunitária do mundo, vista como meio de garantir o desenvolvimento da pessoa de cada um.

2. Os factores determinantes da ruptura entre a tutela do património e a protecção da pessoa

Cumpre agora fazer referência, ainda que sumária, aos principais factores determinantes desta modificação de sentido.

2.1. Com a Revolução Francesa, a abolição das classes sociais e a proclamação do princípio da igualdade entre todos os homens — que serviam, como se sabe, os interesses da burguesia vitoriosa — traduziram-se, no plano do direito privado, na nivelação formal dos indivíduos através da abstracção do «sujeito-de-direito» (42). Os homens, independentemente da sua concreta

(41) É que «a liberdade de competição supõe a liberdade de especulação e acumulação e, por conseguinte, a liberdade de apropriação. É ao arbítrio do indivíduo, como motor número um do desenvolvimento económico, que se remetem as decisões da economia» (ORLANDO DE CARVALHO, *Coisas*, p. 41).

(42) Segundo SEIXAS MEIRELES (*cit.*, p. 378), «a abstractização da pessoa» consuma-se muito antes, logo com a *persona* do direito romano dos fins da República, que «passa a ser uma máscara que o indivíduo usa no processo das trocas». Só que, como o próprio A. aliás reconhece em outros locais (*ibid.*, p. 371 (n. 260), 396 e 435), a *persona* estava longe de ter a vocação universalista do sujeito-de-direito liberal-burguês: já porque era um instrumento com um campo de utilização restrita — o mundo dos negócios — e não aspirava a ser a total representação jurídica da pessoa, já porque só designava o homem livre. O facto de este poder «ceder» temporariamente a sua «máscara» ao *servus* e ao *filius* para exercerem o comércio no seu interesse mostra justamente que a desigualdade concreta dos indivíduos se espelhava com alguma nitidez na ordem jurídica: a atribuição de «personalidade limitada» dependia ainda de um acto de vontade de um *sui iuris*. Idêntica assunção da desigualdade real pelo direito pode ser encontrada na concepção medieval do sujeito, onde o «*status civilis* decalca [...] o *status civitatis* [e o inerente direito particular] de cada homem» (*ibid.*, p. 430 ss.). Daí que nos pareça exagerado ver na *persona* romana uma consumação da abstractização da pessoa, ou sequer uma mistificação jurídica (no sentido de «descolamento» da realidade) comparável com a que gera a «ideologia» do sujeito-de-direito. Para uma reflexão detida sobre a categoria do sujeito no direito civil, *ibid.*, p. 514 ss., e *passim*.

circunstância, passaram a entrar no mundo jurídico-civil igualitariamente vestidos de «sujeitos» (43-44), acompanhados dos direitos inerentes a esse estatuto. Entre eles avulta o «direito de existência», que gera o «direito de aprotuto. Entre eles avulta o «direito de existência», que gera o «direito de apropriação», o qual, por sua vez, dá origem ao «direito de propriedade» (45).

(43) O processo de que vimos falando está umbilicalmente ligado à história da relação de dominação homem-homem, que a instância jurídica foi progressivamente ocultando por formas cada vez mais subtis. Assim, no período esclavagista, o direito reproduz com grande fidelidade a dominação real (aqui verdadeiro domínio) que os senhores *(personae)* exerciam sobre os escravos *(res)*. No período feudal, a igualação relativa propiciada pela atribuição universal do estatuto de *subjectum* (que nesta altura detém, note-se, um significado muito próximo de «súbdito», de «assogetato» [G. TARELLO, *apud* SEIXAS MEIRELES, *cit.*, p. 436] — e, portanto, de *objecto* de uma qualquer relação de poder) oculta já uma desigualdade real: *subjectum* é «aquilo que se predica da pessoa na *civitas*» (HEINECCIUS, *apud* ID., *ibid.*, p. 431), pelo que o conteúdo desse *universal* é o *particular* constituído pelo *status* da classe ou corporação a que cada homem pertence (cfr. também VIEIRA DE ANDRADE, *cit.*, p. 29). Por fim, o direito do período capitalista — para além do que nele ia de genuína libertação — acaba por se divorciar da relação de poder real entre possidentes e não possidentes ao proclamar a igualdade de todos os homens, tanto no plano do direito público (cidadão) como no plano do direito privado (sujeito-de-direito). A progressiva universalização da representação jurídica da pessoa, afastando o direito dos homens concretos, é o correlato lógico, no plano da *persona*, do progressivo distanciamento da tutela do património em relação ao homem no plano da *res*.

(44) Segundo F. SGUBBI (*Studio*, p. 4), a figura do sujeito-de-direito transcende os quadros do direito civil para se tornar no «indivíduo abstracto que a norma supõe ao descrever o facto típico» e a cuja vontade a norma penal, enquanto «comando comportamental», «faz apelo», pressupondo assim «sujeitos *racionais*, sujeitos *livres* de se determinar», ainda que «a realidade objectiva das relações sociais 'determine' certas classes de sujeitos a cometer o *facto* proibido com maior frequência que as outras». No mesmo sentido, escreve SEIXAS MEIRELES (*cit.*, p. 619): «a *imagem do homem* pressuposta no Direito Criminal é a *mesma imagem* pressuposta no Direito Civil, o mesmo *suppositum intelligens*», pelo que (*ibid.*, p. 622 (n. 958)) «o 'sujeito' da Dogmática do Direito Penal é [...] um *duplo* antropológico do *homo œconomicus*». Em sentido diferente se pronuncia FIGUEIREDO DIAS (*Liberdade*, p. 148), que vê no homem *tout court*, «no seu concreto existir», um radical «*ser-livre*», o qual constitui justamente o suposto da responsabilidade juridicamente exigida. Se transpusermos os termos da discussão para o âmbito do direito penal patrimonial, rapidamente nos aperceberemos que a oposição das duas teses se exaspera, pois esse é porventura o campo onde a igualdade (e, logo, a legitimidade) da norma de proibição (penal) pode sofrer maior contestação. Cremos, contudo, que é possível ver nos destinatários da norma iguais seres-livres — e, portanto, afirmar a igualdade da lei — desde que se adopte uma certa concepção do bem jurídico património e se rejeite o emprego do aparelho penal como puro instrumento de reforço da defesa dos possidentes contra os não possidentes.

(45) Cfr. os arts. 359.º e 366.º do CCiv de 1867.

Esta trilogia (sujeito-de-direito — liberdade contratual — propriedade) constitui a pedra angular do tratamento jurídico da economia no período liberal (46). Por um lado, a criação da figura do sujeito-de-direito — ambiguamente dividida entre uma intenção libertadora e a juridicização de um protótipo de homem construído a partir dos interesses do *homo œconomicus* (47) — representa a abolição dos privilégios do Antigo Regime, concedidos em razão da classe social à nobreza e ao clero e, simultaneamente, possibilita a legitimação ético-jurídica das novas relações de produção, assentes no trabalho assalariado. Por outro lado, a liberdade contratual quebra as cadeias postas ao comércio e à indústria pelas corporações e pelo controle do Estado-de-Polícia sobre a actividade económica (48) e concorre, do mesmo passo, para a representação jurídica do trabalhador como proprietário de uma mercadoria — a força de trabalho — livremente alienável segundo o jogo da oferta e da procura (49).

2.2. Mas é sobretudo o terceiro pólo daquela trilogia — a regulamentação do domínio dos bens — que, no nosso horizonte temático, importa considerar.

Na verdade, se o direito patrimonial não se reduz à disciplina do estatuto dos bens escassos, é todavia o direito das coisas que regula o *controle* de tais bens, o qual «equivale a um controle dos meios de subsistência: isto é, a um controle sobre a vida dos cidadãos, a um controle sobre os fins e a fisionomia da cidade» (50). Assim, é ao nível da ordenação jurídica do domínio

(46) Uma análise da sua refracção ao nível da constituição económica do sistema pode ver-se em VITAL MOREIRA, *cit.*, p. 147 ss; cfr. também ORLANDO DE CARVALHO, *Critério*, p. 27 (n. 20).

(47) Cfr. SEIXAS MEIRELES, *cit.*, p. 469.

(48) Assim, VITAL MOREIRA, *cit.*, p. 74.

(49) Esta ideia não deixa incólume o discurso penal: LEVY MARIA JORDÃO (*Relatório*, p. 159), a propósito da preconizada abolição dos crimes de coligação de trabalhadores, escreve que «o trabalho é uma mercadoria cujo preço se regula como o de qualquer outra, pela relação entre a oferta e o pedido». Sobre a liberdade do trabalhador, escreve VITAL MOREIRA (*cit.*, p. 80): «o trabalhador é certamente livre, mas é-o num duplo sentido: livre de dispor da sua força de trabalho, como e onde quiser, sem qualquer limitação; mas livre também de tudo, desprovido de qualquer outra coisa, de meios de produção e de subsistência. E é esta última 'liberdade' que transforma aquela em servidão»; cfr. também MANUEL VAZ, *cit.*, p. 44.

(50) ORLANDO DE CARVALHO, *Coisas*, p. 17.

que se podem surpreender com maior acuidade a feição e as intenções conformadoras da tutela do património. Isto porque, no plano funcional, as necessidades que determinam os interesses patrimoniais encontram a sua satisfação, as mais das vezes, na proximidade (*rectius*: na *imediação*) entre o homem e os bens que é tipicamente proporcionada pelos direitos reais (tanto na óptica da produção como do consumo), ficando os direitos de crédito relegados para a posição de simples auxiliares no acesso aos mesmos bens. Tudo o que, segundo cremos, justifica esta «sinédoque» (51).

O binómio domínio/exclusão adquire um sentido específico consoante o ambiente sócio-económico que o condiciona. A exclusão (ou mais correctamente: o conteúdo do dever geral de abstenção) é, logicamente, função dos poderes que dão corpo ao correlativo direito — é dizer, o não-titular fica impedido de exercer sobre o bem os poderes reservados ao titular. Claro que, quanto mais limitados forem estes poderes — seja do ponto de vista jurídico (faculdades [secundárias] que constituem o *licere* do direito), seja do ponto de vista empírico (modos de aproveitamento que o *posse* do bem oferece) —, menor será o âmbito objectivo da exclusão.

Ora, nos sistemas económicos anteriores ao sistema capitalista, onde a produção agrícola desempenhava o papel principal, a criação de um excedente (e a consequente acumulação de bens) pode ser vista como mero *resultado* de um certo crescimento económico, no sentido de que não constituía, em si, o fim último da actividade económica. Assim, a forma preferencial de domínio no direito romano — a *plena in re potestas* — assegurava a exclusão do não-titular relativamente à função «naturalmente» consumptiva desse direito. A exclusividade surgia como puro instrumento de garantia do exercício do direito (o qual, sendo embora absoluto e infrangível, tinha, nesta altura, um *licere* «naturalmente» definido e limitado pelos bens sobre que versava) e, logo, como um momento claramente secundário relativamente ao conteúdo (o poder directo e imediato) desse direito.

Já no período feudal, as condições sócio-económicas vigentes mostraram-se incompatíveis com uma apropriação exclusiva da terra, levando ao des-

(51) Se o estatuto dos bens, organizado pelos direitos reais, resume o direito patrimonial vigente em certo contexto sócio-histórico, não é menos verdade que a regulamentação do direito de propriedade resume, por sua vez, aquela organização. E isto não apenas no plano do direito civil, mas também no plano jurídico-criminal (cfr. *infra*, 3.). Essa a razão por que privilegiaremos, na exposição subsequente, a figura da propriedade.

membramento do domínio através da generalização da enfiteuse (52) (coexistência do *dominium directum* do senhor com o *dominium utile* do vassalo). O protótipo da organização dominial era, pois, uma forma partilhada de domínio, que implicava, de forma necessária, a definição (jurídica) dos poderes que cabiam a cada um dos titulares. Em consequência, a exclusão era também limitada, porque referida a um leque determinado de poderes, articulando assim a multiplicidade de domínios que incidiam sobre o mesmo bem.

Tudo o que permite a conclusão de que a tutela jurídica do património anterior ao direito moderno, não sendo já uma pura forma mediata de protecção da subsistência da pessoa, era decisivamente condicionada pela relação de imediação homem-bem e só secundariamente — como necessária garantia dessa imediação pacífica — pela relação de exclusão homem-homens.

2.3. O processo de alteração qualitativa deste estado de coisas começa com a decadência do fundiarismo medieval por força do desenvolvimento do comércio e completa-se com o início da industrialização da economia europeia. O fim da actividade económica já não é o consumo, nem mesmo uma certa acumulação de bens (potência económica, ou *«necessarium personæ»* (53)) ordenada a finalidades predominantemente consumptivas. O domínio dos bens de produção já não se destina ao consumo próprio, nem sequer se reduz a mero elemento de um *status* sócio-político. Com efeito, a necessidade de reinvestimento — condição de subsistência e de funcionamento do sistema — postula a obtenção sistemática de um excedente que só é possível mediante uma racionalização e uma organização adequada dos factores produtivos. Ora, se essa optimização depende do «golpe de vista» do detentor dos meios de produção, e dado o carácter essencialmente dinâmico e mutável do mercado, ela alcançar-se-á tanto melhor quanto maior for a disponibilidade dos bens em causa (54). Daqui resultam duas consequências: por um lado, o *conteúdo*

(52) Esta fórmula, recuperada do direito romano pelos juristas medievais, permitiu encontrar o equilíbrio possível entre as crescentes pressões dos servos da gleba (mais tarde vassalos) e o interesse dos senhores da guerra (e das suas cortes) na manutenção de um certo *modus vivendi:* cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *Coisas*, p. 32 s., e *Reais*, p. 31 ss. e 47 ss., e CAEIRO DA MATTA, *Propriedade*, p. 21 ss. Sobre a história do instituto no direito luso, *vd.* M. J. ALMEIDA COSTA, *Origem da Enfiteuse no Direito Português*, Coimbra, 1957.

(53) MOUNIER, *cit.*, p. 39.

(54) É que «o *homo œconomicus* do capitalismo ascendente não partilha com ninguém o seu poder de decisão e, por conseguinte, o estatuto dos bens que mobiliza tem de ser

desse direito há-de ser tão absoluto quanto possível; por outro lado, *et pour cause*, a *forma* preferencial do domínio é a propriedade perfeita (55). Torna-se então evidente o préstimo do figurino da *plena in re potestas* romana — *jus fruendi, utendi et abutendi* — para recobrir o direito de propriedade do liberalismo individualista.

Só que, onde aquela propriedade era limitada pelo *posse* singelo dos bens sobre que versava, a propriedade moderna não conhece outros limites além dos que lhe assinala a imaginação do proprietário. A multiplicação das formas de aproveitamento económico dos bens (e a consequente inexistência de vínculos «naturais» ao exercício do direito) dá um sentido bem diferente (56) ao poder absoluto da *potestas* romana retomada pelo direito do liberalismo: a indefinição jurídica (57) (e, agora, empírica) dos poderes do proprietário sobre os bens

o mais pleno e alodial que se conceba» (ORLANDO DE CARVALHO, *Coisas*, p. 172; cfr. também, do mesmo Autor, *Critério*, p. 24 ss. e (n. 17)).

(55) Pode por isso afirmar-se com ORLANDO DE CARVALHO (*Coisas*, p. 160) que a propriedade plena, «além de ser a matriz dos outros direitos das coisas, [...] é o suporte de toda a organização do domínio», constituindo os outros direitos reais (*ibid.*, p. 163) meras «contemporizações do pleno domínio, no sentido etimológico de transigir com os 'tempos' e transigir, em princípio, por certo período de tempo» (cfr. também *ibid.*, p. 255 s.). Desta forma, diversamente do que podia fazer crer a distinção oitocentista entre «propriedade perfeita» e «propriedades imperfeitas», a «chave» da ordenação dominial do direito liberal não é a ideia de participação, mas sim a de exclusão. Sobre o acolhimento desta mistificação no CCiv de 1867, cfr. *últ. op. cit.*, p. 163 (n. 73); sobre a sua permanência na ordem jurídica do capitalismo contemporâneo, *ibid.*, p. 256 ss.

(56) Nas palavras de ORLANDO DE CARVALHO (*Coisas*, p. 173), «se algo distingue a propriedade capitalista desta propriedade pré-capitalista romana é justamente a exacerbação desse senhorio sobre a coisa, senhorio que se torna tão radical e total que já não tende a dirigir-se a uma função de consumo [...] mas a uma função pura e simples de ostentação e especulação: vendo na coisa, não a sua densidade de 'bem', mas o seu poder representativo e reprodutivo de riqueza».

(57) É paradigmático, a este propósito, o enunciado do art. 544.º do *Code Napoléon:* «La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse un usage prohibé par les lois ou par les règlements». Por seu lado, o Código Civil Português de 1867 esboçava uma vaga vinculação do direito de propriedade, definindo-o como «a faculdade, que o homem tem, de aplicar à conservação da sua existência, e ao melhoramento da sua condição, tudo quanto para esse fim legitimamente adquiriu, e de que, portanto, pode dispor livremente» (art. 2167.º); só que, como nota ORLANDO DE CARVALHO (*Reais*, p. 37 s.), a aparente *funcionalização* do exercício do direito à conservação da existência e ao melhoramento da condição do titular, que poderia conformar uma certa *eticização* da propriedade, «não chega a constituir um limite

— e a correlativa abstractização e despersonalização do domínio (58) — traduz-se na maximização da *garantia de exclusão*, que passa a abarcar toda a interferência dos não-titulares com o bem.

Consuma-se a funcionalização da tutela jurídica do domínio (e, portanto, do património) à consolidação das estruturas económicas em que assenta a organização da sociedade, agora de acordo com o modelo de absoluta exclusão que a inspira. Aquilo que aparece como protecção da reserva de domínio do indivíduo é afinal protecção de uma das formas possíveis da ordenação dominial global. Consequentemente, a intenção dessa ordenação torna-se no *se* e na *medida* da tutela dos interesses individuais na fruição e disposição dos bens.

O que tem por consequência uma aparentemente paradoxal «institucionalização» do direito de propriedade (59). Ao omitir toda e qualquer referência aos poderes que este direito contém (e aos interesses que deve servir), a lei desinteressa-se da relação homem-bem para se limitar a impor ao círculo de obrigados pela obrigação passiva universal a máxima abstenção de interferência naquela relação. A propriedade já não representa primacialmente a *adjudicação* (subjectiva) de um bem a uma pessoa, mas sobretudo um *estatuto*

interno desse direito ou sequer um limite ao poder de o utilizar (permitindo um controle de qualquer possível abuso)», sendo tão-só «uma veleidade jusnaturalista inócua», pois o art. 2170.º do mesmo Código apressa-se a precisar que «o direito de propriedade, e cada um dos direitos especiais que esse direito abrange, não têm outros limites senão aqueles que lhes forem assignados pela natureza das coisas, por vontade do proprietário, ou por disposição expressa da lei».

(58) Cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *Coisas*, p. 33 ss. e 173.

(59) Para CAEIRO DA MATTA (*Propriedade*, p. 8 (n. 1)), o «sentimento de propriedade» vai-se tornando «gradualmente representativo: não só deixa de referir-se aos objectos que, em certo modo criados pelo esforço do indivíduo, ele assimila à própria personalidade, mas manifesta-se independentemente de qualquer objecto, concebendo o seu valor abstractamente e ficando ligado a um simples símbolo».

O paradoxo residiria em essa institucionalização colidir com a feição exasperadamente individualista da propriedade no direito liberal. Só que a concepção da propriedade como interesse supra-individual é justamente a que melhor serve os interesses dos reais possidentes: nas palavras de VITAL MOREIRA (*cit.*, p. 150 s.), «certas normas de direitos fundamentais hão-de funcionar também como instituições, hão-de garanti-las como elemento irrenunciável da ordem jurídica. Para a constituição económica de uma economia capitalista não interessa apenas garantir a cada um o seu património, a sua empresa, os meios de produção de que é titular; interessa também que a propriedade privada dos meios de produção seja como tal, objectivamente (:independentemente da propriedade concreta de cada um), uma instituição irrenunciável da constituição económica».

(objectivo) de *noli tangere* que serve o interesse público da (de uma certa) ordenação dominial. Dizendo tudo: a garantia de exclusão, que se compreendia e justificava como *protectio* do primordial interesse na imediação homem-bem, torna-se *ela própria*, com a (oculta) erecção da indeterminação dos poderes contidos no correlativo direito em projecto global, *no interesse fundamental que a relação jurídico-patrimonial deve assegurar* (60) — a relação jurídico-patrimonial transforma-se, no limite da caricatura, na grotesca reserva de caça do pescador.

3. A absorção da ordem de exclusão pelo direito penal

3.1. Se esta predominância da garantia de exclusão (relação homem-homens) sobre a função de imediação (relação homem-bem) é, no direito privado, pouco mais que subterrânea, devido às contradições intra-sistemáticas que nele se reflectem (61), ela é já notória no âmbito do direito

(60) Esta perversão conduz ao que ORLANDO DE CARVALHO (*Estudos*, p. 328) apelida de «endurecimento idolátrico da noção de propriedade» e «cisão monstruosa entre o ser e o ter»; ou, nas palavras de MOUNIER (*cit.*, p. 28), «o principal interesse da propriedade privada parece então ser o de uma propriedade de que se privam os outros».

Impostas pelas relações económicas do modo de produção vigente e fundadas em um plano ideológico trans-jurídico, a *autonomia* e a *primazia* da exclusão em relação à imediação não deixaram de se reflectir na doutrina civilística: é precisamente neste período que a teoria «personalista» dos direitos reais (Windscheid, Thon, Planiol e, entre nós, Caeiro da Matta) começa a contestar a teoria clássica (ou «realista»). Segundo esta última, o elemento que contra-distingue os direitos reais e os direitos de crédito é o poder directo e imediato *(imediação)* que os primeiros conferem ao titular. Diversamente, a teoria «personalista», encabeçada por Planiol, desvaloriza aquele conteúdo, por não ser pensável uma relação jurídica homem-coisa: toda a relação jurídica é necessariamente intersubjectiva, pelo que a especificidade dos direitos reais só poderia ser encontrada na forma da sua protecção, *sc.*, na indeterminação do sujeito passivo *(absoluta exclusão)*. Cfr. CAEIRO DA MATTA, *Propriedade*, p. 32 ss., e ORLANDO DE CARVALHO, *Coisas*, p. 112 ss.

(61) Mormente devido às modificações introduzidas pelo chamado «direito social» do pós-guerra — «charneira entre o direito público tradicional e o direito privado na Europa, nos quais a confrontação entre Estado e sociedade tinham encontrado a sua expressão clássica» (F. WIEACKER, *cit.*, p. 632) — e às suas refracções na intencionalidade da ordenação jurídica do domínio. É inegável que este redimensionamento social do direito civil — que F. WIEACKER (*ibid.*, p. 641) vê como uma invasão do direito privado pelas «zonas periféricas do direito» — conduziu a uma «'desprivatização do direito privado'» (ROGÉRIO SOARES, *cit.*, p. 101) e, consequentemente, a uma certa «publicização» do mesmo (cfr. VITAL MOREIRA, *cit.*, p. 92 s.; e LUCAS PIRES, *cit.*, p. 301).

penal, dado que a maior rarefacção (62) desta regulamentação implica, naturalmente, uma menor elasticidade em face dessas ambiguidades e, portanto, uma maior coerência com as intenções dominantes do projecto sócio-económico global.

Na verdade, é por a exclusão encontrar a sua figura emblemática no direito de propriedade que os códigos penais portugueses de 1852 e 1886 (63), bem como o ProjCP Jordão (64), apelidavam genericamente de «crimes contra a propriedade» os tipos que no actual Código dão corpo aos «crimes contra o património» (65). E naquela designação ia ínsita a referida concepção institucional da propriedade, entendida não como direito subjectivo (66-67) (já que,

(62) Que deriva da — mas não se identifica com a — fragmentaridade da tutela penal.

(63) Livro II, Título V.

(64) Livro II, Parte I, Título II.

(65) Aliás, a epígrafe deste grupo de crimes é invariante nas codificações que integram a linhagem do *Code Pénal*: «crimes et délits contre les propriétés» (Código Penal Francês de 1810 e Código Penal Belga), «delitos contra la propiedad» (Código Penal Espanhol de 1848), «delitti contro la proprietà» (Código Penal Italiano de 1889).

(66) Assim, LEVY MARIA JORDÃO (*Comentário*, III-IV, p. 234), que vê na propriedade «a base de toda a sociedade, e um dos seus mais poderosos elementos de ordem e civilização»; para CAEIRO DA MATTA (*Furto*, p. 11), «a propriedade individual manifesta-se, assim, por um lado, indissoluvelmente conexa, na ordem da sucessão histórica, com uma forma superior de constituição económica e com um mais alto grau da evolução social, e, por outro, reclamada pelas exigências da conservação colectiva»; LUÍS OSÓRIO (*cit.*, p. 5), afirma que «o direito penal tutela a propriedade como um interesse público declarado inviolável pela Constituição e não já como um mero interesse ou direito subjectivo privado». Mais recentemente, ROCCO («Relazioni ministeriale al progetto definitivo di un nuovo codice penale», in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, V, Parte II, p. 436, n.º 735) nega que o (pequeno) valor da coisa roubada ou a sua restituição possam excluir o crime, já que «o facto é sempre lesivo do ordenamento jurídico que tutela a propriedade»; no mesmo sentido, KOHLRAUSCH/LANGE (*cit.*, vor. § 242, 1), a propósito do crime de furto, advogam que o direito penal protege «não só o valor jurídico material (da propriedade) mas também a ordem jurídica».

(67) Para SGUBBI (*Studio*, p. 5 ss. e 15; *Enc. Dir.*, p. 338 ss.), o «modelo de leitura» do sistema dos crimes patrimoniais mais congruente com a concepção liberal da tutela penal do património — a qual encontra nas codificações oitocentistas a sua mais genuína expressão positiva — deveria ser o modelo clássico, que vê na tutela penal uma mera adição à tutela jurídico-civil. Daí decorreria uma exasperação do *carácter privado e individual* da intencionalidade e do objecto da protecção penal aparentemente contraditória com o que se expõe no texto, e que conduziria, resumidamente, às seguintes consequências: *a)* a função exclusiva da tutela penal é a de proteger o direito de propriedade e outros direitos subjectivos patrimoniais do indivíduo; *b)* a violação desses direitos, *sc.*, a lesão ou diminuição do património individual constitui o conteúdo efectivo — o objecto jurídico directo — da tutela penal e a unidade da sua medida, pelo que a sanção penal deve ser proporcional ao dano sofrido pela vítima; *c)* o conceito de propriedade cuja defesa legitima a intervenção punitiva não é mais do que a projecção do direito subjectivo individual no «céu» dos valores absolutos, uma ideia que se apresenta sempre e perfeitamente conforme com a realidade material (o direito individual) de que constitui a abstracção.

Parece-nos, todavia, que a congruência deste «modelo de leitura» — que aceitamos — em nada contraria o que se diz no texto. Na verdade, trata-se apenas da outra face da moeda: o «modelo clássico» constitui uma análise (certamente *malgré elle*) correcta da real intencionalidade da tutela e dos verdadeiros interesses a que esta se dirigia. Mas não pode ignorar-se que tal leitura assenta no postulado de que «todos têm interesse nesta forma de protecção penal, já que todos são titulares de direitos subjectivos patrimoniais» (*Studio*, p. 7). Por isso mesmo, para os efeitos que agora importam, é indiferente ver o objecto da tutela nos *direitos subjectivos* de propriedade (ou outros direitos subjectivos individuais) ou no «*valor objectivo*» da propriedade. Com efeito, ambas as formulações *camuflam* o modo como a desigualdade real entre titulares e não-titulares, no plano dos interesses, é *resolvida* em igualdade jurídica, no plano da norma, através da objectivação da propriedade numa instituição que é do interesse comum preservar. Daí que não exista qualquer antinomia entre a leitura institucional do bem protegido por nós avançada e o modelo proposto por SGUBBI (cfr. já a seguir no texto).

(68) O que nos é exemplarmente mostrado pelo art. 422.º do CP de 1886, que punia como crime contra a propriedade — e com as penas previstas para o furto — a conduta do *proprietário* que subtraísse, destruísse ou descaminhasse *coisa sua* penhorada, ou depositada em seu poder ou de terceiro por mandado de justiça.

(69) Assinalando à propriedade esta mesma força emblemática, ainda no direito vigente, escreve MOCCIA (*cit.*, p. 26 s.): «a propriedade privada integra tradicionalmente a expressão mais fértil do património. Portanto, considerando a propriedade como *pars pro toto*, as conclusões que se lhe referem valem por maioria de razão para os outros componentes patrimoniais»; no mesmo sentido se pronunciam SGUBBI (*Studio*, p. 5: «o sistema penal posto 'ao serviço da tutela do património' vem a ter como conteúdo os direitos subjectivos patrimoniais, *in genere*, e o direito subjectivo de propriedade, *in specie*») e FIANDACA (*apud* MOCCIA, *últ. loc. cit.*, que refere o «valor ideológico da propriedade, sobre o qual está centrado o actual sistema de tutela do património»). Realçando a coerência da designação

tal como hoje, as previsões dos diversos tipos-de-crime abrangiam condutas que em nada ofendiam aquele direito real (68)), mas antes como *forma preferencial* de exercício do domínio e, portanto, de repartição dos bens. Pode por isso dizer-se que a tutela penal da propriedade *resumia* a tutela penal do património (69), assumindo expressamente aquilo que no direito privado era tão-só intenção oculta.

3.2. Por outro lado, dada a confusão semântica que identifica o direito subjectivo com o objecto sobre que este versa («a minha propriedade») (70), a expressão «crimes contra a propriedade» induz a ideia de que o objecto da tutela penal são as «coisas» enquanto tal, independentemente das relações que as ligam aos seus titulares (71). Esta encarnação do objecto protegido na materialidade do mundo externo, ocultando as concretas relações de domínio homem-bem organizadas pelo direito privado, contribui de maneira não despicienda para a justificação da protecção penal da propriedade à luz do princípio da igualdade (formal) do constitucionalismo oitocentista (72).

A propriedade, sendo mera forma jurídica de atribuição dos bens, ganha assim um valor objectivo no direito criminal, participa com a vida, a integridade física e a honra de um *ethos* da mesma natureza; a sua protecção penal, sendo tutela do interesse colectivo dos proprietários, veste o manto de interesse comum.

4. O sentido actual de uma tutela jurídica do património

4.1. Resta averiguar qual deve ser o sentido actual de uma tutela jurídica do património.

«delitos contra a propriedade» do Código Penal Espanhol com a concepção liberal da economia vigente na época da sua feitura, mas advogando a sua substituição pela de «delitos patrimoniais», em face da «diversa regulação actual da ordem económica» — num sentido crítico, pois, que é igualmente pressuposto pelos Autores precedentemente citados —, BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUAREZ GONZALEZ, *cit.*, p. 34.

(70) Sobre as razões e as raízes históricas do «uso metonímico de 'propriedade' em vez de 'coisa'», cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *Coisas*, p. 38 (n. 58), 161 (n. 70) e 212 (em nota).

(71) O que leva CAEIRO DA MATTA (*Furto*, p. 33 (n. 1)) a afirmar que «a expressão comummente usada — *crimes contra a propriedade*» é «inaceitável cientificamente, já que o crime é a lesão de um direito e não da coisa que constitui objecto do direito. Preferível seria a denominação — *crimes contra o direito de propriedade*». É certamente devido à mesma confusão semântica que BIRNBAUM (*apud* OTTO, *Struktur*, p. 33 (n. 28)) vê nas *coisas* o objecto de protecção dos crimes patrimoniais, apesar de a sua concepção de bem jurídico estar, no restante, «bem distante dos objectos corpóreos» *(últ. loc. cit.)*. Neste sentido se pronunciou também o Supremo Tribunal italiano (*Cass.* de 25 de Abril de 1934, in *RIDP*, 1935, p. 656 ss.), ao afirmar que o objecto jurídico protegido pelos crimes patrimoniais «é o património, isto é, as coisas materiais em si mesmas consideradas», independentemente da pessoa a que pertencem.

(72) Igualdade que a amarga ironia de Anatole France denuncia como a «majestueuse égalité des lois qui interdit au riche comme au pauvre (...) de voler du pain».

Superado o grande equívoco do primeiro liberalismo individualista — que assinalava à mais irrestrita liberdade económica o papel de mais perfeita forma de atingir a sociedade de abundância (73) — e falidas as organizações totalitárias de inspiração fascista e comunista — que, em nome do bem comum, amputavam a pessoa do poder de construir o seu nicho no seio da comunidade, no contexto mais geral de um intolerável condicionamento da dignidade humana —, a consciência jurídica actual não pode deixar de impor um sentido humano à tutela do património (74).

O primeiro passo dá-se (re)compreendendo a relação patrimonial como relação de comunicação, e isto num duplo sentido: comunicação entre a pessoa e as coisas, decerto, mas também comunicação entre as várias relações patrimoniais, de maneira a que possa dizer-se que o fundamento da adscrição daquela coisa àquela pessoa é comum às relações patrimoniais tituladas pelos outros membros da comunidade.

Deste postulado desimplicam-se duas consequências: por um lado, os direitos subjectivos patrimoniais, incluindo o direito de propriedade, devem constituir simples formas contingentes — uma «necessidade técnica» (75) — de organizar as relações patrimoniais; por outro lado, a posição vantajosa exclusiva que eles tutelam não é defesa de uma ordem geral de exclusão.

---

(73) Cfr. FARIA COSTA, *Perigo*, p. 294 s. Sem prejuízo de se assistir a um recente ressurgimento de novos liberalismos que, não podendo valer-se da generosidade *naïve* do individualismo primevo, *antecipam* os fins da actividade económica para a consecução de uma organização «eficiente», «rentável», «minimizadora de custos», etc., reconstruindo, por trás do biombo de uma alegadamente necessária neutralidade axiológica da técnica produtiva, uma ordenação dominial cega a valores.

(74) A doutrina social da Igreja, da *Rerum Novarum* de Leão XIII, à *Popolorum Progressio* de Paulo VI, não se tem cansado de reafirmar o primado da pessoa sobre a economia e a necessidade de uma vinculação comunitária das regras de repartição dos bens. Veja-se, a título de exemplo, o seguinte trecho extraído da mensagem radiofónica do Papa Pio XII no Pentecostes de 1941: «no que se refere ao uso dos bens materiais [...], o direito de cada homem ao uso de tais bens para sua sustentação está em relação de prioridade com qualquer outro direito de conteúdo económico, mesmo do direito de propriedade [...]. Também o direito de propriedade dos bens é um direito natural; porém, segundo a ordem objectiva estabelecida por Deus, o direito de propriedade está limitado de maneira a não constituir obstáculos a que seja satisfeita a irrevogável exigência de que os bens por Deus criados para todos os homens a todos cheguem segundo os princípios da justiça e da caridade» (*apud* JOÃO XXIII, *cit.*, p. 19).

(75) MOUNIER, *cit.*, p. 31.

4.2. Tudo o que exige, segundo cremos, uma importante mudança de perspectiva no plano da ordenação do domínio, já que a sua subordinação à garantia da pessoa concreta (não o «cidadão», nem o «sujeito», mas sim o homem acompanhado da sua pessoal circunstância) re-funcionaliza o interesse na exclusão patrimonial à relação homem-bem: é inquestionável que a atribuição do mundo externo mais conforme com aquele fim pode implicar, consoante os casos, exclusão ou participação no domínio, pois ambas constituem instrumentos adequados a promover a imediação pacífica entre os homens e os bens.

Daqui decorre, inelutavelmente, a necessidade de uma geral «repersonalização» do sentido da organização dominial que posterga, em definitivo, uma concepção de tutela patrimonial assente no projecto da pura exclusão como fim em si. Daqui decorre a necessidade de *devolver* às coisas o seu estatuto de «bem-para-a-pessoa», que é verdadeiramente o fundamento do seu estatuto de «bem» e, logo, da dignidade de uma tutela normativa que as inclua. Por isso, o sentido de uma protecção jurídica do património no seio de um projecto normativo solidário só pode cumprir-se pelo regresso do «ter» à sua condição de «suplemento de ser» (76): e se para Eu *ser* não basta ter-me (77), na minha radical diferença, mas para tanto necessito da diferença do *ser* do Outro (78), o «ser-social» não pode deixar de implicar um «ter-social» (79).

(76) ORLANDO DE CARVALHO, *Estudos*, p. 324. Referindo também a «sociabilidade que esse mesmo 'ter' não pode deixar de pressupor», FARIA COSTA, *Perigo*, p. 249.

(77) Sobre a influência da ideia de *domínio* na concepção do *subjectum*, como ser autónomo *porque se tem*, e a deslocação desse «senhorio da pessoa sobre si» para a «relação de domínio que a pessoa estabelece sobre as coisas *(res)* do Mundo», cfr. SEIXAS MEIRELES, *cit.*, p. 407 ss., esp. p. 414 ss.

(78) A socialidade da pessoa não é uma mera sociabilidade porque não se reduz, diversamente do que acontece com os restantes animais gregários, a uma trágica necessidade de sobrevivência: ser pessoa só se cumpre no ser-com-o-outro (cfr., num sentido substancialmente coincidente, também FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *Problemática*, p. 38, e COSTA ANDRADE, *DP Económico*, p. 103).

Em sentido algo diverso do do texto, identificando a pessoa com uma «unitária posse de si» — mas vinculando, todavia, a intencionalidade da afirmação da pessoa assim concebida à pressuposição fundamentante de uma «comunidade ética de pessoas» —, cfr. CASTANHEIRA NEVES, *BFD*, 44 (1968), p. 125 s.

(79) LUCAS PIRES (*cit.*, p. 300), depois de se referir à propriedade privada como «o maior bastião real da autonomia da sociedade», afirma não se «perceber até que ponto exacto a propriedade só é direito através da Constituição» (*ibid.*, p. 327), considerando que «o direito de propriedade não está incluído no projecto 'político' da Constituição dirigente

que, pelo contrário, tenderá a ver na sua subordinação um instrumento de reforma e mudança. De algum modo, apenas não foi excluído, mas a sua 'essencialidade', 'fundamentalidade' e 'prioridade' não estão na primeira linha» (*ibid.*, p. 328). Por fim, conclui em nota que «a propriedade é na Constituição da ordem do 'ter', não do 'ser', ao contrário do pensamento liberal que vê nela 'mais do que um direito, um atributo da essência humana' [...] ou um 'esquema fundador da pessoa na ordem do ser'».

Sem repetir a argumentação que já expendemos acerca da desconstrução do estatuto da propriedade como valor social, analisemos mais de perto as razões pelas quais não podemos acompanhar este entendimento. Em primeiro lugar, a propriedade só é direito através da Constituição por isso que, enquanto relação de exclusão (no sentido individualista-liberal, já diversas vezes apontado, e que é justamente o pressuposto pelo Autor: cfr., a este propósito, a caracterização da teoria liberal burguesa da cristalização dos direitos fundamentais feita por VIEIRA DE ANDRADE, *cit.*, p. 55 ss.), não representa valor algum — esse o ponto exacto até onde ela pode ser direito. Em segundo lugar, não é verdade que o direito de propriedade não se inclua no projecto político da Constituição: o que se passa é que a concepção de propriedade que Lucas Pires postula — direito «natural», «originário», «essencial», etc. — não coincide com a noção de propriedade acolhida pela CRP — mera forma (a par de outras) de tutela mediata da pessoa na sua relação com os bens do mundo externo. Pela mesma razão, só se pode afirmar que a propriedade não é da ordem do «ser» se esse ser consubstanciar o *suppositum* do sujeito de direito ou o resumo ontológico dos interesses do *homo œconomicus*. A propriedade é de facto da ordem do *ter*, mas de um *ter* funcionalizado ao *ser* da pessoa, e *por isso* participa do ser. Neste sentido, a propriedade continua certamente a ser «essencial», «fundamental» e «prioritária».

CAPÍTULO III

A TUTELA JURÍDICO-PENAL DO PATRIMÓNIO

1. A determinação constitucional

1.1. A evolução de uma concepção liberal da sociedade e do Estado para aquilo que comummente se designa por «Estado-de-direito social» — fenómeno que, por unanimemente reconhecido, não carece de especial demonstração — marcou profundamente a consciência jurídica europeia ocidental (80) e os ordenamentos jurídicos das nações que se incluem nesse espaço. A influência desse novo «princípio activo» no direito positivo português manifestou-se imediatamente a seguir à Revolução de 1974, com a Constituição da República de 1976 (CRP) (81). As considerações seguintes visam relevar as implicações que teve a opção do legislador constituinte por um tal modelo para a tutela do património.

---

(80) A ponto de, segundo F. WIEACKER (*cit.*, p. 632 s.), os seus princípios rectores «se transformarem porventura no único fundamento comum à consciência jurídica alemã da actualidade». *Vd.* também VITAL MOREIRA, *cit.*, p. 115 ss.; VIEIRA DE ANDRADE, *cit.*, p. 50 ss. e 66 ss.; GOMES CANOTILHO, *cit.*, p. 471 ss.; e MANUEL VAZ, *cit.*, p. 51 ss. LUCAS PIRES (*cit.*, p. 301) pronuncia-se no sentido da necessidade de se acautelar a eventualidade de o Estado Social, num «último ímpeto», «generalizar uma relação de subordinação ou tutela geral sobre a sociedade e os particulares», já que (*ibid.*, p. 360 s.) o Estado Social deve ser «uma mera qualificação do Estado de Direito», destinada a «complementar e corrigir o Estado liberal».

(81) Cfr. GOMES CANOTILHO, *cit.*, p. 478 ss. No sentido de que o modelo constitucional é mais o de um Estado-de-direito «estadual» do que «social», dada a «asfixia» a que vota a «sociedade civil», LUCAS PIRES, *cit.*, p. 290, 294 ss. e *passim*.

1.2. As traves-mestras da correcta compreensão do modelo de ordenação dominial acolhido pela Constituição podem reconduzir-se aos seguintes tópicos: erecção da dignidade da pessoa humana em base dos direitos fundamentais (pessoais e sociais) e da organização económica ([82]); enquadramento da iniciativa privada pela Constituição, pela lei e pelo interesse geral ([83]); vinculação da actividade do Estado ao princípio do Estado-de-direito democrático e social ([84]); subordinação do poder económico ao poder político ([85]); e estruturação da propriedade dos meios de produção em três sectores (público, privado e cooperativo) ([86]).

A conjugação destes princípios, que corporizam as diversas tensões presentes na nossa Lei Fundamental ([87]), permite concluir que, mau grado a

([82]) Cfr. logo VIEIRA DE ANDRADE, *cit.*, p. 41 e 100 ss., e GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *cit.*, 1.º [V e VII].

([83]) GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *cit.*, 61.º [IV]; cfr. também GOMES CANOTILHO, *cit.*, p. 465 s. Criticamente sobre o preceito do art. 61.º, n.º 1, da CRP, LUCAS PIRES, *cit.*, p. 307.

([84]) GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *cit.*, 2.º [IV, IX e segs.] e 81.º [IV e segs.].

([85]) *Últ. op. cit.*, 80.º [I, e seg.]. Criticamente sobre o preceito do art. 80.º, alínea *a)*, da CRP, LUCAS PIRES, *cit.*, p. 306 e 338 ss.

([86]) GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *cit.*, 80.º [III] e 82.º [I e segs.].

([87]) LUCAS PIRES *(cit., passim)* encara a CRP de 1976 como uma constituição «bicéfala», ou «dualista», não tanto por consagrar simultaneamente o princípio socialista («Socialismo», «Igualdade») e o princípio demo-liberal («Democracia», «Liberdade»), mas sobretudo pelos termos irredutíveis por que o faz; o facto de tais princípios se encontrarem numa relação de invencível oposição, insusceptível de uma solução de compromisso, levaria a uma paz podre entre ambos, a um «processo de luta e exclusão progressiva que aguarda ainda a sua resolução» (*ibid.*, p. 389). Daí que a CRP de 1976 só possa ser pensável como «Constituição *de* e *em* transição» *(últ. loc. cit.)*. Apesar de não caber no âmbito deste trabalho uma reflexão demorada sobre esta tese, parece necessário deixar expressas algumas notas a seu propósito, já que ela contende com o que a seguir se expõe no texto.

Em primeiro lugar, há que afirmar a nossa concordância de princípio com uma visão conflitual dos projectos que geraram o sistema normativo constitucional português. Aliás, a revisão constitucional operada pela LC n.º 1/89 veio confortar, de formas diversas, a validade dessa perspectiva. Porém, trata-se de uma análise essencialmente *dinâmica* da realidade constitucional e, portanto, prospectiva. Ora, é função do direito resolver o problema *presente*, de acordo com os princípios normativos vigentes, e resolvê-lo num sentido unívoco. A decisão juridicamente constitutiva pressupõe, pois, uma unidade intencional que não se compadece com uma referência «esquizóide», não podendo o direito servir a dois senhores. O que significa que a diversidade dos projectos alcandorados à normatividade constitucionalmente vinculante não pode implicar a impossibilidade

pretensa «desideologização» progressivamente operada pelas sucessivas revisões a que foi sujeita ([88]), a CRP institui uma organização do domínio bem diferente da que correspondia ao modelo individualista liberal. Como notam

de se alcançar uma decisão válida dos problemas (legislativos e judicativos) dela carecidos, sob pena de se cair em uma anomia incompatível com a função do direito, e logo ao mais elevado nível normativo (ou, se se preferir, da juridicidade positivada). Quer dizer: a reconhecida conflitualidade potencial dos referentes constitucionais, se não permite a redução da intencionalidade normativa constitucional a um compromisso unidireccional, a uma espécie de resolução alquímica do fogo e da água, não impede a constituição de concretas unidades-de-sentido normativas (cfr. GOMES CANOTILHO, *cit.*, p. 195 ss.). Assim, a vinculação do legislador ordinário e do aplicador do direito ao actual programa constitucional impede que os critérios decisórios se reconduzam exclusivamente a um dos pólos ideológicos da tensão — que teria de ser, na opinião do Autor, o seu pólo «natural», *sc.*, a Democracia e a Liberdade.

Segue-se que cabe ao intérprete da Lei Fundamental identificar um sentido de decisão juridicamente válido conforme a Constituição. É possível que, depois das alterações introduzidas pela LC n.º 1/89 (eliminação da referência à «transformação numa sociedade sem classes», constante do anterior art. 1.º, reformulação dos limites materiais da revisão constitucional no que toca a apropriação colectiva dos principais meios de produção e a planificação democrática da economia, constantes do anterior art. 290.º, alíneas *f)* e *g)*, etc.) não subsista o contexto problemático que estava no horizonte das considerações de Lucas Pires. De todo o modo, julgamos que o nosso entendimento de Estado de direito social, assente na obrigação de garantia activa da dignidade da pessoa humana que impende sobre o Estado — apesar de diverso daquele que o Autor advoga (cfr. *supra* [n. 80]) —, continua (talvez por enquanto) a encontrar guarida no texto constitucional e, se não pode pacificar a tensão em causa, constitui ainda uma unidade-de-sentido normativa que legitima o raciocínio desenvolvido no texto, tanto através da sua função positiva de fonte de critérios, como da sua função negativa de limite ao princípio demo-liberal.

([88]) É de meridiana clareza que as revisões constitucionais de 1982 e 1989 não visaram apenas «expurgar» a Constituição de vinculações ideológicas, mas também, através da eliminação de referências e de propósitos de cariz eminentemente social-solidarístico, reforçar a componente ideológica liberal do texto constitucional relativamente à sua componente ideológica socialista. Nesta perspectiva, é inteiramente procedente a visão conflitual destes princípios adoptada por Lucas Pires (cfr. n. anterior).

Contra, SOUSA FRANCO (*cit.*, p. 147), que se refere a um «movimento de neutralização ideológica da Constituição», e, aparentemente, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA (*cit.*, p. 31), ao referirem que as duas revisões constitucionais «atenuaram consideravelmente o princípio da não-neutralidade» da Constituição. Mas estas asserções parecem partir do suposto que as constituições não-socialistas são ideologicamente neutras, esquecendo que a neutralidade ideológica é justamente a forma da ideologia liberal. Por outras palavras: a irreversibilidade das nacionalizações, *v. g.*, detém uma carga ideológica tão forte como a eliminação do preceito que a impunha.

Gomes Canotilho/Vital Moreira (89), «está muito longe a concepção constitucional liberal-burguesa, que fazia do direito de propriedade o primeiro dos direitos fundamentais, porque supostamente era condição de todos os outros, a começar pela liberdade», já porque aquele não «faz parte do elenco dos 'direitos, liberdades e garantias' (embora goze do respectivo regime, naquilo que nele reveste natureza análoga à daqueles)», já porque nem sequer constitui «o primeiro dos 'direitos económicos', capítulo que, significativamente, abre com o direito ao trabalho» (90). Mais do que isso, o disposto nos arts. 82.º, 83.º, 89.º e 97.º da CRP mostra que «a Constituição considera a limitação da propriedade dos meios de produção um fundamento necessário da garantia e desenvolvimento da liberdade pessoal e em geral dos direitos fundamentais e do sistema democrático» (91).

1.3. Se quisermos alcançar, neste momento, o relevo da determinação constitucional para o problema da protecção penal do património, temos que pôr duas premissas. Sublinhe-se que elas não representam a mera repetição daquilo que, em um plano meta-jurídico, procurámos estabelecer noutro local: pretende-se agora mostrar que aquela mundividência encontra correspondência na mais alta instância normativa do direito positivo português.

Em primeiro lugar, o que está fundamentalmente (no sentido próprio da palavra) em causa é a *recepção jurídico-constitucional* de uma certa noção de pessoa. Não já o *promeneur solitaire* em perene luta com o mundo hostil, a quem cabe ganhar a sobrevivência com recurso exclusivo às próprias forças, mas

(89) GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *cit.*, 62.º [I].

(90) Note-se que a vinculação social da propriedade era bem mais nítida antes das revisões constitucionais de 1982 e 1989 (cfr. sobre esta evolução, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *cit.*, p. 386 ss.). Assim, a «predominância da propriedade social» garantida pelo art. 90.º da CRP de 1976 — que levava MOTA PINTO (*BFD*, 57 [1981], p. 146) a afirmar que se dá, «no âmbito do sector não privado, carácter predominante — e prescreve-se mesmo uma evolução nesse sentido — a modelos ou formas de propriedade social ou colectiva alargada» —, reduziu-se ao «desenvolvimento da propriedade social» com a LC n.º 1/82 e, depois, com a LC n.º 1/89, à ainda mais vaga «protecção do sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção» (art. 80.º, alínea *e*)).

(91) GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *cit.*, 62.º [II]. A evolução da lei constitucional no sentido da liberalização das metas da política económica não pode, de todo o modo, «perder de vista os objectivos do 'Estado Social'» (ID., *ibid.*, p. 390); cfr. também, no sentido do texto, SOUSA FRANCO, *cit.*, p. 171 ss., ALVES CORREIA, *cit.*, p. 312 s., e MANUEL VAZ, *cit.*, p. 198 s.

o «Outro-connosco», que tem o direito de exigir dos seus consócios as *condições* que lhe permitam cumprir a sua (autónoma) dignidade. É esta pessoa que se há-de ter em mente quando se erige a dignidade da pessoa humana em «unidade de sentido» normativamente vinculante, que actua como «princípio regulativo» (92).

Em segundo lugar, e em consequência, a funcionalização da ordenação dominial à garantia da pessoa importa aquilo a que Mounier (93) chama «uma expropriação necessária [...] de valores espirituais de que se arrogou a representação um certo número de vendilhões e fariseus»: decerto que o *nomen* Propriedade exprime um valor, mas só como *instrumento possível* de acesso aos bens — não enquanto *modelo preferencial* da organização desse acesso, guiado pela intenção de preservação de uma ordem de exclusão (94).

Neste sentido, a garantia da propriedade privada avulta sobretudo na sua veste de «direito subjectivo fundamental» (95), que integra todas as formas jurídicas de legítimo uso e fruição de bens pelos particulares (nomeadamente os direitos reais limitados e, em geral, outros direitos obrigacionais aptos a promover o contacto com os bens, *v. g.*, o arrendamento) (96). Por outro lado, a «dimensão valorativa objectiva» desse direito desempenha um papel importante, não só por via da «possibilidade de compressão que resulta do seu enquadramento social», mas também porque, atingindo-o «na sua interioridade», «pode contribuir para definir (delimitar) à partida a extensão e o alcance do conteúdo que, por interpretação dos preceitos constitucionais», lhe deve ser atri-

(92) Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *cit.*, p. 111. No mesmo sentido, MANUEL VAZ, *cit.*, p. 127.

(93) MOUNIER, *cit.*, p. 5.

(94) A ideia de que a Propriedade (no sentido liberal-burguês da palavra) é apenas um instrumento possível de acesso aos bens está presente na exigência de uma «diferenciação do conceito de propriedade» (ALVES CORREIA, *cit.*, p. 307 ss.), condicionada por múltiplas coordenadas (natureza e relevância social dos bens, modos da sua aquisição, etc.). Se bem vemos, a «diferenciação» do conteúdo e das formas de tutela das várias «propriedades» não é mais do que a substituição da Propriedade por outros instrumentos que promovem a participação no domínio.

(95) VIEIRA DE ANDRADE, *cit.*, p. 171 ss.

(96) Nestes precisos termos, D'ALESSANDRO, *cit.*, p. 58, invocando a concordância da «melhor jurisprudência» italiana. Em sentido próximo, embora mais restrito, cfr. SOUSA FRANCO, *cit.*, p. 174. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA (*cit.*, 62.º [I e segs.]), partindo da ideia de que o direito de propriedade previsto no art. 62.º, é ainda, no seu «íntimo», o direito «civil» liberal-burguês — posto que diversamente enquadrado —, chegam a conclusões necessariamente diversas das do texto.

buído (97). E tanto uma como outra dimensão depõem no sentido de que o acesso paritário aos bens (promoção da participação no domínio) e a protecção das relações patrimoniais assim estabelecidas (defesa estática do domínio) detêm a mesma dignidade constitucional (98).

1.4. Vinculado a garantir a dignidade da pessoa humana e as condições da sua realização (99), o Estado não mais pode ser um simples espectador do teatro económico, alheando-se da repartição da riqueza resultante da irrestrita liberdade dos actores que ali evoluem: incumbe-lhe agora o dever de promover activamente a igualdade real entre os cidadãos, tornando efectivos os seus direitos económicos, sociais e culturais através da transformação das estruturas económicas e sociais (art. 9.º, alínea *d)*, da CRP).

Assim, comete-se ao critério do legislador ordinário — inspirado, naturalmente, no ideário e nos preceitos da Constituição (100) — a tarefa de decidir, relativamente a cada tipo de situação que potencialmente suscite conflitos de interesses patrimoniais, qual dos meios (exclusão/participação) serve melhor a protecção da realização da(s) pessoa(s).

Ora, se aquela obrigação de garantia da pessoa encontra expressão directa na atribuição de «direitos a prestações estaduais» aos cidadãos — os quais têm por sujeito passivo o próprio Estado (101) —, ela não pode deixar de conformar os ramos da ordem jurídica especialmente vocacionados para disciplinar a criação e a distribuição da riqueza — desde logo, o chamado «direito económico» (102) e o direito do trabalho, mas também, em nossa opinião, o direito privado e o direito penal.

(97) As expressões entre aspas são retiradas de VIEIRA DE ANDRADE, *cit.*, p. 146, que as emprega no contexto da problemática geral dos direitos fundamentais. No mesmo sentido, especificamente a propósito do direito de propriedade, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *cit.*, 62.º [IV]. De onde se pode concluir que também o direito de Propriedade, na sua acepção clássica, «está subordinado a um limite inerente à sua estrutura, designado por função social» (ALVES CORREIA, *cit.*, p. 314 ss.).

(98) ALVES CORREIA (*cit.*, p. 305) refere os dois elementos em que se desdobra a propriedade: o *poder-ter* e o *poder-utilizar*. Esta distinção, elaborada a partir do que chamámos defesa estática (negativa) do domínio, parece-nos ser aplicável ao âmbito mais geral da participação no domínio; neste sentido, tratar-se-á também de um *poder-vir-a-ter* e de um *poder-vir-a-utilizar*.

(99) Cfr. GOMES CANOTILHO, *cit.*, p. 474, e MANUEL VAZ, *cit.*, p. 130 ss. Obrigação de garantia que não significa, evidentemente, impor «um *figurino* determinado de homem» (a expressão é de VIEIRA DE ANDRADE, *cit.*, p. 41), mas tão-só assegurar as condições necessárias para que cada pessoa consiga realizar, tanto quanto possível, o figurino de homem que é o seu.

(100) Cfr., neste sentido, MOTA PINTO, *BFD*, 57 (1981), p. 144 s.

(101) Cfr., em perspectiva algo diversa da do texto, VIEIRA DE ANDRADE, *cit.*, p. 200 ss.

Sendo certo que a nova ordem jurídico-constitucional não introduziu alterações de monta no «sistema interno» do direito civil (patrimonial) e do direito comercial — graças à prodigiosa resistência que a «tecnicização» destes ordenamentos lhes confere em face da evolução sócio-jurídica e político-ideológica; emprestando-lhes uma «neutralidade» aparentemente compatível com qualquer supra-determinação materialmente orientada —, nem por isso o legislador penal fica limitado pela inércia (diríamos: pela omissão) do legislador jus-privatista. Claro que aquele não pode tomar sobre os seus ombros as tarefas que a este competem: não se pode pedir à norma penal que proceda, em primeira instância, a uma regulamentação da adjudicação jurídica dos bens mais conforme com o modelo constitucional eleito pela comunidade. Mas é legítimo reivindicar para o ordenamento penal um estatuto de autonomia intencional relativamente ao direito privado que tenha por referente primacial os comandos constitucionais (103).

Queremos com isto significar que, independentemente da famosa discussão acerca das relações entre o direito penal e o direito civil neste domínio, *a protecção penal do património não deve constituir um mero suplemento de tutela das posições vantajosas garantidas pelas normas de atribuição do direito privado*; com efeito, as normas penais não podem determinar-se, sem mais, pela intencionalidade pressuposta na tutela jus-privatista, limitando-se a reforçar a protecção dispensada por esta regulamentação, especialmente quando ela não seja a mais conforme com uma leitura adequada dos comandos constitucionais.

Diversamente, cabe ao legislador penal buscar directamente na Constituição (104) o sentido que há-de inspirar a tutela *penal* do património.

(102) Precisamente no sentido de que o direito económico ganha autonomia no momento em que a economia passa a ser «objecto específico da actividade conformadora dos poderes públicos», MOTA PINTO, *BFD*, 57 (1981), p. 139 s. e *passim*, e MANUEL VAZ, *cit.*, p. 27 s.; cfr. ainda FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *Problemática*, p. 33 s. A condição histórica do surgimento do «direito económico» provocou também o nascimento do «direito penal económico»: desenvolvidamente, FIGUEIREDO DIAS, *RLJ*, 116 (1983-4), p. 265 ss.

(103) No sentido da imanência da política criminal ao sistema jurídico-constitucional, cfr. FIGUEIREDO DIAS, *ROA*, 43 (1983), p. 12.

(104) Esta proposição carece de duas especificações. Em primeiro lugar, o emprego do advérbio *directamente* quer significar que o legislador penal, ao construir a protecção

Ora, se o cariz acentuadamente personalista do modelo de ordenação dominial constitucionalmente acolhido parece indiscutível, essa feição mais se reforçará no seio de um ramo do direito cuja função é justamente intervir, nas palavras de Figueiredo Dias ([105]), apenas «onde se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre realização e desenvolvimento da *personalidade* de cada homem» (itálicos nossos). A compreensão da relação patrimonial como condição da livre realização e desenvolvimento da pessoa é pois essencial para a construção da tutela penal do património: já porque funda o sentido do bem jurídico protegido, já porque conforma o campo de tutela desenhado pela tipificação das condutas proibidas ([106]).

2. O património como bem jurídico-criminal

2.1. Não cabe no nosso horizonte temático proceder a uma análise cuidada da problemática atinente ao *conceito* de bem jurídico-criminal ([107]).

penal do património, goza de uma autonomia de princípio relativamente à intencionalidade que conforma a tutela primária dos direitos subjectivos patrimoniais (*rectius:* a ordenação dominial) ao nível do direito privado. Em segundo lugar, *directamente* não significa exclusivamente, pelo que a afirmação do texto será válida tanto para aqueles que vejam na Lei Fundamental a autêntica e única fonte dos bens jurídico-criminais («princípio da congruência substancial entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos») — e assim subordinem a protecção penal aos bens ali acolhidos, ou mesmo ao modo-de-ser dessa protecção constitucional —, como para aqueles que nela vejam um lugar de revelação de uma «realidade normativa» mais funda, «essencial», que dá expressão ao bem jurídico como categoria «materialmente vinculante» — e assim concebam a ordem penal e a ordem constitucional como autónomas participantes de uma ordem global que explica a coincidência das duas protecções. No sentido da primeira alternativa, cfr., por último, FIGUEIREDO DIAS, *ROA*, 43 (1983), p. 13. No sentido da segunda, cfr. FARIA COSTA, *Perigo*, p. 179 ss., esp. p. 270 s.

([105]) FIGUEIREDO DIAS, *ROA*, 43 (1983), p. 13.

([106]) Para a distinção dos dois momentos, *vd.* FARIA COSTA, *Perigo*, p. 184 ss., esp. p. 185.

([107]) Sobre o tema, cfr. logo COSTA ANDRADE, *DP Económico*, p. 71 ss., e depois, aprofundadamente, ID., *Consentimento*, p. 51 ss. e *passim*. Vd., também, EDUARDO CORREIA, *DC*, I, p. 277 ss.; FIGUEIREDO DIAS, *Problema*, p. 79, e *ROA*, 43 (1983), p. 15; e FARIA COSTA, *Perigo*, p. 182 ss. e 222 s. Partiremos de «um dos dogmas mais consensualmente aceites pela moderna doutrina do bem jurídico», qual seja o «relevo sistémico-social e comunitário de que o bem jurídico invariavelmente se reveste. A elevação

Mais importante do que a forma desse *quid* (cujo achamento corresponde já a uma função classificatória da ciência jurídica, que é, portanto, secundária relativamente à sua função imediatamente normativa) afigura-se ser o conteúdo do bem jurídico-criminal «património», que nos propomos determinar na exposição subsequente.

2.2. É conhecida a polémica em que se encontra envolvida a doutrina, especialmente a germânica, no que diz respeito ao bem protegido por aquele grupo de crimes usualmente reunidos sob a designação de «crimes contra o património». E a discórdia começa, por assim dizer, mesmo «antes» de ter início, logo por não haver consenso quanto à unificação desses crimes através de *um* bem tipicamente protegido ([108]). Arrancando do conceito de património como bem jurídico individual, a doutrina dominante continua a distinguir entre os «crimes contra a propriedade e outros direitos patrimoniais específicos» (furto, dano, etc.) e os «crimes contra o património como um todo» (burla, extorsão, etc.) ([109]). Os primeiros têm por nota básica comum a ofensa a um *direito subjectivo* (real ou de crédito) *alheio* pré-existente. Os segundos assentam na causação de um *prejuízo patrimonial* ao ofendido, prejuízo esse que se expressa tipicamente em uma diminuição do valor do seu património globalmente considerado ([110]). Em termos algo redutores, podemos dizer que a *ratio puniendi* se apresenta de modo inverso em um e outro grupo: no primeiro, pune-se a ofensa a um direito (ainda que não se produza um prejuízo patrimonial), enquanto que no segundo se pune a causação de um prejuízo patrimonial (ainda que não se tenha ofendido um direito específico).

de um qualquer bem, valor, interesse ou função à constelação dos bens jurídico-penais é sempre feita em nome de um significado sistémico-social mais ou menos explícito» (COSTA ANDRADE, *Consentimento*, p. 200).

([108]) Cfr. OTTO, *Struktur*, p. 22.

([109]) Sobre a «crise» desta concepção e respectiva crítica, cfr. FIANDACA/MUSCO, *cit.*, p. 5 ss. É a mesma construção que subjaz, no fundo, à estruturação dos vários capítulos em que se divide o Título IV (Dos crimes contra o património) do CP de 82.

([110]) Foi justamente em relação a estes crimes (especificamente: ao crime de burla) que começou por pôr-se o problema da identificação do património enquanto «bem» penalmente protegido. Simplesmente, como se procurará mostrar, a investigação desenvolvida orientou-se, não no sentido da determinação de um *bem digno de tutela penal*, mas sim da afinação de um *conceito operatório* em sede de área de tutela típica. Esta confusão permitiu a extrapolação das conclusões assim obtidas para o plano do bem jurídico, adensando a complexidade, já de si elevada, que envolve a discussão da matéria.

Esta conclusão não é inócua para o problema que nos ocupa. A heterogeneidade com que ela nos confronta não se limita a suscitar justa perplexidade a quem procura uma classificação racional e coerente dos vários tipos de crime pertinentes, mas também a quem busca um qualquer sentido na sua conglobação normativa. Com efeito, não é evidente que se possam afirmar como ofensas ao *mesmo* bem jurídico a conduta daquele que destrói uma carta de amor alheia e a daquele outro que convence um terceiro a adquirir-lhe, como verdadeira, uma falsificação de uma tela de Picasso. E, na verdade, essa dificuldade justifica-se plenamente, porque a intencionalidade subjacente à tutela dispensada pelos dois grupos de crimes, podendo (e devendo) embora vir a revelar-se uma só, foi historicamente condicionada por formas de expressão que, pela sua diversidade, obscureceram aquela unidade, criando a aparência de se dirigirem a bens jurídicos diferentes (111).

2.3. Dissemos já que, na economia do direito liberal, a tutela da propriedade-instituição (enquanto forma preferencial da ordenação dominial) resumia a tutela civil e penal do património. É precisamente nessa redução que encontramos o início do fio condutor que explicará a tensão entre a protecção da propriedade e a protecção do património, suas coincidências e assincronias. Com efeito, o poder emblemático da propriedade impôs-se com uma força tal ao pensamento jurídico (e ao direito) da época que acabou por trespassar todo o tratamento jurídico da interacção homem-bens. Quer dizer: a redução de que curámos numa abordagem mais ampla verificou-se também a um nível estritamente *técnico-jurídico*. O testemunho mais impressivo desse fenómeno é a concepção jurídico-civil dos direitos patrimoniais (de todos e de cada um dos direitos patrimoniais) como *objectos* de um direito de propriedade (112), a qual atinge o clímax com a representação do património

(111) Neste exacto sentido, FIANDACA/MUSCO, *cit.*, p. 6. Cfr., no entanto, no sentido da «impossibilidade de se detectar, nos crimes contra o património, um bem jurídico summum genus», FARIA COSTA, *Crimes*, p. 2.

(112) Concepção que se integra perfeitamente no pan-proprietarismo liberal-burguês (já referido a outros propósitos), ao lado da representação do trabalhador como proprietário da sua força de trabalho (mercadoria livremente alienável) e da definição dos direitos reais limitados como «propriedades imperfeitas» (cfr. *supra*, respectivamente, 2.1. e [n. 55]). ORLANDO DE CARVALHO (*Coisas*, p. 213 s. (em nota)), relacionando a «propriedade de direitos» com as «propriedades imperfeitas», refere-se-lhe como uma «noção que, para lá de supérflua — a presumida propriedade de direitos mais não seria do que a titularidade dos mesmos — desconhece o específico daquela forma de domínio como

como verdadeira *universitas iuris* independente dos elementos que a compõem e objecto, ela própria, de um direito de propriedade (113).

Esta hipostasiação da propriedade introduziu-se no discurso penal por duas vias intimamente ligadas e que podemos exprimir pelas seguintes proposições: *a)* dado que a propriedade engloba o património, toda a lesão patrimonial resulta em uma lesão do direito subjectivo de propriedade; donde decorre que *b)* toda a lesão patrimonial penalmente relevante pressupõe a lesão de um direito subjectivo. Daqui resultam outras tantas notas: por um lado, uma clara *subordinação dogmática* da tutela do património à tutela da propriedade (114); por outro lado, *et pour cause*, uma total *juridicização* do objecto da tutela (115).

poder actual e potencialmente total sobre as utilidades previsíveis e imprevisíveis de um bem: como poder de exaurir por sua própria virtude o que se chama a 'lógica das coisas'. [...] De resto, a propriedade de direitos conduzia-nos ao extremo de uma 'propriedade do usufruto', ou de uma 'propriedade da superfície', ou de uma 'propriedade da enfiteuse', que seriam verdadeiras contradições *in adjecto*. No fundo, a tentação de nivelação que já atrás denunciámos no 'Teilungsgedanke' de Heck».

(113) Assim discorria a chamada «teoria clássica do património», que o encarava como «um atributo necessário da própria personalidade do respectivo titular, a irradiação ou projecção natural da potência jurídica da pessoa nas suas relações com os objectos exteriores» (MANUEL DE ANDRADE, *Teoria*, I, p. 211), confundindo-o com a *capacidade patrimonial*. Paradoxalmente, esta concepção de património — que o qualifica como necessário, invariável, uno, indivisível, incindível do titular e verdadeira *universitas iuris* —, provindo embora de doutrinas personalistas-liberais, em vez de acentuar a importância do sujeito na estruturação do património, acaba por objectivar o seu significado, ao conferir-lhe um conteúdo constante e universal para todos os indivíduos. No fundo, algo de análogo ao fenómeno de institucionalização da propriedade (cfr. *supra* [n. 59]). Para uma exposição mais pormenorizada desta teoria e sua crítica, *vd.* MANUEL DE ANDRADE, *Teoria*, I, p. 209 ss., e ORLANDO DE CARVALHO, *Coisas*, p. 98 (n. 2). Criticamente sobre o seu préstimo para a definição jurídico-penal de património, também OTTO, *Struktur*, p. 37.

(114) Que levava BINDING (*Lehrbuch*, I, p. 341) a referir-se à burla e à extorsão como um «roubo de direitos» *(Rechtsraub)*. Entre nós, atente-se, *v. g.*, na paradigmática passagem de LUÍS OSÓRIO (*cit.*, p. 208), a propósito do crime de burla: «objecto da tutela penal estabelecida com a incriminação do delito de burla é o interesse público de garantir a ordem jurídica relativa *àquele complexo de bens que se compreende no conceito genérico de propriedade*, enquanto o *dono* vem privado de tais bens por efeito de erro em que foi induzido mediante engano» (itálicos nossos).

(115) Note-se que, contrariamente ao que uma visão apressada do problema poderia fazer supor, tal *juridicização* do objecto de tutela não é consequência da opção por uma referência pessoal (direito subjectivo, interesse legalmente protegido) do mesmo: ela impõe-se igualmente a uma sua referência sistémico-social (bem jurídico) (para uma rese-

2.4. As relações entre propriedade e património alteraram-se substancialmente no decurso deste século, devido à concorrência de vários factores de diversa natureza. Uma enunciação, ainda que sumária, dos mais importantes não poderia desatender os seguintes.

Em primeiro lugar, e decisivamente, dá-se uma progressiva degradação do relevo da propriedade enquanto forma jurídica. A generalização da actividade industrial-mercantil como principal fonte produtiva provocou uma mobiliarização da riqueza, *sc.*, uma translação do poder económico da propriedade fundiária para

nha histórica desta polémica, seus termos e implicações, *vd.* COSTA ANDRADE, *Consentimento*, p. 37 ss.). Com efeito, independentemente da perspectiva por que se encare a questão, a propriedade tem sempre uma natureza juridicamente construída.

É verdade que, à semelhança dos restantes bens jurídicos pessoais, a sua ambivalência tanto lhe permite apresentar-se radicada no direito do indivíduo como no programa de interesses do sistema social. Simplesmente, essa semelhança esconde uma diferença fundamental que singulariza a propriedade dentro do universo dos bens jurídicos individuais: é que a vida, a integridade física, a liberdade e a honra perfilam-se perante o direito como *projecções imediatas* do Homem, como valores antropológicos resistentes a uma total redução jurídica. Isto significa que a respectiva protecção penal não tem que ser *obrigatoriamente* mediada por um direito subjectivo que os tenha por objecto, *sc.*, por um reconhecimento jurídico extrapenal do seu carácter de bem. Daí que, relativamente a eles, possa ter sentido a discussão acerca do objecto da tutela penal: é certamente diferente advogar, com o jusnaturalismo iluminista, que a protecção penal da vida (ou da liberdade) é função do «direito subjectivo» à vida (ou à liberdade) ou, diversamente, defender, com o normativismo voluntarista, que ela é função do «bem» ou «valor objectivo» que a vida (ou a liberdade) consubstanciam, numa perspectiva sócio-estadual que transcende a consideração dos direitos individuais. Mas, no que diz respeito à propriedade, esta discussão é estéril: se a juridicização resultante da referência pessoal da tutela, que remete para os *direitos* de propriedade individuais, é inquestionável — o objecto da tutela é o *direito* subjectivo —, não o é menos a que resulta de uma referência sistémico-social que remeta para a propriedade como forma *jurídica* de atribuição dos bens — o objecto da tutela é a *norma jurídica* primária (civil) que opera essa atribuição, ou, mais amplamente, a ordenação jurídica do domínio.

Por último, sublinhe-se novamente que esta questão não tem que ver directamente com a autonomia do direito penal em face do direito civil. A referência da tutela penal positiva à propriedade leva a que o objecto da tutela seja sempre uma pré-criação jurídica, mesmo para quem admita, na esteira de BINDING (*Normen*, I, p. 340 s.), uma radical liberdade do legislador penal na criação dos bens jurídicos dignos de tutela — e então é este último a assumir como interesse autónomo do sistema penal (como bem jurídico-penal) a protecção da distribuição dos bens através daquele esquema jurídico. Note-se, aliás, que é justamente BINDING (*ibid.*, p. 351) um dos mais autorizados defensores da chamada concepção jurídica do património, segundo a qual o património seria composto apenas pelos *direitos* patrimoniais do sujeito.

a propriedade empresarial (116). Todavia, a instância jurídica recusou obstinadamente o estatuto de coisa *apropriável* ao estabelecimento industrial e comercial (117), ocultando por essa nova forma a desigualdade entre (os reais) proprietários e não-proprietários: o detentor dos principais meios de produção já não é o *proprietário*, mas sim o *empresário* industrial e comercial (118). O direito de propriedade torna-se num direito «pobre» do ponto de vista do seu conteúdo económico, condenado a versar sobre bens imóveis cada vez menos valiosos, de rendibilidade decrescente, e bens móveis de consumo.

Por outro lado, a exigência de uma maior vinculação social da propriedade, que provocou o referido fenómeno de ocultação, sobe de tom com a instauração do regime colectivista na URSS, o alastramento do movimento sindical, a falência do capitalismo monopolista e a aparição do Estado Social (nas suas formas totalitárias e democráticas), levando a que a palavra «propriedade» (onerada pelo lastro herdado do individualismo liberal) provoque um generalizado mal-estar e, por vezes, aberta condenação.

A decadência da *propriedade-forma jurídica* resultou em uma ascensão da importância da categoria *património*: se os novos modos de aproveitamento económico dos bens não podem ser tutelados pelo direito de propriedade, nem por isso decai a necessidade de protecção das relações de pertinência desses bens ao seu titular. O património assume então, na instância jurídica, o estatuto de principal meio de comunicação entre o indivíduo e o mundo dos bens que lhe pertencem. O direito de propriedade passa à condição de mero elemento do património, ao lado dos restantes direitos patrimoniais, das «titularidades» e das «expectativas».

3. O património como bem jurídico-criminal (cont.): a sua autonomização em face da propriedade

3.1. Aquele fenómeno encontrou um aparente acolhimento nas leis penais modernas, pois as codificações europeias do nosso século reuniram os

(116) Fenómeno que FARIA COSTA (*Crimes*, p. 1) justamente designa por «'desmaterialização' dos bens jurídico-patrimoniais».

(117) Cfr. SEIXAS MEIRELES, *cit.*, p. 514 ss.

(118) Sobre a ocultação da esfera de produção (estruturada por relações de *dominium*, e assente, portanto, numa base de necessária desigualdade) pelo direito moderno, sobrepondo-lhe a esfera da circulação dos bens (mundo dos contratos entre sujeitos iguais), *vd.* SEIXAS MEIRELES, *cit.*, p. 265 ss. e 522 s.

antigos «crimes contra a propriedade» sob a designação de «crimes contra o património» (assim o Código Penal italiano [1930] e o Código Penal português [1982]), ou «crimes contra o património e a ordem sócio-económica» (Projecto do Código Penal espanhol [1992]) ([119]), ou sob a expressão, para este efeito equipolente, de «crimes contra os bens» (Código Penal francês [1994]).

A modificação de sentido assim introduzida ([120]) assume um signifi-

([119]) Criticamente sobre o agrupamento dos crimes patrimoniais e económicos sob a mesma epígrafe, BAJO FERNÁNDEZ, *RPCC*, 3 (1993), p. 507 s.

([120]) Segundo SGUBBI (*Enc. Dir.*, XXXII, p. 336), não se trata de uma modificação de sentido mas de «uma variação inspirada por uma maior correcção e precisão terminológica» (coincidentemente, neste ponto, CUNHA RODRIGUES, *cit.*, p. 518, e, no essencial, CAEIRO JÚNIOR, *cit.*, p. 14), a fim de evitar que «sejam definidos como 'crimes contra a propriedade' ilícitos que ofendem direitos e interesses de outro tipo, com outro *nomen* — outros direitos reais, a posse separada da propriedade e também, em alguns casos, os direitos de crédito».

O A. parte das premissas metodológicas do materialismo dialéctico para mostrar que «as *finalidades reais* que o legislador quis prosseguir com a construção do complexo de normas incriminatórias que formam o sistema dos 'crimes contra o património'» (*Studio*, p. 1) se subordinam à função «real», embora «latente», de «defesa do domínio proprietário, da propriedade como relação social» (*ibid.*, p. 34). Assim, sob a «vertente *formal*, que corresponde à *função ideológica e aparente* de tutela de um direito subjectivo patrimonial, de tutela da propriedade como direito subjectivo com conteúdo patrimonial», encontra-se a «vertente substancial, que corresponde à *função real e recôndita* de garantia e defesa de uma relação social com conteúdo económico, *de garantia e defesa da propriedade como relação social [...] de domínio de um homem sobre outro homem*». É esta «*fractura* entre função substancial-real e função ideológico-formal que constitui a causa primeira e profunda de tantas 'anomalias' e particularidades do sistema» *(últ. loc. cit.)*. Ora, tal fractura, visível no CP italiano de 1889, assente na defesa da propriedade, não teria sido superada pelo Código Rocco, assente na defesa do património, que, tornando o objecto de tutela em «uma objectividade jurídica tendencialmente ultra-individual e 'espiritualizada'», se limitou a «aperfeiçoar e desenvolver uma linha de política criminal que, neste sector dos crimes contra o património, é própria das codificações penais posteriores ao Iluminismo» (*Enc. Dir.*, XXXII, p. 336).

Esta linha de abordagem merece a nossa concordância de princípio, como se poderá inferir do que se escreveu *supra, relativamente ao direito penal do liberalismo individualista* (contra, cfr. FIANDACA/MUSCO, *cit.*, p. 13 s). Mais do que isso, é possível que ela se mostre idónea para revelar as intenções reais do tratamento da matéria nos Códigos penais que erigem o património em bem protegido — e daí termos utilizado o adjectivo «aparente», no parágrafo precedente (em texto), para qualificar a mudança de sentido *indiciada* pelas codificações penais contemporâneas. É mesmo porventura inegável que tal mudança

cado de grande importância para o nosso problema: o património, de simples «objecto de acção» ([121]) dos crimes previstos nos específicos tipos que o protegiam «como um todo» (burla, extorsão, etc.) mas que eram ordenados ao bem jurídico «propriedade», volve-se no bem jurídico que subordina a tutela típica global — inclusive a que se refere à propriedade. A inversão da relação de primazia conduz a uma alteração de estatuto que não pode deixar de implicar uma reformulação do sentido da tutela do património na normatividade penal.

3.2. A discussão em torno do conceito jurídico-penal de património foi iniciada pela doutrina germânica e os termos por que se desenvolveu foram-lhe postos pela tipificação da causação de um *prejuízo patrimonial* como elemento do crime de burla (§ 263 do StGB) ([122]), já que a verificação do prejuízo implica, naturalmente, a definição da coisa prejudicada. Em consequência, a disputa doutrinal centrou-se no crime de burla, que tomaremos aqui por referência.

tenha sido determinada por um aprofundamento das contradições existentes no seio do sistema sócio-económico do capitalismo moderno. Simplesmente, ignorar-se a alteração produzida pela introdução do princípio democrático-social nas ordens jurídicas europeias é desprezar a possibilidade de adequar a normatividade penal a injunções de sentido mais conformes com a consciência jurídica da comunidade. É que, se no «direito penal das democracias ocidentais (...) são ainda por demais visíveis as marcas de uma ideologia puramente burguesa, mais preocupada com a destruição definitiva das estruturas do Estado-de-polícia anterior do que com a definição dos novos rumos implicados no ideal democrático» (FIGUEIREDO DIAS, *DP 1975*, p. 54 s.), não é menos certo que «por detrás e a coberto da persistência do *mesmo* (*sc.*, com o mesmo nome) bem jurídico, têm-se operado profundas transformações semânticas, por princípio sintonizadas com o ritmo da sucessão das construções sociais da realidade» (COSTA ANDRADE, *Consentimento*, p. 367). Por isso, se é verdade que a referência dos crimes patrimoniais ao bem património pode ser vista como mera modificação terminológica que em nada altera a intencionalidade da tutela da propriedade liberal, ocultando de forma mais subtil as relações de domínio estabelecidas, preferimos tirar partido dessa ambiguidade acrescida para ver aí uma concretização da geral e pré-legal mudança de sentido da ordenação dominial descrita no texto. Só esta premissa, que postulamos nas considerações seguintes, permitirá legitimamente empreender uma crítica intra-sistemática das singulares soluções adoptadas pelo legislador penal na regulamentação dos crimes patrimoniais. Sobre a «desarmonia» entre o sistema dos crimes patrimoniais e o novo ordenamento personalista, cfr. MANTOVANI, *cit.*, p. 3 s., em termos inteiramente válidos para o contexto nacional.

([121]) Cfr. COSTA ANDRADE, *Consentimento*, p. 86.

([122]) Cfr. ESER, *Strafrecht*, IV, p. 100.

São conhecidas as três formas tradicionais de concepção jurídico-penal do património ([123]). A primeira *(concepção jurídica)* define o património como a soma dos direitos e obrigações patrimoniais de um sujeito, retomando a noção corrente no direito civil. Assim, a propósito da burla e referindo-se ao prejuízo patrimonial, Merkel ([124]) afirma que «as normas de cuja violação se trata nos crimes contra a propriedade pertencem ao direito privado. Quando, à luz dos princípios deste último, não existir uma violação de direitos patrimoniais alheios, esta não pode existir para consideração jurídica alguma».

A segunda *(concepção económica)* foi defendida, entre outros, por Bruns ([125]), com o intuito de corrigir as deficiências e os resultados insatisfatórios a que levava a concepção jurídica: «[o que deve ser reconhecido como elemento patrimonial penalmente tutelado é] não a validade jurídica, logicamente dedutível, de uma pretensão, não a sua existência jurídica, mas a sua valia, empiricamente determinável, na vida económica, a sua utilidade fáctica, o seu valor pecuniário fáctico». O património é agora visto como conjunto complexivo (já não como soma) das posições economicamente valiosas encabeçadas num sujeito, independentemente da sua tutela por um direito subjectivo.

A terceira *(concepção jurídico-económica)*, propugnada, entre outros, por Cramer ([126]), surge também de forma «reactiva», para afeiçoar a anterior, e pode dizer-se que recolhe o aplauso da doutrina hoje maioritária. As várias definições propostas pelos autores têm, apesar das suas variantes, duas notas comuns: por um lado, arrancam da concepção económica do património como «conjunto unitário de posições com valor económico»; por outro lado — e aqui reside a diferença específica desta perspectiva —, exigem, como condição de pertinência de um bem ao património penalmente tutelado, que o titular da posição vantajosa que esse bem proporciona possa dispor dele sob a protecção do ordenamento jurídico, ou, pelo menos, «sem a sua desaprovação» ([127]).

([123]) As concepções que de seguida se expõem sumariamente constituem referência obrigatória para qualquer reflexão sobre a matéria. Para uma análise pormenorizada das mesmas, vd., por todos, S./S./CRAMER, *cit.*, § 263, nm. 78 e segs.

([124]) MERKEL, *Handbuch*, p. 759.

([125]) BRUNS, *cit.*, p. 359.

([126]) S./S./CRAMER, *cit.*, § 263, nm. 82 e seg.

([127]) KOHLRAUSCH/LANGE, *cit.*, § 263, V, 1.

3.3. A consideração, propositadamente sinóptica, do panorama doutrinal que envolve a concepção jurídico-penal do património permite-nos retirar, desde já, uma conclusão que relativiza o valor da polémica para o problema que nos ocupa. Esta linha de investigação, dada a condição histórica que lhe deu origem, preocupa-se em dar resposta às questões levantadas pela interpretação dos tipos legais — nomeadamente do elemento típico «prejuízo patrimonial» —, ignorando o problema primeiro da determinação do bem por eles protegido ([128]). Na verdade, se bem vemos, aqueles esforços de afinação conceitual são orientados para a obtenção de um *critério* operatório que possibilite a definição da *composição* do património para efeitos da sua tutela penal por certos tipos legais: sejam os direitos patrimoniais do sujeito, seja o conjunto das suas posições economicamente valiosas, ou o conjunto das posições valiosas referentes a bens de que pode dispor com a aprovação do ordenamento jurídico. Em suma: questionam-se as «superfícies de agressão» do bem jurídico e o respectivo âmbito da tutela típica antes (e em vez) de se identificar positivamente em que consiste esse bem.

Porém, não pode negar-se que foi através da discussão pragmaticamente interessada do conceito de património que se processou a gestação de um bem jurídico autónomo susceptível de unificar os crimes patrimoniais. Efectivamente, para a *concepção jurídica*, e em consonância com o proprietarismo da época, o património, enquanto bem, não se autonomizava em face da propriedade: os crimes patrimoniais eram crimes contra o direito de propriedade *stricto sensu* ou contra a propriedade de outros direitos ([129]).

Posteriormente, com o aparecimento de novas formas de aproveitamento económico dos bens — não reconduzíveis à figura do direito subjectivo (*v. g.*, expectativas, *chances*, titularidades), mas todavia carecidas de tutela penal —, surgiu a necessidade de se construir um conceito complexivo e trans-jurídico de património *(concepção económica)*, pois a ausência da lesão de um direito não permitia outra forma de identificação do elemento típico «prejuízo». Deste modo, o património «como um todo» autonomiza-se da propriedade enquanto objecto de acção, dado que pode ser agredido de forma penalmente relevante sem que se produza uma concomitante lesão de um direito subjectivo. É claro que o reconhecimento desta autonomia derivava já do pressentimento da existência de uma realidade

([128]) Cfr. já a crítica de OTTO, *Struktur*, p. 28 s.

([129]) Distinguindo-se do furto unicamente pela modalidade de execução adoptada; pode encontrar-se um exemplo ilustrativo no art. 451.º do CP de 1886.

digna de tutela que transcende a pura redução jurídico-civil das relações homem-bens.

Por último, à correcção introduzida pela *concepção jurídico-económica* — segundo a qual não podem incluir-se no património posições vantajosas desaprovadas pelo ordenamento jurídico global — subjaz a (boa) intuição de que o património, se não é uma soma de direitos, também não pode constituir uma realidade puramente fáctica, *antes tem que ser uma realidade normativamente co-determinada.* De onde é lícito retirar-se que, para esta doutrina, o conceito de património supõe, ainda que só implicitamente, uma prévia valoração fundante do sentido da sua tutela; ora, impõe-se assumir expressamente essa valoração através da identificação do bem jurídico protegido, sob pena de se cair num impressionismo tão perigoso quanto arbitrário.

Destarte, a admissão da possibilidade de ocorrência de uma *lesão patrimonial jurídico-penalmente relevante independente da violação de um direito subjectivo patrimonial* abriu caminho a que a ruptura evidenciada no plano do objecto da acção transitasse para o nível do bem jurídico. Com efeito, depois da concepção económica, não seria coerente propugnar, por um lado, a necessidade de desvincular o conceito penal de património da categoria do direito subjectivo e afirmar, por outro, que os «crimes contra o património como um todo» protegem o bem jurídico propriedade; depois da concepção jurídico-económica, seria impossível ignorar a conformação normativa desse *quid* que surge em lugar da propriedade.

3.4. Simplesmente, os termos da discussão mostraram-se inquinados pelo sentido primitivo da polémica: ao confrontar-se com a questão do bem protegido, a generalidade dos autores retoma os propósitos e os termos da discussão travada em torno do conceito. Pode por isso afirmar-se que o (originário) deslocamento do problema se traduz na (ou talvez tenha sido provocado pela) negação, implícita ou explícita, da verdadeira autonomia do património como *bem jurídico-criminal.* Procuremos comprovar esta asserção recorrendo a uma selecção, a nosso ver representativa, das definições com maior credibilidade.

A generalidade dos autores recorre à contraposição com a propriedade para delimitar o conteúdo do bem «património». Assim, para Arzt/Weber, se todos os crimes patrimoniais são «agressões a valores materiais da pessoa», a propriedade persiste como «bem jurídico claramente definido» ([130]), mas a

([130]) ARZT/WEBER, *LH,* 3, nm. 3, sem todavia especificarem essa definição.

«relativa imprecisão» do bem património leva a que a punibilidade das condutas seja determinada, em última instância, pela «controvérsia entre as teorias» referidas ([131]). Segundo Eser, os crimes contra a propriedade visam pro-

([131]) *Ibid.*, nm. 3 e seg. De acordo com os AA. (*ibid.*, nm. 9), existe «uma diferença essencial entre a função dos crimes contra a propriedade *(Eigentumsdelikte)* e dos crimes contra o património *(Vermögensdelikte):* os primeiros protegem, juntamente com a propriedade, a liberdade de disposição sobre a propriedade. Propriedade é (também) o poder de *não* efectuar actos de disposição economicamente vantajosos. Os crimes contra a propriedade protegem também, juntamente com a propriedade, este poder. Diversamente, os crimes contra o património protegem apenas contra a causação de desvantagens económicas. O poder de livre decisão sobre a composição do património não é protegido. Esta solução é bem fundada, porque a liberdade de disposição patrimonial é protegida pelo § 240 do StGB, como concretização da geral liberdade de acção e de vontade *(Willensbetätigungsfreiheit).* [...] Não há razão para proteger a liberdade de acção e de vontade mais fortemente do que no § 240 só por o contexto da acção ser a esfera patrimonial».

Este trecho permite isolar os seguintes pontos:

a) a propriedade e a liberdade de disposição sobre a propriedade são momentos conceitualmente distintos, mas ambos são protegidos pelos crimes contra a propriedade;

b) o património e a liberdade de disposição patrimonial são momentos conceitualmente distintos, mas os crimes patrimoniais só protegem o património, porquanto a liberdade de disposição patrimonial é uma mera concretização da liberdade de acção e de vontade, encontrando por isso a respectiva tutela no crime de coacção.

c) Esta solução tem razão de ser porque a liberdade de acção e de vontade não merece especial protecção só pelo facto de o cenário em que evolui ser a esfera patrimonial.

Tais conclusões merecem-nos alguns reparos. Em primeiro lugar, não vemos como se possa separar a propriedade (ou o património) da concomitante liberdade de disposição. A não ser que se tenha da propriedade o incorrecto e perimido entendimento, já várias vezes denunciado, que identifica a propriedade com as coisas sobre que versa, é forçoso admitir-se que a essência de toda a relação patrimonial, e da propriedade em especial, é conferir ao titular uma certa disponibilidade, de amplitude variável, sobre os bens garantidos.

Em segundo lugar, ainda que essa separação fosse possível, não se vê por que razão a liberdade de disposição, sendo uma sub-espécie da liberdade geral tutelada pelo crime de coacção, deva ser protegida, *em especial,* pelos crimes contra a propriedade e já não pelos crimes contra o património. A diversidade de soluções pode explicar-se apenas pela *prévia e latente compreensão do património como expressão de um valor aritmético que importa proteger exclusivamente contra diminuições da mesma grandeza;* compreensão essa que os AA. só assumem no momento de confrontarem os *conceitos* penais de propriedade (que identificam com o conceito jurídico acolhido pelo BGB) e de património («conceito económico, que não é limitado pelos direitos patrimoniais e que não inclui direitos sem valor económico») (*ibid.*, nm. 7). Tudo o que mostra, uma vez mais, o refluxo do conceito de património como elemento do tipo na discussão relativa ao bem jurídico tutelado, levando a conclusões ancoradas numa pressuposição não fundamentada e a uma insanável petição de princípio.

teger o «poder jurídico que o proprietário detém por força da sua posição de domínio *formal* sobre a coisa», fundada numa «específica atribuição jurídico-real» (132), enquanto que os crimes contra o património tutelam o património «como um todo» (133). Por seu lado, Benfer coloca propriedade e património sob a categoria de «direito absoluto», cujas diferentes formas de tutela se devem às diferentes formas de agressão (134), para depois definir o bem património como «o conjunto dos haveres móveis e imóveis, com valor económico, de uma pessoa» (135). Para Kohlrausch/Lange, a tutela penal da propriedade protege não só o «valor jurídico material (da propriedade)» mas também «a ordem jurídica» (136), enquanto que o património é protegido como «um todo económico», isto é, a «soma dos valores económicos de que alguém pode dispor sob a protecção da ordem jurídica» (137).

Mas a expressão paradigmática do equívoco que se pretende aqui desvelar pode encontrar-se em Cramer, quando afirma peremptoriamente que «o bem jurídico protegido [pelo crime de burla] é exclusivamente o património, e não a 'boa fé' ou o 'direito à verdade'» (138). O que seja o património *enquanto bem jurídico*... é algo que se determinará no momento da sua definição como elemento típico. Esta formulação não deixa de surpreender, porquanto as alternativas afastadas (boa fé e direito à verdade) consubstanciam, apesar de tudo, um qualquer valor — o que não acontece com o *nomen* património, que é, num plano axiológico-jurídico, manifestamente inócuo.

Por outras palavras: ao lado da propriedade, perfila-se um novo bem cujo conteúdo é determinado pelas exigências de interpretação de um elemento típico que ele próprio deveria iluminar. Mas, para além desse vício metódico, não parece que as noções de património que recolhemos sejam

(132) ESER, *Strafrecht*, IV, p. 2. Todavia, em outro local (S./S./ESER, *cit.*, § 242, nm. 1), o A. prefere afirmar que a propriedade é penalmente protegida «não tanto na sua qualidade de direito real» mas antes enquanto «poder de disposição do portador do bem jurídico».

(133) ESER, *Strafrecht*, IV, p. 98 s. No mesmo sentido, cfr. S./S./CRAMER, *cit.*, § 263, nm. 2.

(134) BENFER, *cit.*, nm. 381.

(135) *Ibid.*, nm. 601.

(136) KOHLRAUSCH/LANGE, *cit.*, vor. § 242, I.

(137) *Ibid.*, vor. § 263 e § 263, V, 1.

(138) S./S./CRAMER, *cit.*, § 263, nm. 1. Em termos muito semelhantes, LACKNER, *cit.*, § 263, II, e DREHER/TRÖNDLE, *cit.*, § 263, nm. 1.

materialmente adequadas para exprimir o bem jurídico protegido pelos crimes patrimoniais. O património, enquanto bem digno de tutela jurídico-penal, tem que incorporar um valor, ou constituir um estado valioso que, evidentemente, não se pode reduzir a uma soma de direitos, nem a um conjunto de posições com valor económico (139) encabeçados num sujeito. Com efeito, permita-se-nos o paralelo, o património está para esses elementos (ou para o conjunto por eles formado) como a integridade física está para os diversos órgãos do corpo humano (ou para o corpo em si mesmo considerado): não são eles o bem protegido, mas sim um certo *estado* que os engloba e transcende (140). Daí que só seja possível configurar o património como bem verdadeiramente autónomo se se puder agenciar um *quid* que unifique o sentido da tutela dispensada pelos crimes patrimoniais.

3.5. É precisamente aqui que reside, a nosso ver, a maior virtude da chamada «concepção personalista» do património, cuja mais elaborada versão é consensualmente atribuída a H. Otto, na sua obra *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*.

O Autor parte do axioma de que a «protecção do património significa protecção da personalidade do sujeito de direito e é aí que obtém a sua relevância social» (141) porque o desenvolvimento dessa personalidade implica também a «possibilidade de trato *(Umgang)* com as coisas, visto que é através deste trato que a pessoa consciencializa a sua capacidade de construir o próprio meio» (142). Esta necessidade legitima e explica a subordinação unitária do sistema dos crimes patrimoniais ao bem jurídico património (143).

(139) Não podemos deixar de notar, a este propósito, a patente analogia com a concepção institucional-objectiva da propriedade. Também o património é encarado, pelas doutrinas recenseadas, como entidade exterior ao homem: o «sujeito» desempenha o papel de puro pólo agregador de direitos ou de centro de imputação de um conjunto de posições patrimoniais.

(140) A analogia utilizada pretende ser, por enquanto, meramente ilustrativa, já que visa apenas mostrar que qualquer definição do bem património tem de arrancar de um estado valioso que transcenda a pura circunscrição dos elementos que o compõem. No entanto, pode desde já adiantar-se que a comparação com a integridade física *(equilíbrio físico-psíquico dado)* é, num plano categorial, particularmente fértil para a compreensão jurídico-penal do património.

(141) OTTO, *Struktur*, p. 29; no mesmo sentido, cfr. também DÄUBLER, *cit.*, p. 10 s.

(142) ID., *Grundkurs*[3], p. 128.

(143) ID., *Struktur*, p. 18 ss., esp. p. 21.

Otto empreende então uma crítica das concepções tradicionais e mostra que o bem jurídico protegido não pode ser «a coisa concretamente atingida (objecto da acção) — *v. g.*, no furto, a coisa concretamente furtada —, nem o direito subjectivo que versa sobre a coisa — *v. g.*, no furto, o direito de propriedade», já que a primeira «não é lesada nem posta em perigo por uma subtracção» e que o segundo «nem sequer é atingido pelo furto». De afastar são também as concepções que prefiguram o bem jurídico «como um objecto na sua forma de manifestação geral — todas as coisas alheias, todos os específicos direitos de aquisição», bem como as que o vêem no *valor* das coisas enquanto instrumentos da «satisfação das necessidades do indivíduo», ou nos «interesses individuais» (144).

Assim, se bem jurídico *in genere* «só pode ser a relação fáctica entre uma pessoa e um objecto *(latissimo sensu)* protegida por uma norma jurídica» (145), o património define-se como o «estado de uma determinada relação real, desenhada pelos singulares tipos de crime, entre a pessoa e valores concretos reconhecidos pela comunidade jurídica, através da qual o sujeito de direito desenvolve a sua personalidade com a aprovação da ordem jurídica» (146), cumprindo a função de «garantia objectiva da realização subjectiva» *(gegenständliche Gewährleistung subjektiver Entfaltung)* (147).

3.6. A adequação metódica desta investigação e a pertinência dos seus resultados afiguram-se incontestáveis.

Antes de mais, deve sublinhar-se a *definição positiva* do bem jurídico tutelado pelos crimes patrimoniais, que é a condição primeira da legitimidade das respectivas incriminações. Na verdade, a concepção de Otto revela uma entidade susceptível de se afirmar como autónomo bem jurídico-criminal, evitando as aporias em que inevitavelmente incorrem as concepções tradicionais, ao procurarem transpor para o plano do bem jurídico os conteúdos das categorias dogmáticas propriedade e património. O bem jurídico assim

(144) ID., *Struktur*, p. 32 s.

(145) ID., *ibid.*, louvando-se em Sina. Manifestando reservas em relação a este conceito, cfr. todavia COSTA ANDRADE, *Consentimento*, p. 110 (em nota).

(146) ID., *Struktur*, p. 33 s. Em sentido próximo vai a proposta de MOCCIA (*cit.*, p. 69 s.): «em um estado social de direito de orientação personalista a tutela do património deve garantir a disponibilidade dos bens, a fim de assegurar o desenvolvimento da personalidade no campo económico».

(147) ID., *Grundkurs*[3], p. 128.

identificado revela uma estrutura relacional que o liga incindivelmente à pessoa, podendo por isso afirmar-se com verdade que os crimes patrimoniais são crimes contra um bem pessoal — a relação patrimonial (148). Desta forma, o património mostra-se apto a unificar a intenção que preside à positivação dos crimes patrimoniais, subordinando também a tutela penal da propriedade. Por último, a concepção personalista de património, ao centrar-se na *relação* homem-bens, evita as críticas que com razão se dirigem às concepções objectivistas, que vêem no «valor ontológico» das coisas a *ratio* da tutela penal, assim como as objecções às concepções subjectivistas que, reduzindo o património à liberdade de disposição, confundem património com capacidade patrimonial e, logo, relação patrimonial com liberdade.

3.7. Em seguida, notar-se-á a conformação desta definição com a feição da ordenação dominial acolhida pela CRP. A clara «degradação» da propriedade para o estatuto de «forma possível» de atribuição dos bens, ao lado dos múltiplos limites e vínculos que lhe são impostos em nome de outros interesses (149), permite concluir que a Constituição não quis encarar a «Propriedade» como bem supra-individual que exprime um dado modelo de organização das relações entre os indivíduos e os bens (150). Bem diversamente,

(148) *(Nota de actualização)* O deslocamento da inserção sistemática dos crimes contra o património operado pela recente revisão do Código Penal, colocando estes crimes imediatamente a seguir aos crimes contra as pessoas, conforta, segundo cremos, a perspectiva do texto, tanto quanto à natureza do património enquanto bem jurídico-penal como quanto ao sentido da evolução que sofreu a sua protecção penal.

(149) Cfr. *supra*, 1.

(150) Neste sentido, escreve COSTA ANDRADE (*Consentimento*, p. 504 s.): «a protecção jurídico-penal da propriedade assegurada pela incriminação do *Furto* não se orienta para a perpetuação de uma qualquer histórica e contingente ordenação e distribuição dos bens. Ela visa, acima de tudo, garantir a auto-realização na fruição e disposição dos bens». Esta proposição, como se depreenderá do que vai dito no texto, conta com o nosso aplauso. Todavia, há que retirar daí as consequências necessárias. Julgamos ter mostrado que o direito de propriedade suposto pelo crime de furto não constitui o *único meio* de garantir a auto-realização pessoal na fruição e disposição dos bens; assim, *de jure condendo*, não se vê razão para excluir da ofensa penalmente relevante as subtracções (e danificações) de bens legitimamente detidos pelo usufrutuário, pelo comodatário, pelo possuidor, etc., *ainda que praticadas pelo proprietário* — solução que a lei portuguesa, manifestamente, não admite, ao acolher nos tipos do furto e do dano o elemento *coisa alheia*. Com efeito, *coisa alheia* significa *coisa que pertence a outrem* — e não *coisa não própria* (identificando os dois conceitos, posto que no contexto do regime do CP de 1886, cfr., todavia, CAEIRO JÚNIOR,

a propriedade privada é garantida como bem constitucional (bem-meio) porque revela ser uma forma idónea de potenciar o desenvolvimento da personalidade dos indivíduos e de promover a sua dignidade de pessoas (bens-

cit., p. 15; neste sentido, também, o AcRP, de 19-03-1986 [*BMJ*, 355 (1986), p. 434 s.]), o que tem importância para a aferição do dolo, embora seja irrelevante o erro sobre a pessoa do proprietário —, pelo que não é possível furtar coisa própria. A esta carta de impunidade passada ao proprietário nos crimes contra a propriedade procurava obviar o art. 224.º do ProjCP Correia (cfr. *Actas PE*, p. 155), punindo o *obstáculo ao exercício de um direito* através de condutas sobre coisa própria onerada por um direito real alheio. Significativamente, este artigo encontrava-se no capítulo dos *crimes contra direitos patrimoniais*, mostrando, de alguma forma, como a tutela penal da propriedade continuava a reproduzir directamente a ordenação jurídico-civil do domínio, mesmo no seio de um projecto que procurava proteger relações patrimoniais fundadas em um título de atribuição diverso do direito de propriedade. Digna de nota é a construção de CAEIRO JÚNIOR (*cit.*, p. 57 ss., e *passim*), que via o bem jurídico protegido pelo crime de furto do art. 421.º do CP de 1886 no «direito de gozo, fruição e guarda de coisas móveis», alargando a tutela penal, *de jure condito*, às posições patrimoniais que referimos *supra*.

A jurisprudência portuguesa não é uniforme no que toca a interpretação do elemento «coisa alheia».

De uma parte, encontramos decisões que sustentam que «coisa alheia, para efeitos do art. 308.º, n.º 1, do CP, é apenas aquela cujo direito de propriedade pertence a outrem que não ao agente», pelo que «não comete o crime de dano, mas apenas um ilícito civil, [o proprietário] que voluntariamente danificar, em prejuízo do inquilino, um muro do prédio arrendado» — AcRP, de 11-11-1992 (*CJ*, 17 [1992], V, p. 247); no mesmo sentido, AcRC, de 3-05-1989 (*BMJ*, 387 [1989], p. 665), AcRP, de 19-03-1986 (*cit.* nesta nota), e AcRL, de 25-01-1983 (não publicado; fonte: base de dados *Datajuris*). De forma idêntica, «não é crime, por constituir um mero ilícito civil, a danificação de bens comuns do casal, feita por um dos cônjuges em detrimento do outro» — AcRL, de 6-11-1991 (*CJ*, 16 [1991], V, p. 147). O mesmo entendimento conduz à conclusão de que «só o proprietário e não o simples possuidor tem legitimidade para se constituir como assistente em relação a um crime de dano, por o direito de restituição da posse contemplado no art. 1277.º do CCiv só respeitar a providências cíveis e não englobar a possibilidade de perseguição criminal de quem danifique o bem possuído» — AcRL, de 9-03-1993 (*CJ*, 18 [1993], II, p. 146); no mesmo sentido, AcRC, de 19-09-1990 (*CJ*, 15 [1990], IV, p. 97).

De outra parte, já se decidiu que «a expressão 'coisa alheia', constante do art. 308.º do CP, não é só a 'propriedade' plena da coisa, mas também o direito ao gozo, fruição e guarda dela, pois é esse o interesse próprio do sujeito passivo do crime. Daí que comete o crime de dano aquele que danifica coisa de que o ofendido é arrendatário» — AcRP, de 21-05-1986 (*BMJ*, 357 [1986], p. 488); no mesmo sentido, AcRP, de 8-07-1987 (não publicado; fonte: base de dados *Datajuris*), que por isso admite que «também o arrendatário duma coisa tem legitimidade para ser sujeito passivo de tal crime». Pese embora a ambi-

-fim) (151). Por conseguinte, não seria constitucionalmente legítimo construir a protecção penal do património como pura «musculação» de uma «ossatura» dominial repudiada pela Lei Fundamental (152).

Também se afigura incorrecto referir a tutela penal às coisas «em si», como entidades dotadas de valor intrínseco (153). As coisas só relevam juridicamente enquanto fontes de interesses humanos (ainda que só em potência) e não detêm uma específica dignidade que careça de consideração jurídica fora da relação com a pessoa (ainda que só virtual). Por outras palavras: as coisas só são juridicamente relevantes na sua veste de «outro pólo» de uma relação patrimonial. Quando uma norma penal proteja as coisas prescindindo dessa relação, uma de duas: ou se trata de uma incriminação ilegítima, ou de uma norma ordenada à protecção de outro bem que não o património.

Para concluir, sublinhe-se que o projecto constitucional de ordenação dominial assinala uma dupla função ao direito que se lhe subordina: por um lado, promover a igualdade real dos cidadãos no acesso aos bens do mundo externo, de forma a garantir paritariamente o desenvolvimento da sua personalidade; por outro lado, proteger as relações patrimoniais assim estabe-

guidade destas últimas decisões — as quais não esclarecem se a fundamentação vale para os casos em que o agente é proprietário da coisa, ou se serve apenas para justificar o preenchimento do tipo nos casos em que o detentor da coisa não é o proprietário (desnecessariamente, pois sempre o proprietário não detentor se encontra lesado) —, julgamos que, valendo a primeira alternativa, elas revelam um inegável valor material. Todavia, trata-se de uma interpretação que o regime vigente, a nosso ver, não permite; neste sentido, cfr. também, contra a doutrina dominante na Alemanha, OTTO, *Struktur*, p. 274, e ID., *Grundkurs*[3], p. 132; contra, CAEIRO JÚNIOR (*cit.*, p. 46 s.), que admitia, à luz da regulamentação vertida no art. 421.º do CP de 1886 — para este efeito equivalente à actual —, a punição do proprietário por subtracção de coisa dada em usufruto e, em geral, da coisa legitimamente possuída por terceiro (*ibid.*, p. 49 s.).

(151) Assim, MANTOVANI, *cit.*, p. 12 s.

(152) No mesmo sentido se pronunciam — tomando por referência a Constituição italiana, mas em termos que julgamos perfeitamente válidos para o direito português — FIANDACA/MUSCO (*cit.*, p. 15): «o próprio direito de propriedade perde aquele carácter tendencialmente preeminente e absoluto que revestia na tradição burguesa-individualista, e vê ser-lhe atribuída uma *função social* que não pode deixar de incidir sobre as modalidades e os limites da sua tutela penal».

(153) Segundo cremos, a inadmissibilidade desta concepção é pacífica na doutrina contemporânea, já que nenhum autor a defende *ex professo*. No entanto, o valor das «coisas em si» acaba por vezes por influenciar, ainda que de forma subliminar, a solução de problemas concretos: cfr. *infra*, 3.9.

lecidas contra o arbítrio individual. Só a consideração deste contexto funcional permite identificar correctamente o bem jurídico protegido pelos crimes patrimoniais e legitimar a intervenção penal neste campo. Na verdade, nem a pura exclusividade na disposição dos bens, nem as coisas em si, podem afirmar-se validamente, à luz da ética social presente na CRP, como «condições comunitárias essenciais de livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem». Ora, «se levarmos a sério estas teses» (154), somos obrigados a concluir que, no âmbito patrimonial, o direito penal tem por missão garantir a imediação pacífica, disciplinada pelo ordenamento jurídico global, entre os homens e as coisas. A tutela penal do património deve, pois, ser entendida como protecção da relação patrimonial no seu sentido primeiro e mais autêntico, *sc.*, *a relação fáctica juridicamente legitimada entre a pessoa e os bens do mundo externo, independentemente do título* («nomen juris») *a que a reduz o direito privado na economia da sua autónoma normação.*

3.8. Importa ainda referir um último ponto. Ao longo da precedente investigação, procurámos mostrar, em diversas ocasiões, que a definição do património enquanto bem jurídico não pode ser determinada pelo conceito de património como elemento típico do crime de burla. Em primeiro lugar, porque são problemas distintos, ditados por preocupações diversas; em segundo lugar, por isso que, a haver uma relação de determinação entre ambos, a posição activa caberá evidentemente ao bem jurídico. Cremos que a concepção de património-bem jurídico adoptada impõe certas injunções de sentido ao desenho da respectiva tutela típica e ao enquadramento dogmático da generalidade dos institutos da doutrina do crime. Trata-se, contudo, de um *outro* problema (155), que exorbita do horizonte deste estudo e que por isso não será objecto de especial dilucidação. Insistimos, porém, em que esta ligação não é necessária: uma eventual inadequação das teorias personalistas para a definição do património como objecto da acção em específicos crimes não invalida, de maneira alguma, o seu valioso contributo para a compreensão do património como bem digno de tutela penal à luz da consciência jurídica

(154) DÄUBLER, *cit.*, p. 11.

(155) Ainda que se concorde com a afirmação de FIANDACA/MUSCO (*cit.*, p. 4 (n. 5)), segundo a qual «as duas noções consideram, de perspectivas concorrentes, um *quid* que no núcleo central permanece, porém, sempre idêntico». A diferença dos problemas advém da intenção que leva cada um desses olhares.

contemporânea — e é nesta sede que importaria colocar as críticas que lhe são dirigidas (156).

3.9. Ainda assim, merece atenção a estimulante utopia de Däubler (157), que distingue, nomeadamente, o tipo de relação patrimonial em causa consoante a intensidade da ligação do bem à pessoa (*v. g.*, no que toca a importância dos bens de consumo para o desenvolvimento da personalidade) e dela faz depender a forma da tutela típica e respectiva sanção. Rendendo-nos à «força motivadora» (158) da utopia, deixemos esboçadas algumas ideias para uma reforma dos crimes patrimoniais.

Um dos tópicos que merecem ser repensados é certamente o problema do *valor* do objecto da relação. Desde logo, não se vê razão bastante para distinguir, *no plano da pura ilicitude material*, a obtenção de uma coisa dotada de mero valor afectivo através de subtracção (furto) da mesma obtenção conseguida por indução em erro da vítima (burla), pois ambas as condutas ofendem de forma relevante a relação fáctica pré-existente, na qual a vítima desenvolve a sua personalidade (159). Ainda no mesmo plano, a graduação da punição consoante o valor pecuniário (objectivo) do objecto da relação patrimonial deve entender-se como uma presunção de valor subjectivo. Por isso, tal presunção deve poder ilidir-se sempre que o diminuto valor objectivo represente um elevado valor subjectivo, conduzindo a uma agravação da pena (para o que se exigirá, naturalmente, a congruência do tipo subjectivo, nomeadamente a necessidade de representação como condição da afirmação do dolo); o mesmo se diga da hipótese inversa (*sc.*, elevado valor objectivo que

(156) As críticas à concepção personalista arrancam sempre da sua inadequação para definir a composição do património como elemento típico: cfr. S./S./CRAMER, *cit.*, § 263, nm. 82; MANTOVANI, *cit.*, p. 18 (n. 14); e FIANDACA/MUSCO, *cit.*, p. 22.

(157) DÄUBLER, *cit.*, p. 11 ss.

(158) *Últ. loc. cit.*, p. 16.

(159) Sobre a (des)construção dos crimes patrimoniais a partir da modalidade de acção, nos regimes penais do mundo ocidental, devido à sua valência indiciária relativamente à perigosidade do agente, cfr. SGUBBI, *Enc. Dir.*, p. 342 ss. e 358 ss. O facto de o património, enquanto bem digno de tutela penal, não se circunscrever aos elementos dotados de valor pecuniário que o compõem (neste sentido, empregando convincentemente argumentos extraídos da normatividade constitucional, OTTO, *Grundkurs*[3], p. 129; cfr. também MANTOVANI, *cit.*, p. 13), não significa que o legislador fique impedido de construir tipos especificamente destinados a proteger tais elementos, desde que essa limitação seja imposta por razões atinentes a outros momentos do discurso da criminalização.

corresponde a um diminuto valor subjectivo), a qual deve justificar uma atenuação da pena (160).

De outra parte, a punição mais severa do furto relativamente ao dano não corresponde, à luz de uma concepção personalista do património, a um desvalor mais intenso do primeiro. E, a nosso ver, não tanto por o sistema social ser, no que toca o segundo, «directamente atingido pela destruição ou danificação da coisa, que pode frustrar, perturbar ou reduzir as suas capacidades funcionais» (161). A introdução de uma referência «sistémico-social», *hoc sensu*, para fundamentar uma descontinuidade entre a autonomia pessoal e a protecção penal do património contra o crime de dano desvirtuaria o sentido que vimos adscrevendo à tutela deste bem jurídico e recuperaria, ainda que subliminarmente, uma certa coloração moralista da intervenção penal. Neste sentido, deve valer, também aqui, a completa disponibilidade do bem nos termos (e limites) do título que funda a relação patrimonial.

O que não significa, evidentemente, aceitar a asserção de Garçon (162), segundo a qual *«détruire un objet c'est exercer le jus abutendi, c'est à dire, faire l'acte de propriétaire le plus clair»*; bem pelo contrário, esse *«droit illimité 'd'user et d'abuser'»* é *«une propriété monstrueuse, qui lui reconnaît jusqu'au pouvoir d'anéantir la chose possedée»* (163). Todavia, a tutela *penal* das «coisas» deve levar-se a cabo por outros meios, sem introduzir um ruído no sentido unitário da protecção do património, que postula uma radical autonomia pessoal. Com efeito, a vinculação comunitária da «propriedade» *(lato sensu)*, que pode legitimar uma preservação das «coisas» contra a vontade do «proprietário», deve encontrar reflexo penal na protecção de *outros* bens jurídicos, a saber, o património nacional, a economia nacional, etc. Isto mesmo é confirmado pelos arts. 31.º *(Destruição de bens e matérias-primas ou aplicação dos mesmos a fins diferentes)* e 32.º *(Destruição de bens próprios com relevante interesse para a economia nacional)* do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro, e pelo art. 1.º, n.º 1, da L. n.º 19/86, de 19 de Julho, que pune o incêndio provocado pelo proprietário em floresta ou mata própria. Parece suficientemente claro

(160) Sobre o «jogo» da agravação/atenuação da pena em função do valor da coisa no crime de furto, tomando contudo por referência exclusiva o «valor objectivo» inequivocamente pressuposto pelo art. 297.º do CP de 1982 (cfr. AcSTJ, de 30-10-1985, não publicado; fonte: base de dados *Datajuris*), *vd.* FARIA COSTA, *Crimes*, p. 7 ss.

(161) COSTA ANDRADE, *Consentimento*, p. 553.

(162) *Apud* COSTA ANDRADE, *ibid.*, p. 556.

(163) MOUNIER, *cit.*, p. 12.

que não se trata aí da punição da autolesão, mas sim de incriminar ofensas a bens supra-individuais (164). E a mudança de perspectiva quanto ao bem jurídico protegido tem relevo decisivo logo para os termos do discurso da criminalização, nomeadamente no que toca os princípios da necessidade, adequação e subsidiariedade da intervenção penal (165).

Afastada a tese da equiparação (ou da maior intensidade) do desvalor do crime de dano relativamente ao crime de furto devida à maior ressonância ético-social do primeiro, ou por via do empobrecimento global que a destruição das coisas provoca, supomos que, ainda assim, o dano consubstancia um desvalor ao menos igual ao do furto. Na verdade, o aniquilamento do objecto e a danificação que o torna inutilizável — sobretudo no caso de se tratar de coisa não fungível —, traduzem-se numa verdadeira extinção da relação que integra o bem jurídico: a relação fáctica perece. Já não assim no que toca o furto: com efeito, é a subsistência da relação pré-existente (embora diminuída) que explica a possibilidade de revivescência da sua originária conformação, ou seja, da sua reintegração, *v. g.*, através da recuperação do objecto (166).

(164) Cfr., a propósito, COSTA ANDRADE, *ibid.*, p. 206 (n. 94).

(165) Em rigor, à incorporação daquelas valorações no sentido do bem jurídico *património* — ainda que restrita ao tratamento de uma singular incriminação — poderiam opor-se as considerações pertinentemente tecidas por HUERTA TOCILDO (*cit.*, p. 473 ss., esp. p. 478) relativamente à aglutinação dos *crimes patrimoniais* e dos *crimes contra a ordem sócio-económica* efectuada pelo Projecto de Código Penal Espanhol de 1980, retomada agora pelo Projecto de 1992 (cfr. *supra*, 3.1., no mesmo sentido, a crítica de BAJO FERNÁNDEZ). Haveremos de revisitar este problema a propósito da natureza dos crimes falenciais, na mesma perspectiva de que não devem pedir-se aos crimes patrimoniais virtualidades de tutela que transcendam a protecção do património (cfr. *infra*, Parte III, B)).

(166) No mesmo sentido, cfr. MOCCIA, *cit.*, p. 108 ss.

PARTE II

OS ESTADOS DE INSOLVÊNCIA E DE FALÊNCIA E A SUA DECLARAÇÃO

INTRODUÇÃO

1. O regime dos crimes falenciais ([167-168]) foi recentemente reformulado pelo DL n.º 132/93, de 23 de Abril, que aprovou o Código dos Processos

---

([167]) Preferimos empregar o adjectivo *falencial* em detrimento do vocábulo da mesma espécie *falimentar*, apesar de este último ser de uso corrente na doutrina e na jurisprudência. E não tanto por o termo *falimentar* constituir um italianismo — neste sentido, todavia, PINTO FURTADO (*RB*, 11 [1989], 83 e (n. 4)), que por isso censura a sua utilização, devida, segundo o A., à «negligência de alguns autores ou lamentável pretensiosismo intelectual de outros» —, mas por isso que as duas palavras se formam a partir de nomes *portugueses* diversos, com significados diferentes. Na verdade, *falencial* provém de *falência* — «acção ou efeito de falir. Cessação de pagamentos; quebra de um negociante reconhecida pelo tribunal» (A. DE MORAIS SILVA, *Novo Dicionário Compacto da Língua Portuguesa*[10], vol. I) —, enquanto que *falimentar* provém de *falimento* — «erro, omissão. Míngua, carência, falha» (ID., *ibid.*).

É certo que, na 8.ª e na 9.ª edição do Dicionário *cit.* (vol. II) um dos significados que se atribuem ao nome *fallimènto* é «o acto de fallir; fallencia, quebra»; mas, curiosamente, os exemplos recolhidos nos antigos textos *jurídicos* portugueses que se transcrevem no mesmo passo têm exactamente o actual sentido de *diminuição* ou de *erro*: «diminuição: fallimento *do justo preço* (i. é, o que se deu de menos). *Ord. Af. 4. f. 171.* [...]. Erro, culpa punivel: 'os que cahirem... em cada hum dos *fallimentos* suso ditos, que paguem por huma cooima doos mil reis' *Ord. Af. 1. 67. 2.*». Provavelmente foi essa a razão por que na 10.ª edição do Dicionário *cit.* se reconsiderou a questão e já não se acolheu a sinonímia entre falência e falimento. Deste modo, o emprego do adjectivo *falimentar* para qualificar algo como relativo à *falência* constituiria, actualmente, não um italianismo, mas, quando muito, um arcaísmo.

([168]) Pela designação genérica de crimes falenciais, entendemos aquele grupo de crimes cuja especificidade reside na subordinação da punibilidade à ocorrência de um estado de falência (ou de insolvência) e à respectiva declaração judicial. Aceitar já a noção adiantada por TIEDEMANN (*LK*, vor § 283, nm. 2) — «conjunto de normas penais

Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência [CFal]. O art. 3.º daquele DL deu nova redacção aos arts. 325.º, 326.º e 327.º do CP e o art. 9.º do mesmo diploma revogou o art. 324.º do CP *(Frustração de créditos).*

De um ponto de vista jurídico-criminal, a principal modificação introduzida pelo DL n.º 132/93 *cit.* foi a eliminação da distinção entre comerciantes e não comerciantes e a concomitante instituição de um regime penal unitário para todos os devedores insolventes. Com efeito, ao arrepio de uma pluri-centenária tradição da lei portuguesa, cessa a distinção entre a insolvência dos não comerciantes e a falência dos comerciantes, instituindo-se um processo unitário, aplicável a «toda a empresa em situação de insolvência» (art. 1.º do CFal) e ao «devedor insolvente não titular de empresa» (art. 27.º do CFal) ([169]). Consequentemente, as situações de insolvência e de falência e as respectivas declarações judiciais desempenham um papel diferente no seio dos tipos legais, de forma a harmonizar a regulamentação penal com o novo figurino daqueles processos.

2. Estes dois fenómenos (*sc.*, a alteração da lei penal substantiva por força da modificação do processo concursual civil e a subordinação da punibilidade à decisão judicial alcançada neste processo), aliados à alteração da terminologia legal, mostram a absoluta necessidade de uma exposição, ainda que sumária, do processo concursual ([170]) instituído pelo CFal para a correcta compreensão da matéria penal pertinente. De uma parte, só assim se apreenderão o fundamento material e a intenção político-criminal que presidem à punição dos crimes falenciais; de outra parte, não parece possível dilucidar os concretos problemas postos pela interpretação e articulação dos tipos legais sem a pré-compreensão da referência civil-concursual.

Porém, aquela exposição só ganha sentido se inserida na evolução do direito falencial português. A utilização de elementos doutrinais e jurisprudenciais relativos ao direito anterior — imposta pela pouca idade do novo diploma — pressupõe, para cumprir eficazmente a sua função de iluminar o direito actual, um entendimento mínimo do direito revogado pelo CFal. Além disso, a confrontação do regime vigente com o regime anterior possui mesmo virtualidades que, segundo julgamos, transcendem o interesse normalmente proporcionado por um estudo comparativo.

3. Enfim, deve ainda dizer-se que o estudo do processo concursual a que nos entregaremos, longe de pretender constituir uma investigação esgotante, é limitado por dois cortes de análise: por um lado, privilegiam-se as questões que podem contender especialmente com o tema escolhido, nomeadamente as que se prendem com a *função* do processo concursual; por outro lado, e em consequência, procura-se identificar os *interesses* mais fundos que determinaram as alterações introduzidas pelo novo regime, de forma a poder pôr em termos adequados, num momento posterior, o problema da *avaliação* desses interesses para a normação penal.

---

que protegem o processo de execução colectiva, paritária e simultânea, a favor de todos os credores do devedor», cujo escopo é «basicamente idêntico ao do processo concursual civil: protecção da *par condicio creditorum*» —, implicaria, apesar da não coincidência dos problemas (escopo da norma/bem jurídico protegido), uma tomada de posição susceptível de influenciar o posterior tratamento do tema.

([169]) É necessário, neste ponto, proceder a alguns esclarecimentos, que posteriormente se aprofundarão. Até à entrada em vigor do CFal, na vigência das pertinentes normas do CPCiv, a insolvência e a falência eram dois institutos diversos, com diferentes *campos de aplicação*, diferentes *pressupostos* e diferentes *processos*.

Assim, o primeiro era reservado aos não comerciantes (incluídas as sociedades civis, ainda que sob forma comercial: art. 1325.º do CPCiv), que podiam ser declarados em estado de insolvência quando o seu activo fosse inferior ao passivo. O processo fundado na insolvência do devedor não comerciante, instituído pela primeira vez pelo D. n.º 21 758, de 22-10-1932, regia-se ultimamente pelos arts. 1313.º e segs. do CPCiv, os quais davam corpo a uma subsecção autónoma dentro da secção «Da liquidação em benefício de credores».

O segundo era reservado aos comerciantes, que podiam ser declarados falidos quando se encontrassem impossibilitados de cumprir as suas obrigações. As sociedades (comerciais) de responsabilidade limitada podiam ainda ser declaradas falidas com fundamento na manifesta insuficiência do activo para satisfação do passivo. O processo de falência regia-se pelos arts. 1135.º e segs. do CPCiv.

Sobre o problema da unificação dos processos, cfr., com muito interesse, as *Actas CFal* [50.ª e segs.].

([170]) Julgamos ser esta a melhor designação para nomear o conjunto dos mecanismos processuais previstos pelo CFal, já que este diploma, ao articular os chamados «processos de recuperação de empresa» com os tradicionais processos de execução colectiva (falência e insolvência), engloba realidades bastante diversas, pelo que o máximo denominador comum parece ser a *intervenção concursual dos credores no processo.* No mesmo sentido se pronunciou o Sr. Conselheiro Pinto Furtado (*Actas CFal* [36.ª, 5]); contra, o Sr. Prof. Doutor Antunes Varela *(últ. loc. cit.).*

EXCURSO: DETERMINAÇÕES CONCEITUAIS

1. Os termos *falência, insolvência, insolvabilidade, cessação de pagamentos,* etc., adquirem, como teremos ocasião de ver, significados muito diversos consoante os tempos e os lugares. Além disso, no mesmo contexto espácio-temporal, o sentido com que a lei, a jurisprudência e a doutrina os empregam está muito longe de ser unívoco, propiciando confusões e aporias porventura evitáveis. Ora, se os conceitos têm uma função útil, ela é seguramente a de distinguir com o rigor possível as realidades que designam. Os esclarecimentos que se seguem parecem, pois, de todo imprescindíveis.

Resta advertir que as definições seguintes abstraem do novo processo concursual estabelecido pelo CFal. E isto por duas razões: em primeiro lugar, porque só assim poderemos dialogar com os elementos doutrinais e jurisprudenciais que convocamos — na sua esmagadora maioria, colhidos no direito anterior; em segundo lugar, porque este método permitirá captar com maior nitidez, na altura própria, a dimensão da ruptura que o CFal representa na história do direito concursual português.

2. A mútua delimitação entre *falência* e *insolvência* é a primeira tarefa a levar a cabo.

A diversidade dos dois institutos procede, desde logo, da sua génese histórica. Se aos direitos romano e bárbaro não importava a profissão do devedor insolvente para efeitos da execução das dívidas (ou, na falta de bens, da pessoa) — o que bem se compreende, dado que, nas épocas respectivas, as especificidades do fenómeno mercantil pouco ou nada relevavam para o direito ([171]) —,

---

([171]) Assim, FERRER CORREIA, *Lições,* p. 8 s.; no mesmo sentido, atribuindo implicitamente a inexistência de um direito especial à ausência do fenómeno *empresa,* ORLANDO DE CARVALHO, *Coisas,* p. 24 s. e (n. 28).

com o desenvolvimento das cidades mediterrânicas e hanseáticas, a partir da Baixa Idade Média, e o surgimento das corporações, a profissão comercial passou a constituir o elemento distintivo que sujeitava os mercadores ao *jus mercatorum* — direito «autónomo», «profissional», «estatutário», «de origem consuetudinária» e aplicado por uma «jurisdição especial (jurisdição consular)» (172). Se a intenção mais importante que movia esse «direito rebelde» era a de «combater a batalha do direito pela tutela do crédito» (173), é a essa luz que se deve compreender o processo histórico de progressiva autonomização da falência como instituto privativo dos comerciantes, podendo afirmar-se, com Cuzzeri, que a história do instituto da falência «é a própria história do comércio» (174).

(172) FERRER CORREIA, *Lições*, p. 10 s.; cfr. também ORLANDO DE CARVALHO, *DCom*, p. 11 s.

(173) VIVANTE, *apud* ORLANDO DE CARVALHO, *Critério*, p. 170 (n. 64)).

(174) É certo que *alguns* estatutos italianos dos sécs. XIV e seguintes não distinguiam, para efeitos da aplicação do processo falencial, os comerciantes dos não comerciantes (*vd.* ROCCO, *Fallimento*, p. 200 ss.; e NAVARRINI, *Trattato*, p. 28 s.). Mas também é inegável que a falência era regulada por esse *jus mercatorum* — fosse por específicos estatutos do comércio (*v. g.*, os *Statuti della* mercanzia *di Bologna* [1509]), fosse pelos estatutos das cidades de mercadores (Florença, Génova, Veneza, Milão, etc.), onde «o comércio não é monopólio de uma classe privilegiada, mas uma função em que participa todo o cidadão [...]: *Genuensis ergo mercator*» (LONGHI, *Bancarotta*, p. 15); *vd.*, para uma informação pormenorizada, ROCCO, *últ. loc. cit.*, e PUNZO, *cit.*, p. 8 ss. — e regulada, portanto, de acordo com os interesses do comércio e dos comerciantes. Aliás, como informa FERRARA (*cit.*, p. 58), se o processo de falência era de aplicação geral, em alguns casos, a todos os devedores, «ele aplicava-se, de facto, prevalentemente aos comerciantes, a quem era de resto limitado por alguns estatutos».

Contra, ROCCO, *últ. op. cit.*, p. 203, que vê a origem do processo falencial em um «instituto de direito comum» (a *datio in solutum per iudicem)*, e não nas «necessidades dos negócios». Para tanto, o A. invoca «as mais antigas leis comunais que regulam o processo concursual» (todas de meados do séc. XIII), as quais «não distinguem entre comerciantes e não comerciantes». Só que, se bem vemos, este argumento é reversível, já que, nessa altura, a incipiência do comércio não requeria ainda a auto-normação dos séculos posteriores. Ainda que não se tenha verificado uma ruptura ao nível da *conformação jurídica* do instituto da falência, produziu-se certamente uma ruptura ao nível dos *interesses* que historicamente levaram à sua assunção pelo direito mercantil (tutela do crédito), a qual culminou com o *Code de Commerce* de 1807. Ora, o desprezo pela especificidade dos novos interesses pode levar a uma visão distorcida da função do instituto a partir da idade moderna. Claro que à visão da falência como instituto de direito comum não é certamente alheio o «horror» de Rocco pelo direito comercial

Assim, por *estado de falência*, entendemos *o estado em que se encontra o comerciante impossibilitado de solver pontualmente os seus compromissos* (175); por *estado de insolvência*, entendemos *o estado em que se encontra o não comerciante cujo activo patrimonial é insuficiente para cobrir o passivo* (176-177).

Estes dois estados de impotência económica constituíam, no direito português anterior ao CFal, os pressupostos dos processos concursuais (execução colectiva e universal) homónimos, destinados a garantir o respeito pela *par condicio creditorum* na satisfação dos créditos.

3. Já se invocaram as exigências postas pela etimologia para contestar a adequação da expressão «estado de falência», a qual, todavia, era de uso corrente no direito anterior (178). Assim, para Pinto Furtado (179), o termo

como «direito dos comerciantes», como direito de classe — o mesmo «horror» que o levava a ver o objecto do direito comercial (e, portanto, a razão de ser da sua especialidade) nos actos de comércio «por natureza intrínseca» (cfr., criticamente sobre esta teoria, FERRER CORREIA, *Lições*, p. 24 s., e ORLANDO DE CARVALHO, *Critério*, p. 112 ss. (n. 52) e 133 (n. 52)).

(175) A noção de *impossibilidade de cumprir* corresponde à *insolvenza* italiana (art. 5.º do RD de 1942), à *cessation de paiements* francesa (art. 3.º, alíneas 1.ª e 2.ª, da L. n.º 85-98 *cit.*), e à *Zahlungsunfähigkeit* alemã (§ 102 da KO).

(176) A noção de *insuficiência do activo* corresponde à *déconfiture* do direito francês e à *Überschuldung* do direito alemão. A ordem jurídica italiana não dá relevo específico a este estado patrimonial, pois não conhece um processo concursual para não comerciantes.

(177) Ao analisar os pressupostos do novo processo concursual, empregaremos os termos falência e insolvência com um significado diverso: cfr. *infra* [n. 306], e Parte III, B), Cap. 1.º, 2.3.

(178) Cfr. só VASCO XAVIER, *Polis*, 2, p. 1364 s.

(179) PINTO FURTADO, *RB*, 11 (1989), p. 82 ss. Segundo o A., se este estado «é o de *impossibilidade de cumprimento* das suas obrigações — então, etimológica e rigorosamente, a sua situação será a de não poder *solver* os seus débitos; logo, de verdadeira e própria *insolvência (in*, prefixo de negação + *solvência)*. Semelhante estado de *não solvência* existe obviamente, tanto no devedor *comerciante* como no *não comerciante*, não parecendo plausível a adopção de denominações diferentes para designação da mesma realidade, ainda que revelada por índices diferentes. [...] *Falência* [...] é, todavia, não o próprio estado de *não solvência*, mas o processo concursual que este suscita — ou, mais retintamente ainda, a situação jurídica em que fica investido o devedor após a declaração judicial que a lei faz corresponder ao acertamento do seu *estado de insolvência*». E, mais adiante (*ibid.*, p. 84), reforça-se esta ideia: «o Decreto n.º 21 758 não foi feliz ao adoptar para [o processo concursual da insolvência] uma designação roubada ao vocábulo definidor de um conceito comum a comerciantes e não-comerciantes — a insolvência —

falência deveria designar tão-só o *processo* que, no direito anterior, se seguia ao estado de insolvência dos comerciantes.

É certo que, *etimologicamente*, insolvência parece significar impossibilidade de cumprir. Mas não pode esquecer-se que se trata de um vocábulo *jurídico*, pelo que o seu significado há-de ser, pelo menos, co-determinado pelo direito, sob pena de se cair naquilo que Castanheira Neves (180) apodou recentemente de «dogmática de dicionário» (181).

Ora, por um lado, já o CCom de 1833 dispunha, no seu n.º 1122: «para ser constituído e declarado em estado de quebra com aplicação da presente legislação é absolutamente necessário que o devedor seja comerciante. *O devedor não comerciante achar-se-á em estado de insolvência, mas não em estado de quebra ou falência segundo a lei*» (itálicos nossos) (182). Por outro lado, o direito português, do CCiv de 1867 ao CPCiv de 1961, sempre *definiu* a insolvência como uma *concreta superioridade do passivo sobre o activo* (183). E este era o verdadeiro *estado* de insolvência, que, por não pressupor a impossibilidade de o devedor cumprir as suas obrigações, obrigava à declaração judicial homónima mesmo quando o devedor civil, obtendo crédito, as pudesse cumprir e efectivamente cumprisse. Quer dizer: a insuficiência do activo não era um *índice* da insolvência *mas sim a própria insolvência dos não comerciantes* (184). Inversamente, encontrava-se em *estado* de falência, o comerciante que, apesar de não se encontrar em estado de insolvência, se via impossibilitado de cumprir as suas obrigações (185). Enfim, se o estado de falência ocorria com a impossibilidade de cumprir pontualmente as obrigações *de qualquer espécie* (186), o estado de insolvência contendia tão-só com a insuficiência dos bens próprios para satisfazer a totalidade das obrigações *pecuniárias* do devedor.

Tudo o que mostra que o *estado* que justificava os processos concursuais da insolvência e da falência *não era comum a não-comerciantes e a comerciantes* (187-188). Como incisivamente alertava Pardessus (189), «esta qualificação [de estado de falência] não convém de modo algum ao estado de insolvabilidade dos não-comerciantes, que se nomeia *déconfiture*».

Não se levanta, contudo, qualquer objecção contra o reservar-se o termo *falência* para designar o (antigo) *processo* concursual privativo dos comercian-

---

que, para cúmulo, não revela um processo concursual, mas um estado de facto anterior a ele». No sentido de que a ideia de insolvência é substancialmente comum a comerciantes e a não comerciantes se pronunciou também o Sr. Prof. Doutor Antunes Varela (*Actas* [33.ª, 4]).

(180) CASTANHEIRA NEVES, *RLJ*, 127 (1994), p. 88, 2.ª col.

(181) A presente problemática não reproduz os termos da discussão a que nos entregámos *supra* [n. 167], a propósito da adopção do adjectivo *falencial* em detrimento do vocábulo *falimentar*. Com efeito, tratava-se aí de uma questão puramente linguística, já que a opção por um ou outro termo se mostra totalmente destituída de implicações normativas. Diversamente, em virtude das razões que de seguida se expõem no texto, a invocação da etimologia para firmar a ideia de que existe apenas um estado de insolvência comum a comerciantes e a não-comerciantes não é juridicamente inócua e acaba por provocar (ou reflectir) uma certa concepção do problema de fundo: cfr. *infra* [n. 187].

(182) E não vale o argumento de que *quebra* e *insolvência* eram aqui designação do mesmo estado em que se encontravam, respectivamente, os comerciantes e os não comerciantes. Com efeito, na vigência deste preceito e ainda antes de a lei providenciar uma qualquer definição positiva de insolvência — que só surgiu com o CCiv de 1867 —, a doutrina já assinalava a *diferença substancial* entre os dois estados, nomeadamente para efeitos da aplicação do art. 449.º do CP de 1852 *(Insolvência fraudulenta)*: cfr. *infra*, Parte III, B), Cap. 1.º, 3.1.

(183) Cfr. os arts. 1036.º do CCiv de 1867 e 1313.º do CPCiv. Assim, aliás, também PINTO FURTADO, *últ. loc. cit.*

(184) Cfr., neste sentido, o AcRC, de 24-05-1988 (*BMJ*, 377 [1988], p. 565): «a declaração do *estado* de insolvência (insuficiência ou impossibilidade do activo para satisfazer o passivo) funda-se num mero cálculo aritmético» [itálicos nossos]).

(185) Cfr. só MANUEL DE ANDRADE, *Teoria*, II, p. 110.

(186) Cfr., por todos, J. ALBERTO DOS REIS, *cit.*, p. 332 s.

(187) Cfr. VASCO XAVIER, *Polis*, 2, p. 1365. É provavelmente esta indistinção, provocada pela questão terminológica, e a inerente desconsideração do papel do crédito que levam PINTO FURTADO a defender em outro estudo (*RB*, 13 [1990], p. 22 s.) a instituição de um processo concursual unitário, aplicável a comerciantes e a não comerciantes, por não se identificar «uma razão suficientemente forte para a diversidade de fundamento do processo concursual quando o devedor seja *comerciante* e quando não o seja», dado que «em ambos os casos, rigorosamente, só se poderá dizer insolvente o que está incapacitado de solver com pontualidade as suas obrigações civis ou comerciais, não bastando em nenhum caso a simples superioridade do passivo sobre o activo para se chegar à conclusão da insolvência do devedor» (cfr. *infra*, Cap. III, 3.3. e seg.). Independentemente da sua (im)procedência *de jure condendo*, esta afirmação não podia caracterizar, no domínio do direito anterior, a determinação da insolvência dos não-comerciantes: cfr. o art. 1313.º do CPCiv.

(188) A ideia de que a falência é um estado de facto leva A. GRAÇA MOURA (*cit.*, p. 79) a censurar asperamente, com razão, o significado dado ao vocábulo *falência* pelo CFal: «a falência passa, ao que parece, a deixar de ser vista como um estado — na acepção própria do termo — para ser qualificada como, pelos vistos, um 'regime', no que me parece um erro dogmático evidente e lamentável, por confundir notoriamente uma situação que é essencialmente de facto [...] com o próprio quadro normativo a que tal facto é subsumível...».

(189) PARDESSUS, *cit.*, p. 546.

tes, optando-se por nomear o *estado* que o provocava por outra expressão (190), apesar de autores como Rocco (191) e Navarrini (192) se referirem à falência *(fallimento)* — antes da imposição do termo *insolvenza* pelo RD de 1942 —, respectivamente, como um «*estado* de desequilíbrio entre os valores realizáveis e as prestações devidas» e «a *situação* do património de um estabelecimento impotente para satisfazer os débitos que o oneram» (itálicos nossos). Importante, a nosso ver, é empregar um vocábulo distinto de *insolvência*, de forma a traduzir adequadamente a diferença substancial que intercedia entre os dois estados — cuidado que a actual lei italiana já não tem de tomar, pois não conhece um processo concursual fundado na insolvência de não comerciantes.

4. Por *cessação de pagamentos*, entendemos o *incumprimento de obrigações, pecuniárias ou outras, dotado de certas características, por parte do comerciante.*

Enfim, não parece oportuno apontar uma noção prévia de *insolvabilidade*, já que este conceito surge num contexto específico, motivado por determinada evolução que seria prematuro antecipar.

(190) Cfr. *infra*, Cap. II, 3.8., e Cap. III, 2.2.
(191) ROCCO, *cit.*, p. 6.
(192) NAVARRINI, *Trattato*, I, p. 3.

CAPÍTULO I

OS PRESSUPOSTOS DA DECLARAÇÃO DE INSOLVÊNCIA NO DIREITO ANTERIOR AO CFAL

1. O CCom de 1833 aludia já à insolvência no seu n.º 1122, a fim de a contrapor à «quebra dos comerciantes»; posteriormente, o CCiv de 1867 forneceu, no art. 1036.º, a primeira definição legal de insolvência: «dá-se insolvência, quando a soma dos bens e créditos do devedor não iguala a soma das dívidas». Porém, a insolvência relevava apenas para efeitos de impugnação pauliana.

2. Só com o D. n.º 21 758, de 22-10-1932, se introduziu um processo concursual para o devedor insolvente não comerciante. No que agora nos importa, o pressuposto do processo de insolvência continuava a ser a inferioridade do activo em relação ao passivo (193), embora a insolvência se pudesse presumir *(juris tantum)* no caso de penderem em juízo, contra o devedor, duas ou mais execuções não embargadas, ou, pendendo contra o devedor arresto fundado no justo receio de insolvência, no caso de ele não lhe ter deduzido embargos, ou de estes terem sido julgados improcedentes (194). O mesmo regime transitou para o CPCiv de 1939 (195) e, daí, para o CPCiv de 1961 (196).

Em suma: pode afirmar-se que o estado de insolvência sempre constituíu, no direito português anterior ao CFal, uma insuficiência do activo para prover ao passivo.

(193) Art. 1.º
(194) Art. 2.º, n.ºs 1 e 2.
(195) Arts. 1355.º e 1356.º
(196) Arts. 1313.º e 1314.º

CAPÍTULO II

OS PRESSUPOSTOS DA DECLARAÇÃO DE FALÊNCIA NO DIREITO ANTERIOR AO CFAL: *IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIR* OU *CESSAÇÃO DE PAGAMENTOS?* OS TERMOS DA POLÉMICA E A SUA APRECIAÇÃO

No domínio do direito anterior ao CFal, a declaração do *estado de falência* fundava-se essencialmente na *cessação de pagamentos* e a relação que intercedia entre ambos os termos constituía uma verdadeira *vexata quæstio*. Analisemos mais de perto o problema, abstraindo, por agora [197], do regime especial cabido às sociedades comerciais de responsabilidade limitada.

1. O direito anterior ao Código de Falências de 1935

1.1. O CCom de 1833 dispunha, no seu n.º 1121: «diz-se negociante quebrado aquele que por vício da fortuna ou seu, ou parte da fortuna e parte seu, se acha inábil para satisfazer a seus pagamentos e abandona o comércio» — praticamente traduzindo a conhecida fórmula de Stracca: *«decoctor est qui fortunæ vitio, vel suo, vel partim fortunæ, partim suo vitio non solvendo factus foro cessit»* —, para em seguida, no n.º 1123, contrapor à imprecisão desta definição o comando segundo o qual «todo o comerciante que cessa pagamentos acha-se em estado de quebra». Consagravam-se assim, lado a lado e de forma algo contraditória, como *pressupostos* da falência, a impotência económica do comerciante e a cessação de pagamentos, aparen-

---

[197] Cfr. *infra*, 4.8.

tando o último, no contexto, o carácter de presunção inelidível do *estado* de falência.

No entender de Rita Amaral Cabral (198), os autores coevos que viam uma contradição entre os dois preceitos apresentavam «obviamente uma versão distorcida da lei». Ainda segundo a A., «o legislador de 1833 definia a falência como 'inabilidade para satisfazer pagamentos', descrevendo depois os meios de revelação do tal estado: a cessação de pagamentos e o abandono. Não se podia, legitimamente, descortinar qualquer indicação concernente à desproporção patrimonial e parece claro que a declaração do estado de falido dependia sim da prova cumulativa da inaptidão para efectuar pagamentos e do abandono e efectiva cessação de pagamentos».

Estas considerações sugerem algumas reflexões. Em primeiro lugar, procede inteiramente a crítica da A. relativamente à doutrina que via na definição do n.º 1121 uma superioridade do passivo relativamente ao activo (*sc.*, um estado de *insolvência*). Mas nem por isso, a nosso ver, as duas disposições deixavam de ser contraditórias. Com efeito, nada indica que a cessação de pagamentos desempenhasse o papel de simples meio de revelação da falência, nem que a declaração desta dependesse da «prova cumulativa da inaptidão para efectuar pagamentos e do abandono e efectiva cessação de pagamentos». Bem pelo contrário, quer a formulação peremptória utilizada («todo o comerciante que cessa pagamentos *acha-se* em estado de quebra» [itálicos nossos]), quer a separação da cessação de pagamentos da definição do estado de falência e do abandono do comércio (que, no entender da A., constituía o outro meio de revelação da falência), faziam legitimamente crer que a simples cessação de pagamentos, no Código de Ferreira Borges, deveria provocar necessariamente a declaração de falência. Destarte, parece-nos que os dois preceitos encerravam efectivamente uma contradição, pois a definição do estado de falência como «inabilidade para satisfazer pagamentos» (não como insuficiência do activo!) era abandonada em caso de cessação de pagamentos, a qual conduzia imediatamente à declaração de falência, sem necessidade de se averiguar aquela inabilidade (199).

Por último, o disposto no n.º 1130 adensava a contradição, por impedir a declaração de falência fundada na declaração do falido, ou na sua ausência, ou no fecho dos seus armazéns e lojas, etc., sempre que esses factos indiciários do estado de falência não fossem acompanhados pela cessação de pagamentos. Isto é: apesar de adoptar o *sistema da definição*, a lei parecia considerar a cessação de pagamentos não só *suficiente*, mas também *necessária* para a declaração de falência.

(198) RITA AMARAL CABRAL, *cit.*, p. 154.

(199) No sentido do texto, VILHENA BARBOSA DE MAGALHÃES, *GzRL*, 49 (1936), p. 370, 1.ª col.; JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *cit.*, p. 314; PEDRO MACEDO, *Manual*, I, p. 199; e FERNANDO OLAVO, *cit.*, p. 27, 1.ª col.

1.2. O CCom de 1888 renunciou a dar uma definição de falência, dispondo, no seu art. 692.º, que «o comerciante que cessa pagamentos de suas obrigações comerciais presume-se em estado de quebra, que deve ser judicialmente declarada». No art. 692.º continha-se ainda um § único, que rezava: «antes da cessação de pagamentos pode também declarar-se a quebra com audiência do falido, justificada que seja previamente a manifesta insuficiência do activo para satisfação do passivo». O mesmo regime transitou para o CFal de 1899 (art. 1.º) e daí para o CPCom de 1905 (art. 185.º).

Aquele § único (§ 1.º dos dois diplomas referidos em último lugar) desencadeou notável controvérsia doutrinal. Alguns autores entendiam que se tratava de uma profunda alteração legislativa, porquanto o verdadeiro *pressuposto* da declaração de falência passava a ser a «insolvabilidade» do comerciante, da qual a cessação de pagamentos era mero índice (presunção *juris tantum*) e índice não necessário (a falência poderia ser declarada com fundamento no desequilíbrio económico ainda que o comerciante não tivesse cessado pagamentos). Outros autores criticavam *de jure condendo* a solução que ali se acolhia; obrigados embora a admitir a *suficiência* da verificação do desequilíbrio patrimonial, contestavam a *necessidade* da sua prova, defendendo que a simples cessação de pagamentos continuava a constituir, *de per si*, uma causa do estado de falência: nas expressivas palavras de Francisco Fernandes (200), «tão falido é quem não paga, porque não pode, como quem não paga, porque não quer».

2. O Código de Falências de 1935 e o direito posterior

2.1. O CFal de 1935 (201), no seu art. 1.º, passou a considerar em estado de falência «o comerciante que se encontra impossibilitado de solver os seus compromissos», estatuindo, no seu art. 2.º, n.º 1, que «a declaração do estado de falência terá lugar» desde que se prove a «cessação de pagamentos

(200) FRANCISCO FERNANDES, *cit.*, p. 13.

(201) Aprovado pelo DL n.º 25 981, de 26-10-1935.

pelo devedor». Este regime foi acolhido, no essencial, pelos Códigos de Processo Civil de 1939 (202) e de 1961 (203) e a necessidade de articulação das duas normas manteve o sentido da disputa doutrinal entre as correntes que se formaram a partir do texto do CCom de 1888. Podemos condensar em dois pólos os termos da discussão acerca das relações entre a cessação de pagamentos e a impossibilidade de cumprir, enquanto pressupostos da declaração de falência:

a) Segundo alguns autores, a cessação de pagamentos deveria funcionar como pressuposto *necessário* (204) e *suficiente* (205) da declaração de falência.

— *Necessário*, porque a simples insuficiência do activo para cobrir o passivo (critério da insolvência civil) não considera o papel desempenhado pelo crédito na vida comercial: o giro comercial está sujeito a flutuações constantes, não havendo razão para declarar falido um comerciante cujo crédito pessoal permite vencer défices patrimoniais temporários e proceder ao regular cumprimento das suas obrigações. Invocava-se ainda, em abono desta tese, que a possibilidade de requerer a falência de um comerciante com base na insuficiência do seu activo seria incompatível com o segredo próprio da vida dos negócios, podendo a constante investigação da saúde do estabelecimento acarretar-lhe prejuízos injustificados (206).

— *Suficiente*, porque o crédito liga os comerciantes numa cadeia que ameaça romper-se com a impontualidade dos pagamentos de um deles, provocando um «efeito de cascata» que atinge os outros; assim, não importa que o activo do comerciante que cessa pagamentos seja superior ao seu passivo, já

(202) Arts. 1135.º e 1136.º, n.º 1.

(203) Arts. 1135.º e 1174.º

(204) Assim, para o direito anterior a 1935, *de jure condendo*, já FRANCISCO FERNANDES, *cit.*, p. 9; PALMA CARLOS, *cit.*, p. 97 s.; SILVA LEAL, *Falências*, I, p. 71; para o direito posterior, *de jure condito*, MANUEL DE ANDRADE, *Teoria*, II, p. 111; J. ALBERTO DOS REIS, *cit.*, p. 316 ss.; PEDRO MACEDO, *Manual*, I, p. 225 s. e 239 s.; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Estudos*, p. 48 ss.; e PINTO FURTADO, *RB*, 13 (1990), p. 28 s.

(205) Assim, para o direito anterior a 1935, FRANCISCO FERNANDES, *cit.*, p. 13 s.; PALMA CARLOS, *cit.*, p. 112 ss.; para o direito posterior, VILHENA BARBOSA DE MAGALHÃES, *GzRL*, 49 (1936), p. 371; MANUEL DE ANDRADE, *últ. op. cit.*, p. 110; ALBERTO DOS REIS, *cit.*, p. 321 ss.; PEDRO MACEDO, *últ. op. cit.*, p. 244 s.; OLIVEIRA ASCENSÃO, *últ. op. cit.*, p. 50 ss. (para o direito posterior ao DL n.º 177/86, de 2 de Julho); MOTA SALGADO, *Falência*, p. 13; e PINTO FURTADO, *RB*, 13 (1990), p. 55 s.

(206) Assim, entre muitos, FRANCISCO FERNANDES, *cit.*, p. 6; PALMA CARLOS, *cit.*, p. 97; PEDRO MACEDO, *últ. op. cit.*, p. 235; e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *cit.*, p. 185.

que o *superavit* patrimonial não impede, por si só, o dito efeito *(tese da suficiência)*.

b) Segundo outros autores, a cessação de pagamentos seria tão-só um *índice não necessário* (207) e *insuficiente* (208) do *estado* de falência, o qual consistiria verdadeiramente na impotência económica (em sentido lato [«insolvabilidade»], ou mesmo no sentido estritamente civil de insuficiência do activo [insolvência] (209)) do comerciante para honrar os seus compromissos.

— *Não necessário*, porque deveria decretar-se a falência do comerciante economicamente impotente que consegue manter a regularidade dos pagamentos através de meios fraudulentos (210).

(207) Assim, para o direito anterior a 1888, HINTZE RIBEIRO, *cit.*, p. 417 ss.; com apoio na doutrina do § único do art. 692.º do CCom de 1888 e do análogo § 1.º do art. 185.º do CPCom de 1905, respectivamente, EDUARDO SALDANHA, *cit.*, p. 18; BARBOSA DE MAGALHÃES, *CPCom Anot.*, II, p. 177 s., e VILHENA BARBOSA DE MAGALHÃES, *GzRL*, 49 (1936), p. 370.

O CFal de 1935, ao eliminar a previsão do § único do elenco taxativo dos índices da falência, tornou insustentável, *de jure condito*, a tese do funcionamento autónomo do desequilíbrio patrimonial como critério da declaração de falência (*vd.* VILHENA BARBOSA DE MAGALHÃES, *últ. op. cit.*, p. 371, e PEDRO MACEDO, *Manual*, I, p. 240).

(208) Assim, para o direito anterior a 1935, HINTZE RIBEIRO, *últ. loc. cit.*; EDUARDO SALDANHA, *cit.*, p. 8 ss.; BARBOSA DE MAGALHÃES, *últ. loc. cit.*; VILHENA BARBOSA DE MAGALHÃES, *últ. loc. cit.*; TITO ARANTES, *cit.*, p. 210; ELIAS DA COSTA, *cit.*, p. 12 ss.; para o direito posterior, RUY DE ALBUQUERQUE/M.ª DOS PRAZERES BELEZA, *cit.*, p. 80 s.; *vd.* também, no mesmo sentido, a lúcida crítica dirigida por RITA AMARAL CABRAL (*cit.*, p. 160 s.) à tese da suficiência do facto-índice.

(209) A distinção entre insolvabilidade e insolvência foi sugerida por BARBOSA DE MAGALHÃES (*CFal Anot.*, p. 48), que aludia à insolvabilidade «no sentido comercial da palavra, que não é precisamente a insolvência actual». Posteriormente, a distinção foi utilizada por VILHENA BARBOSA DE MAGALHÃES (*GzRL*, 49 [1936], p. 369) para diferenciar, respectivamente, a impossibilidade de pagar e o estado patrimonial deficitário. Criticando a distinção e o emprego do primeiro termo, PEDRO MACEDO, *Manual*, I, p. 215; no entanto, como se verá, a crítica não parece fundada quanto à distinção, devendo restringir-se somente ao sentido que o segundo A. deu à expressão (cfr. *infra*, Cap. III, 2.2.). De qualquer modo, VILHENA BARBOSA DE MAGALHÃES (*últ. op. cit.*, p. 370) entendia que, à luz do regime do CCom de 1888, incorporado depois pelo CPCom de 1905, o estado de falência equivalia ao estado de *insolvência* (insuficiência do activo), solução que, «embora não fosse a melhor *de jure constituendo*, era a que estava logicamente dentro do sistema da lei».

(210) PALMA CARLOS (*cit.*, p. 107 s.) e PEDRO MACEDO *(últ. op. cit.*, p. 231) equiparavam esta situação à cessação de pagamentos, no intuito de manterem a última como pressuposto necessário da declaração de falência. Criticamente (com razão) sobre tal

— *Insuficiente*, porque a cessação de pagamentos pode dever-se a dificuldades temporárias, não superáveis imediatamente através do crédito, que não impõem, só por si, a conclusão de que o comerciante em causa se encontra economicamente «condenado» *(tese da insuficiência)*.

2.2. Antes de mais, há que dizer que parte substancial da controvérsia foi desvirtuada pela falta de rigor com que se utilizaram determinados conceitos. Com efeito, uma e outra corrente não se afastavam tanto quanto aparentavam na solução dos problemas concretos. Assim, a título de exemplo, os factos que segundo Eduardo Saldanha (211) eram insusceptíveis de originar a declaração de falência, por constituirem mera *suspensão* de pagamentos, também não constituíam *cessação* de pagamentos para Pedro Macedo (212), que contudo não admitia a autonomia dogmática da suspensão de pagamentos (213). Mesmo assim, para além da confusão terminológica, que permitia soluções idênticas sob *nomina* diversos, existiam margens irredutíveis de dissenso. É que, em boa verdade, estamos perante duas concepções diferentes da própria *função* da falência.

Pode dizer-se que a primeira concepção, adoptando um conceito *formal* de falência, privilegiava o interesse na celeridade das trocas comerciais, vertido no dogma da *pontualidade dos pagamentos* (214), enquanto que a segunda, *substancializando* o conceito de falência, atendia sobretudo à *«solvabilidade»* ou à *solvência* do comerciante. A primeira conferia à falência um carácter repressivo, através da cominação de um *processo sancionatório* para a violação do dever de cumprimento pontual, que podia levar ao desmembramento do estabelecimento e ao descrédito público do falido, mesmo que se provasse que o activo era suficiente para satisfazer todos os créditos. A segunda encarava a falência como um *estado* de impotência económica, que exigia um processo de garantir a *par condicio creditorum* na liquidação do património de um devedor impossibilitado de prover aos encargos do passivo; a autonomização da cessação de pagamentos como índice dessa insuficiência relativamente à insolvência civil devia-se tão-só às particularidades do comércio (215).

---

equiparação, cfr. PEDRO DE ALBUQUERQUE, *cit.*, p. 209. *Vd.* também, para o direito francês, a notícia de DELMAS, *RTDC*, 23 (1970), p. 649.

(211) EDUARDO SALDANHA, *cit.*, p. 16 s.

(212) PEDRO MACEDO, *Manual*, I, p. 257.

(213) *Últ. op. cit.*, p. 229 s. e 263 s.

(214) Cfr., a propósito, *infra*, 4.5.

(215) Referindo o «duplo carácter» da falência, resultante da reunião destas duas concepções, HOUIN, *RTDC*, 8, p. 481, PAJARDI, *Codice*, p. 12, e VASCO XAVIER, *Polis*, 2, p. 1363. A função repressiva da *falência* no direito francês acentuou-se em 1889, com a criação da «liquidação judiciária» — «medida de favor em benefício dos comerciantes honestos e infelizes», reservando-se a falência para os «maus comerciantes, que cometeram actos fraudulentos ou devoraram todo o seu activo» (HOUIN, *últ. loc. cit.*) —, tendo sido reafirmada pelo regime instaurado pelo D. n.º 55-583, de 20-05-1955, que configurou a falência «não tanto como um procedimento colectivo dominado pelo interesse dos credores, mas antes como uma medida de eliminação dos maus comerciantes, no interesse da profissão comercial e da economia nacional» (ID., *últ. op. cit.*, p. 484). Esta concepção sancionatória atingiu o seu clímax com a L. n.º 67-563 *cit.* (cujo regime foi retomado, no que agora interessa, pela vigente L. n.º 85-98 *cit.*), que autonomizou, pela primeira vez, a decisão de «liquidação dos bens» da decretação da «falência pessoal»; a última, não dependendo da primeira, constitui uma «sanção que atinge os comerciantes ou dirigentes que cometeram erros de gestão suficientemente graves para justificar a sua eliminação da vida comercial» (SOLAL, *cit.*, p. 728), sanção cuja «coloração penal não pode ser ignorada» (ALLIOT, *cit.*, p. 212), devendo ser qualificada como verdadeira «medida de segurança» (MERLE, *RTDCDEc*, 38, p. 164). Criticamente sobre os (escassos) resultados da sua aplicação, *vd.* ALLIOT, *loc. cit.*, p. 206 ss., e *passim*. Para a história da conexão da falência com o direito penal — a que havemos de voltar mais adiante —, *vd.* FERRARA, *cit.*, p. 56 s.

Entre nós, o Sr. Prof. Doutor Antunes Varela teve ocasião de alertar a Comissão Revisora (*Actas CFal* [59.ª, 4]) para a necessidade de não se adoptar um «sentido punitivo» da falência (enquanto processo civil), e logo quanto ao aspecto que anda mais intimamente ligado a esta concepção: as incapacidades ou inibições que a falência importa para o falido.

(216) *BMJ*, 255 (1976), p. 173.

(217) MANUEL DE ANDRADE, *Teoria*, II, p. 110.

2.3. Parece claro que os critérios gerados a partir das duas perspectivas da função da falência eram, se tomados na sua forma pura, irremediavelmente inconciliáveis. As concepções que os tentaram compatibilizar resultaram em posições ambíguas — como certeiramente o nota o AcSTJ, de 9-03-1976 (216) —, que acabavam por conceder a primazia a um deles. Uma ilustração exemplar dessa ambiguidade pode colher-se em Manuel de Andrade (217): depois de definir a falência «como um *estado de impotência económica* do devedor comerciante, que se exterioriza tipicamente pela impossibilidade em que ele se encontra de cumprir pontualmente as suas obrigações mercantis ou não mercantis», o A., na esteira de Francisco Fernandes, admite poder «conceber-se que um comerciante cesse pagamentos só porque lhe apetece, tendo no entanto meios para satisfazer pontualmente os seus débitos. *Mas, de qualquer maneira, a cessação de pagamentos sempre será motivo de falência*» (itálicos nossos).

O caso do comerciante que cessa pagamentos «porque lhe apetece» constitui precisamente a hipótese-limite das diferenças que marcavam (e que, como se verá, continuam a marcar) os dois critérios.

2.4. Ambas as correntes podiam ser objecto de justos aplausos e críticas:

a) A *tese da suficiência* da cessação de pagamentos tinha razão ao recusar a declaração de falência fundada na simples insuficiência do activo para cobrir o passivo. Efectivamente, a solução contrária ignorava a essencialidade do crédito na vida comercial e podia levar, paradoxalmente, à destruição de estabelecimentos que, apesar do défice patrimonial revelado pelo seu titular, se mostram economicamente sãos. Além disso, mantendo-se a regularidade dos pagamentos, não há lesão ou perigo de lesão dos credores que justifique a declaração de falência — ressalvados os casos marginais e «patológicos» de obtenção fraudulenta de crédito, que constituíam (e constituem) objecto de sanção penal (218). Neste sentido, a cessação de pagamentos devia ser pressuposto *necessário* da declaração de falência, excluindo-se a insolvência do comerciante como seu pressuposto independente.

Porém, esta tese já não podia ser acompanhada quando instituía a mera cessação de pagamentos em pressuposto *suficiente* da declaração de falência (219). Se o que dá sentido a qualquer processo de execução colectiva (civil ou comercial) é a garantia de uma repartição equitativa do património do devedor que não pode satisfazer, ou não pode satisfazer pontualmente, todas as suas obrigações, o processo concursual não se justifica relativamente ao devedor que, pura e simplesmente, não quer pagar.

b) Deste modo, a *tese da insuficiência* era correcta na parte em que defendia que a cessação de pagamentos não podia determinar, por si só, a declaração de falência — e obtinha o acordo da jurisprudência maioritária (220).

(218) Cfr. os arts. 738.º, § único, do CCom de 1888, 197.º, *in fine*, do CFal de 1935, 1303.º, *in fine*, do CPCiv de 1939 e 1277.º, n.º 1, *in fine*, do CPCiv de 1961; para o direito vigente, cfr. o art. 325.º, n.º 1, alínea *d)*, do CP.

(219) No sentido da suficiência, contudo, decidiram os AcSTJ, de 17-05-1966 (*BMJ*, 157 [1966], p. 305 ss.), AcRL, de 29-04-1977 (*BMJ*, 268 [1977], p. 258) — ao menos, aparentemente —, AcSTJ, de 18-01-1979 (*BMJ*, 283 [1979], p. 331 ss.) e AcSTJ, de 17-06-1986 (*BMJ*, 358 [1986], p. 450 ss.); o último aresto deu origem ao Assento 9/94 que se refere *infra*. No mesmo sentido decidiu, já à luz da nova redacção dada pelo DL n.º 177/86 *cit.* ao art. 1174.º, n.º 1, alínea *a)*, do CPCiv, o AcSTJ, de 14-03-1991 (*BMJ*, 405 [1991], p. 403 ss.): cfr. *infra*, 3.3.

(220) Cfr., neste sentido, expressamente, os AcSTJ, de 27-10-1950 (*BMJ*, 21 [1950], p. 249 ss.), AcSTJ, de 29-07-1952 (*BMJ*, 32 [1952], p. 203 ss.), AcSTJ, de 20-06-1958 (*BMJ*, 78 [1958], p. 378 ss.), AcRL, de 28-05-1975 (*BMJ*, 248 [1975], p. 461), AcSTJ, de 9-03-1976 (*BMJ*, 255 [1976], p. 171 ss.), AcRL, de 12-10-1977 (*BMJ*, 272 [1978], p. 247), AcSTJ, de 25-10-1977 (*BMJ*, 270 [1977], p. 184 ss.), AcRL, de 1-03-1978 (*CJ*, 3 [1978], I, p. 393 ss.), AcSTJ, de 14-03-1978 (*BMJ*, 275 [1978], p. 242 ss.), AcSTJ, de 29-06-1978 (*BMJ*, 278 [1978], p. 277 ss.), AcSTJ, de 11-01-1979 (*BMJ*, 283 [1979], p. 319 ss.), e AcSTJ, de 25-01-1979 (*BMJ*, 283 [1979], p. 344 ss.).

A recusa de pagamento deveria ter como consequência *normal* a execução judicial da dívida. No entanto, se tal recusa indiciasse, no caso concreto, a *impotência económica do comerciante* — que, a princípio, a jurisprudência, por certo influenciada ainda pela «doutrina do § único» (221), identificava com a insuficiência do activo para cobrir o passivo, mas que a partir do AcSTJ, de 27-03-1962 (222), passou a constituir um critério autónomo relativamente ao saldo patrimonial —, deveria investigar-se concretamente esse estado de falência (*sc.*, a impossibilidade de pagar pontualmente) e, se existente, declará-lo, de forma a garantir a máxima satisfação possível dos credores com respeito pela *par condicio creditorum* (223). Neste sentido, a cessação de pagamentos era *índice insuficiente* da falência.

Mas a presente concepção devia ser rejeitada em dois pontos. Por um lado, a verificação da insuficiência do activo para cobrir o passivo não podia constituir pressuposto *suficiente* da declaração de falência, não só devido às especificidades que a importância do crédito introduz na vida comercial, mas também porque essa possibilidade se traduziria num convite a uma constante intromissão no intocável «segredo» do comerciante, que é incompatível com (e indesejada por) uma organização comercial assente na autonomia privada. Por outro lado, a insuficiência do activo para cobrir o passivo não podia integrar um pressuposto *necessário* da declaração de falência, pois a determinação do défice patrimonial dos comerciantes é infinitamente mais complexa e, logo, mais morosa, com o que se sacrificariam totalmente os interesses do comércio que justificam a especialidade do processo falencial (rápido ressar-

(221) Cfr. *supra*, 1.2.

(222) *BMJ*, 115 (1962), p. 384 ss.; cfr. *infra*, 3.8.

(223) Nas palavras lapidares de PAJARDI (*Manuale*, p. 91), «o incumprimento, em si mesmo considerado, fora do contexto da situação patrimonial do devedor, legitima sempre a execução ordinária; se é, no caso concreto, manifestação e sintoma de uma insolvência [«insolvenza»] geral, é coisa que só pode estabelecer-se inserindo-o em tal contexto, pelo que o processo de averiguação é necessariamente indiciário. Assim, o incumprimento, em abstracto, legitima sempre e só a execução ordinária; se, no caso concreto, manifestar uma insolvência geral, legitima a execução especial falencial, e apenas esta. Na segunda hipótese, porém, *o mecanismo é articulado*: o incumprimento *revela* a insolvência, e é *esta* que *legitima* este tipo especial de execução» (interpolação e itálicos nossos).

cimento com respeito pela *par condicio creditorum* (224)). Deste modo, no domínio de todo o direito anterior ao CFal, podia legitimamente declarar-se a falência de um comerciante cujo património, a final, se mostrava suficiente para satisfazer os credores — mas que, por falta de liquidez (225), se encontrava impossibilitado de solver os seus débitos (226).

3. A tentativa de superação jurisprudencial da polémica

3.1. A procura de um equilíbrio entre estes dois critérios por parte da jurisprudência traduziu-se na formulação de alguns tópicos que pretenderam consagrar uma solução intermédia. Entre eles avultam *a)* a normativização do conceito de cessação de pagamentos, que passou a distinguir-se da suspensão de pagamentos e da mora, tendo a construção redundado na identificação da cessação de pagamentos com o estado de falência, e *b)* a distinção entre a «insolvabilidade» e a insolvência do comerciante.

3.2. O afastamento da doutrina da suficiência da cessação de pagamentos para a declaração de falência fez-se por duas formas: a mais arrojada (e melhor) jurisprudência afirmou a necessidade de *verificação* da impossibilidade de cumprir para além da prova da cessação de pagamentos (227); outra, mais comedida, conservou este facto como pressuposto suficiente da dita declaração, limitando-se a estabelecer que, para haver cessação de pagamentos, seria necessário que o incumprimento *revelasse* a impossibilidade de solver os compromissos (228).

(224) Para a justificação desta asserção, cfr. *infra*, 4.5.

(225) Utilizamos, como equipolentes, as expressões «falta de liquidez», «insolvabilidade» e «impossibilidade de cumprir». Todas elas se distinguem da «insolvência» por não contenderem com a ponderação do saldo contabilístico entre activo e passivo — podem existir sem que exista défice patrimonial e a existência deste último não as determina necessariamente. Em rigor, a expressão «falta de liquidez» não equivale a «impossibilidade de cumprir», pois refere-se tão-só à inabilidade para cumprir obrigações de certa *espécie* — as obrigações *pecuniárias* (assim, com inteira razão, CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *cit.*, 8.º [6]). Porém, como era o incumprimento das obrigações dessa espécie que, típica e estatisticamente, provocava a declaração de falência, o valor simbólico da formulação «desculpa» a incorrecção da sinonímia — à semelhança, aliás, do que acontece com a expressão «cessação de pagamentos»: cfr., a propósito, por todos, PEDRO MACEDO, *Manual*, I, p. 265 s.

(226) Sobre este ponto, desenvolvidamente, *vd. infra*, Cap. III, 2.

(227) Cfr. *supra* [n. 220].

(228) Assim, os AcRP, de 15-06-1973 (*BMJ*, 229 [1973], p. 237), AcRL, de 13-03-1974 (*BMJ*, 235 [1974], p. 345), AcSTJ, de 2-07-1974 (*BMJ*, 239 [1974], p. 112 ss.), AcSTJ, de 9-07-1974 (*BMJ*, 239 [1974], p. 130 ss.), AcSTJ, de 29-06-1978 (*BMJ*, 278 [1978], p. 277 ss.), AcRC, de 12-10-1977 (*CJ*, 2 [1977], I, p. 1098 ss.), AcSTJ, de 11-01-1979 (*BMJ*, 283 [1979], p. 319 ss.), AcSTJ, de 25-01-1979 (*BMJ*, 283 [1979], p. 344 ss.), AcRL, de 6-11-1981 (*CJ*, 6 [1981], I, p. 124 ss.), e AcRC, de 12-03-1985 (*BMJ*, 345 [1985], p. 459).

Esta última concepção, apesar de não ser a mais correcta (229), aproximou sensivelmente as decisões obtidas daquelas que, interpretando adequadamente o regime, exigiam a verificação cumulativa da impossibilidade de cumprir. Com efeito, não existindo embora uma relação de necessidade entre os dois fenómenos, é provável que o incumprimento significativo de impotência económica coincida *estatisticamente* com essa real impossibilidade (230).

3.3. No intuito de poder sindicar o carácter indiciador da cessação de pagamentos, para assim rejeitar a tese da suficiência do facto-índice, a jurisprudência dos tribunais superiores apressou-se a qualificar a cessação de pagamentos como «questão-de-direito» (231).

No entanto, em nosso entender, nos arestos referidos procedeu-se, não a uma transformação da cessação de pagamentos em questão-de-direito, mas sim a uma *elaboração normativa* do respectivo *conceito*, já que ele era entendido, pela doutrina clássica, como um *conceito descritivo*: cessação de pagamentos, no seu sentido originário, significava, pura e simplesmente, não pagar. Aliás, o art. 1174, n.º 1, alínea *a)*, do CPCiv, configurava, de modo inequívoco, a cessação de pagamentos como *facto*: «a declaração de falência [...] tem lugar desde que se prove algum dos seguintes factos: *a)* Cessação de

(229) Cfr. *infra*, 3.7., a crítica de Rita Amaral Cabral.

(230) Cfr. *infra* [n. 247] e [n. 259].

(231) No sentido de que a cessação de pagamentos constituía uma *questão-de-direito* decidiram os AcSTJ, de 18-10-1950 (*BMJ*, 21 [1950], p. 250), AcSTJ, de 29-07-1952 (*BMJ*, 32 [1952], p. 208), AcSTJ, de 14-05-1954 (*BMJ*, 43 [1954], p. 373 ss.), AcSTJ, de 20-06-1958 (*BMJ*, 78 [1958], p. 379 s.), AcSTJ, de 27-03-1962 (*BMJ*, 115 [1962], p. 387), AcSTJ, de 7-02-1969 (*BMJ*, 184 [1969], p. 223 ss.), AcRP, de 15-06-1973 (*BMJ*, 229 [1973], p. 237), AcSTJ, de 9-03-1976 (*BMJ*, 255 [1976], p. 174 s.), AcSTJ, de 25-10-1977 (*BMJ*, 270 [1977], p. 188), AcRL, de 12-10-1977 (*BMJ*, 272 [1978], p. 247), AcRL, de 17-01-1978 (*CJ*, 3 [1978], I, 1978, p. 47 ss.), e AcSTJ, de 25-01-1979 (*BMJ*, 283 [1979], p. 346); acrescente-se a esta lista o voto de vencido do Sr. Conselheiro José de Abreu Coutinho, no AcSTJ, de 1-04-1955 (*BMJ*, 48 [1955], p. 576 s.). Conferindo o mesmo carácter de questão-de-direito à cessação de pagamentos, cfr. PEDRO MACEDO, *Manual*, I, p. 267 s.

pagamentos [...]». A doutrina também qualificava a cessação de pagamentos como *facto*-índice (232).

Ora, o carácter normativo do conceito (que permitisse distinguir a cessação de outras faltas de pagamento) não implicava tornar a cessação de pagamentos em questão-de-direito (233). Tratava-se verdadeiramente de problemas diversos. Uma coisa era provar-se que a cessação de pagamentos havia ocorrido, como *facto*, nos moldes por que o direito a configurava; outra coisa era alegar-se, *v. g.*, que o suposto devedor havia cumprido a sua obrigação e que por isso não ocorrera a cessação (questão-de-facto), ou que a falta de pagamento, dadas as específicas circunstâncias que a haviam condicionado, não constituía cessação de pagamentos (questão-de-direito). E era justamente devido à diversidade dos problemas que suscitava que a cessação de pagamentos, enquanto facto normativamente conformado, podia *originar* (e não *ser*) uma questão-de-facto ou uma questão-de-direito.

Registe-se que tal diversidade foi finalmente descoberta, em data recente, pelo AcSTJ, de 14-03-1991 (234), onde se refere, de forma clara, que a cessação de pagamentos, mesmo antes da nova redacção introduzida pelo DL n.º 177/86, «não seria um simples facto material, mas um facto jurídico».

3.4. É provável que a evolução de uma concepção empírica para uma concepção normativa da cessação de pagamentos tenha sido co-determinada pela querela acerca da cessação de pagamentos como *presunção inelidível* do estado de falência.

Com efeito, parece ter sido este o motor de uma polémica que talvez já não se justificasse a partir de 1935. Vimos que no CCom de 1888 e no CPCom de 1905 a lei presumia expressamente o estado de falência em caso de cessação de pagamentos. Na vigência destes diplomas poderia ter sentido a disputa doutrinal acerca do carácter inelidível da dita presunção — embora a razão assistisse, segundo cremos, àqueles que, como Barbosa de Magalhães (235), advogavam tratar-se de uma presunção *juris tantum:* perante a

(232) Entre outros, cfr. J. ALBERTO DOS REIS, *cit.*, p. 321 ss.; PEDRO MACEDO, *Manual*, I, p. 241 ss., RITA AMARAL CABRAL, *cit.*, p. 160 s.; PEDRO DE ALBUQUERQUE, *cit.*, p. 210 ss.; e PINTO FURTADO, *RB*, 13 (1990), p. 53.

(233) Em sentido próximo, PINTO FURTADO, *RB*, 13 (1990), p. 56.

(234) *BMJ*, 405 (1991), p. 410.

(235) BARBOSA DE MAGALHÃES, *CPCom Anot.*, II, p. 178.

prova da cessação de pagamentos, incumbia ao devedor mostrar que não se encontrava impossibilitado de cumprir as suas obrigações, sob pena de, não o fazendo, ser declarado falido. Havia, pois, uma clara inversão do ónus da prova relativamente ao estado de impossibilidade de pagar que constituía a falência.

Porém, o CFal de 1935 e, posteriormente, os dois Códigos de Processo Civil não aludiam a presunção alguma. Definiam o estado de falência e enunciavam os casos em que a falência, manifestando-se exteriormente, devia ser declarada. A partir de um trecho célebre do Relatório do Código de Falências, onde se escrevia que as causas enumeradas pela lei «são índices que não admitem prova em contrário, a não ser a que se destina a provar que o facto-índice não existiu», J. Alberto dos Reis (236) e, na sua esteira, Manuel de Andrade (237) e Pedro Macedo (238), invocavam, como se referiu, a suficiência da prova do facto-índice para a declaração de falência — o que, convenhamos, equivalia, em termos práticos, a admitir verdadeiras presunções *de jure* do estado de falência —, enquanto que a jurisprudência contrapunha tratarem-se as ditas «causas» de simples presunções *juris tantum* do mesmo estado (239).

Só que, para além de não ser correcto qualificar estes índices como presunções, *juris tantum* ou *de jure* (240), algumas decisões jurisprudenciais (241) esqueceram que só faria sentido falar de presunções *juris tantum* se se permitisse — como se devia permitir, de acordo com a doutrina de Barbosa de Magalhães, até ao CFal de 1935 — a prova de que não existia o *estado de falência:* possibilidade essa que as mesmas decisões precisamente denegavam, exigindo apenas que o incumprimento consubstanciasse... uma cessação de pagamentos. Aliás, a doutrina também nem sempre se deu conta deste equívoco (242).

Quer dizer: a cessação de pagamentos funcionou, por vezes, como presunção *juris tantum* de si própria! Mais claramente: só teria sentido qualifi-

(236) J. ALBERTO DOS REIS, *cit.*, p. 321 ss.

(237) MANUEL DE ANDRADE, *Teoria*, II, p. 110.

(238) PEDRO MACEDO, *Manual*, I, p. 245.

(239) Cfr., sobre este ponto, a aguda análise de RITA AMARAL CABRAL, *cit.*, p. 158 ss.

(240) Assim, RITA AMARAL CABRAL, *ibid.*, p. 161 ss.

(241) Cfr., *v. g.*, o AcSTJ, de 9-03-1976 (*BMJ*, 255 [1976], p. 171 ss).

(242) Assim, MOTA SALGADO (*Falência*, p. 13) defendia que «os *factos* referidos no art. 1174, n.º 1, constituem presunções *tantum juris* e, por isso, são ilidíveis por prova em contrário; porém, *uma vez provados*, implicam necessariamente a declaração de falência» (itálicos nossos).

car a cessação de pagamentos como presunção *juris tantum* do estado de falência se, uma vez provada a cessação, se pudesse ilidir a presunção provando a inexistência do estado de falência — a prova em contrário não poderia destinar-se, obviamente, a mostrar a inexistência do facto-índice, pois relativamente à ocorrência deste não se estabelecia presunção alguma.

Tudo o que mostra a progressiva confusão (e identificação) entre o estado de falência e a cessação de pagamentos.

3.5. Deste modo, a justa intuição jurisprudencial da inadequação das soluções que erigiam aquele facto (representado ainda por um conceito descritivo: *cessação material*) em condição *suficiente* do estado de falência levou-a a centrar o objecto do juízo na verificação desse pressuposto: assim se pôde decidir que «[por vezes], a falta de pagamentos, longe de traduzir a ideia de cessação de pagamentos, antes significa uma suspensão ou mora no pagamento dos seus débitos» (243), já que a «cessação de pagamentos é conclusão de direito a extrair dos factos apurados pelas instâncias e [...] caracteriza-se pela impossibilidade do comerciante em solver os seus compromissos» (244), ou que «a cessação de pagamentos pelo devedor, para constituir fundamento de declaração de falência, deve corresponder a um findar permanente e definitivo, sem possibilidade ou sequer esperanças de recuperação ou, pelo menos, de melhoria de situação» (245). Quer dizer: o *juízo* sobre a insolvabilidade do comerciante — a qual devia constituir o verdadeiro pressuposto da declaração de falência (art. 1135.º do CPCiv) e de que a cessação de pagamentos, enquanto *facto*, devia ser índice — transferiu-se para a determinação da própria cessação, «torneando-se» dessa forma o problema da inelidibilidade da presunção (246).

(243) AcSTJ, de 29-07-1952, *cit.*

(244) AcSTJ, de 27-03-1962, *cit.*

(245) AcRL, de 12-10-1977 (*BMJ*, 272 [1978], p. 247, e *CJ*, 2 [1977], I, p. 962, 2.ª col.).

(246) Notando o mesmo fenómeno no direito francês, escreve DELMAS (*RTDC*, 23, p. 650): «a distinção tradicional entre cessação de pagamentos e insolvabilidade tende a desaparecer e se, em princípio, as duas noções continuam a não se confundir, constata-se, de facto, que existem laços estreitos entre elas e que *a ideia de insolvabilidade aparece na definição jurisprudencial da cessação de pagamentos*» (itálicos nossos). Aliás, segundo a A. (*ibid.*, p. 661 s.), a extensão da cessação de pagamentos às dívidas civis operada pela L. n.º 67-536 *cit.* terá sido o expediente utilizado pelo legislador francês para contemplar o equilíbrio económico da empresa, sem todavia adoptar um conceito nitidamente económico de «estado de cessação de pagamentos», assente na cessação «material de pagamentos *e* na situação comercial ou económica que a provoca», cujos diagnóstico e prognóstico seriam, na óptica da A., excessivamente perigosos.

Mas não parece que este receio seja justificado. Efectivamente, como a A. reconhece, esse critério «económico» já era, *de facto*, adoptado pela jurisprudência francesa na vigência do direito anterior àquele diploma. Aliás, já em 1834, PARDESSUS (*cit.*, p. 548) escrevia: «o devedor que se vê forçado a cessar os seus pagamentos deve declará-lo ao tribunal de comércio. [...] Mas daí não se deve concluir que logo que um comerciante não paga uma dívida, mesmo que não tenha nenhum motivo legítimo de recusa, deva fazer essa declaração; ela só é exigida quando a cessação de pagamentos é de natureza a constituir um estado de falência». Ora, não parece fazer sentido recusar a positivação de um critério «económico» devido aos perigos que ele pode implicar, sobretudo quando se trata de uma regra firmada pela jurisprudência e pela doutrina em claro desvio ao direito positivo anterior. Ao contrário, a falta de lei expressa que o acolha pode levar a incertezas na aplicação do direito bem mais perigosas.

(247) Sobre a distinção, cfr. *infra* no texto. É curioso notar, no entanto, que grande parte das decisões citadas (*supra* [n. 228]), afirmando embora investigar o carácter indiciador da cessação, acabavam por investigar, *de facto*, a situação do devedor: a cessação seria significativa se o devedor se encontrasse impossibilitado de cumprir. Ou, de outra maneira: cessava pagamentos quem estava impossibilitado de cumprir.

(248) *CJ*, 4 (1979), I, p. 145 ss.

(249) FERNANDO OLAVO, *CJ*, 9 (1984), V, p. 29, 1.ª col.

(250) RITA AMARAL CABRAL, *cit.*, p. 157.

3.6. Daqui se retira que a jurisprudência nem sempre soube distinguir a necessidade de averiguação concreta do *real* estado de falência, ordenada pelo art. 1135.º do CPCiv, da oportunidade de um conceito *normativo* de cessação de pagamentos (247). É paradigmático, a este respeito, o AcRL, de 9-02-1979 (248), que decidiu: «daqui flui necessariamente que houve cessação de pagamentos, que se verificou uma incapacidade para pagar pontualmente por falta de crédito e de meios líquidos. *Isto constitui o estado de cessação de pagamentos*» (itálicos nossos).

Mas a doutrina também não ficou imune à confusão entre o conceito normativo de cessação de pagamentos e a impossibilidade de pagar prevista no art. 1135.º Assim, escrevia Fernando Olavo (249): «cessação de pagamentos, assim entendida, consiste naquelas recusas que revelem a impossibilidade contínua de o comerciante fazer face às suas obrigações, pecuniárias ou outras, numa palavra, *corresponde à impossibilidade de solver os compromissos*» (itálicos nossos).

3.7. A este propósito, expendia Rita Amaral Cabral (250): «a doutrina e os tribunais, eventualmente devido à influência persistente da argumentação

gerada pelas soluções do Código de Veiga Beirão e do Código de Processo Comercial, têm explicado o art. 1174.º esquecendo a definição do art. 1135.º, o que sistematicamente conduz a controvérsia absolutamente supérflua — a que se traduz em determinar se os eventos referidos no art. 1174.º constituem presunção, ou verdadeira causa, do estado de falência».

Por nós, vemos o problema de outra forma. Tem alguma razão a A. ao criticar os tribunais por terem feito tábua rasa da definição do art. 1135.º (mas só alguma, porque, como vimos, isso nem sempre sucedeu (251)). Contudo, não pode ignorar-se que a tese da suficiência da prova da cessação de pagamentos para a declaração de falência era defendida pela doutrina mais autorizada (J. Alberto dos Reis, Manuel de Andrade, Pedro Macedo, etc. (252)), tendo mesmo J. Alberto dos Reis (253) criticado duramente o STJ por haver decidido, no Acórdão de 29-07-1952 (254), que «a declaração do estado de falência dum comerciante só pode ter lugar quando ele esteja impossibilitado de solver os seus compromissos».

A verdade é que a jurisprudência se apercebeu bem mais cedo do que a doutrina — fenómeno frequente, aliás, em matéria comercial — de que a tese da suficiência da cessação de pagamentos para a decretação da falência levava a resultados práticos inaceitáveis. Só que, depois da crítica de que foi alvo, e desprovida de apoio doutrinal, nem sempre «ousou» contestar abertamente a opinião dominante, optando por resolver o problema através do «deslocamento» que se descreveu. Cremos, por isso, que a crítica da A. despreza a circunstância histórica do problema e que a controvérsia foi tudo menos supérflua: desde logo, porque a definição de cessação de pagamentos introduzida pelo DL n.º 177/86 *cit.*, aceita pela doutrina hoje dominante, é, indubitavelmente, fruto de uma laboriosa e hábil «resistência» jurisprudencial.

3.8. Por fim, a distinção entre insolvabilidade e insolvência tornava claro que a «impossibilidade de cumprir» as obrigações assumidas não correspondia necessariamente a uma insuficiência do activo para cobrir o passivo — bastava a falta da liquidez necessária ao cumprimento regular das obrigações (255).

(251) Cfr. *supra* [n. 220].

(252) Cfr. *supra* [n. 205].

(253) J. Alberto dos Reis, *cit.*, p. 324 ss.

(254) *BMJ*, 32 (1952), p. 207 ss.

(255) Cfr., neste sentido, a doutrina inovadora do AcSTJ, de 27-03-1962 (*BMJ*, 115 [1962], p. 384 ss.), e na sua esteira, AcSTJ, de 25-10-1977 (*BMJ*, 270 [1977], p. 184 ss.), e AcSTJ, de 18-01-1979 (*BMJ*, 283 [1979], p. 331 ss). Notando a mesma evolução na jurisprudência italiana, com exemplos, Provinciali, *cit.*, p. 75. Cfr. também Barbosa de Magalhães, *CFal Anot.*, p. 48; Vilhena Barbosa de Magalhães, *GzRL*, 49 (1936), p. 369; Manuel de Andrade, *Teoria*, II, p. 110; J. Alberto dos Reis, *cit.*, p. 316 ss.; Oliveira Ascensão, *Estudos*, p. 47 s.; Ruy de Albuquerque/M.ª dos Prazeres Beleza, *cit.*, p. 78; Menezes Cordeiro, *cit.*, p. 110; Rita Amaral Cabral, *cit.*, p. 173; e Pinto Furtado, *RB*, 11 (1989), p. 82. Cremos que Pedro de Albuquerque (*cit.*, p. 184 (n. 8)), ao afirmar que se encontram definitivamente «ultrapassadas as hesitações na fixação do conceito de falência, sendo ele entendido sem contestação como um estado de impotência económica para solver obrigações», terá também tido em vista a insolvabilidade e não a insolvência. Ainda sobre a distinção entre insolvência e insolvabilidade, com particular interesse para a matéria penal, Bajo Fernández, *AnuDP*, 26 (1973), p. 544 s. (n. 38).

4. Projecção da construção jurisprudencial

4.1. Aquela constante corrente jurisprudencial acabou por encontrar acolhimento legal na redacção que o DL n.º 177/86, de 2 de Julho, deu ao art. 1174.º, n.º 1, alínea *a)*, do CPCiv: «a declaração de falência [...] tem lugar desde que se prove [...] *a)* [a] cessação de pagamentos pelo devedor, designadamente de dívidas ao fisco, à Segurança Social e aos trabalhadores, *desde que suficientemente significativa de incapacidade financeira*» (itálicos nossos). A introdução desta cláusula geral, apelando para uma concretização judicial na consideração do caso concreto, limitou-se, assim, a dar força de lei ao entendimento dado pelo STJ, na larga maioria das suas decisões, ao conceito de cessação de pagamentos.

4.2. A partir da entrada em vigor do DL n.º 177/86 *cit.* passou a pôr-se a questão de saber se a referida alteração havia resolvido adequadamente, de uma vez por todas, o problema da articulação dos arts. 1135.º e 1174.º, n.º 1, alínea *a)*, do CPCiv. Poder-se-ia dizer que a correcta interpretação do regime anterior, que exigia a prova cumulativa da cessação de pagamentos *e* da impossibilidade de cumprir, encontrou consagração na (e foi *absorvida* pela) nova definição de cessação de pagamentos? Respondendo afirmativamente, escrevia Pedro de Albuquerque (256): «a cessação de pagamentos já só se configura como facto-índice da falência quando indiciadora de impotência económica para pagar. Desta forma, prová-la é provar a falência». Vejamos mais de perto esta argumentação.

Parece inequívoco que a cessação de pagamentos só devia relevar como facto-índice quando indiciasse uma impotência económica para pagar.

(256) Pedro de Albuquerque, *cit.*, p. 213.

Simplesmente, provar a cessação de pagamentos *indiciadora* de uma impossibilidade de pagar não é a mesma coisa que provar essa *real* impossibilidade. Esta construção padece de um vício lógico insanável pois leva a considerar provada a coisa *indiciada* (incapacidade financeira) por força da prova do facto *indiciador* (cessação de pagamentos *significativa* de incapacidade financeira). Em verdade, deixaria de fazer qualquer sentido qualificar a cessação de pagamentos como facto-índice: sempre que esse facto se provasse, verificar-se-ia a falência (257). Aliás, a extensa transcrição que o A. faz do estudo de Rita Amaral Cabral parece depor contra a posição que acaba por tomar, já

(257) É ainda o mesmo vício lógico, mas percorrido agora no sentido reverso, que transparece, salvo melhor opinião, nas seguintes palavras de RITA AMARAL CABRAL (*cit.*, p. 159 s.): «se os factos são qualificados como indicadores, só valerão como tais quando evidenciarem uma certa realidade — *a qual terá, naturalmente, de ser delimitada e conhecida em momento anterior*. [...] A existir prova de real interrupção de pagamentos sem que simultaneamente se demonstre a impotência do comerciante para solver os seus compromissos, *não haverá facto-índice pela simples razão de que o facto nada indiciará*» (itálicos nossos); o conteúdo essencial deste trecho foi, aliás, retomado por PEDRO DE ALBUQUERQUE, *cit.*, p. 212 s.

Se bem vemos, adoptar este entendimento equivaleria a identificar o *índice* (*sc.*, a cessação de pagamentos) com a *coisa indiciada* (*sc.*, o estado de falência) e, também, a aceitar uma clara inversão do raciocínio: se o estado de falência não existir... não estamos perante um facto-índice. A cessação de pagamentos perderia então toda a operatividade. Como certeiramente alertava PINTO FURTADO (*RB*, 13 [1990], p. 43), «o primeiro cuidado a ter é o de não se cair na tentação de inverter o sentido do raciocínio e inferir a cessação da própria impossibilidade de pagamento. A cessação é o facto exterior que funciona como presunção [diríamos nós: como índice] do facto oculto da impossibilidade: não pode, portanto, dizer-se configurada a partir de uma pretensa prova directa da impossibilidade» (interpolação nossa).

Em nosso entender, só tem sentido falar em facto-índice quando se admita a possibilidade de, apesar da ocorrência desse facto, não se produzir a situação indiciada — mas a não-ocorrência da situação indiciada não significa, evidentemente, negar a efectiva ocorrência do facto-índice. Assim, era perfeitamente concebível, sobretudo no direito anterior ao DL n.º 177/86, que a prova da cessação de pagamentos *(pressuposto processual necessário)* não conduzisse à declaração de falência — bastava que não se comprovasse o *estado* de falência definido pelo art. 1135.º do CPCiv; é dizer: o facto-índice, nesse caso, seria tão-só o índice de um estado, afinal, inexistente. Note-se, por último, que, apesar de o trecho de Rita Amaral Cabral transcrito não se compatibilizar, em nosso ver, com o entendimento que a A. dava à articulação dos arts. 1135.º e 1174.º do CPCiv (antes da entrada em vigor do DL n.º 177/86), segundo o qual seria necessário provar-se, em qualquer caso, a impossibilidade de cumprir prevista no primeiro dispositivo para que se pudesse declarar a falência — construção que, repetimos, merece inteiro aplauso —, apesar disso, dizíamos, também não o invalida.

que a A. se pronunciava claramente pela necessidade de se provar a impossibilidade de cumprir (258).

Cremos, por isso, que a nova redacção dada ao art. 1174.º, n.º 1, alínea *a)*, não resolveu a questão da articulação da cessação de pagamentos com o estado de falência definido no art. 1135.º Com efeito, a cessação de pagamentos, ainda que concebida como «facto jurídico», não implicava, *necessariamente*, uma impossibilidade de cumprir (259). Tratava-se de dois juízos diversos, porque produzidos em momentos diferentes e dirigidos a objectos diferentes: através do primeiro podia concluir-se que determinada cessação de pagamentos, dadas as específicas circunstâncias em que havia ocorrido, era suficientemente significativa de incapacidade financeira; mas este juízo não era conclusivo relativamente à real impossibilidade de cumprir do devedor.

A tese de Pedro de Albuquerque só poderia ser sustentada admitindo que a cessação de pagamentos, na sua nova configuração legal, era, não um facto-índice, mas um *pressuposto autónomo* da falência que prescindia da avaliação do *estado* de impossibilidade de cumprir previsto pelo art. 1135.º E esta hipótese conduz-nos ao ponto seguinte.

4.3. Efectivamente, podiam conceber-se duas interpretações do regime instituído pela nova redacção do art. 1174.º, n.º 1, alínea *a)*:

a) Para a primeira, ao consagrar o conceito normativo de cessação de pagamentos, o legislador teria querido afirmar a tese da suficiência da veri-

(258) Pressuposto, claro está, que a A. não tivesse alterado o seu pensamento (cfr. *supra*, 3.7.) após uma análise mais pormenorizada das implicações do DL n.º 177/86 (cfr. *infra* [n. 264]).

(259) Embora, naturalmente, seja de prever que os dois fenómenos coincidam, via de regra, na experiência quotidiana, dada a evidente aproximação entre o sentido dos dois juízos (cfr. *supra*, 3.2.). Contudo, existe uma possibilidade real de tal não suceder: suponha-se que o devedor cessa pagamentos em circunstâncias que indiciam claramente uma incapacidade financeira (número e valor dos débitos por pagar, apresentação de um balanço francamente deficitário, etc.). Há verdadeira cessação de pagamentos e o requerimento de falência deve ser *admitido*. Porém, se se verificar, no decurso do processo, que o devedor dissimulou várias operações altamente vantajosas, sendo titular de uma conta bancária desconhecida dos credores, cujo valor lhe permite satisfazer os débitos, não existe impossibilidade de cumprir — e, logo, não deve ser decretada a falência — apesar de ter havido cessação de pagamentos. O mesmo se pode dizer do famoso caso do devedor que não paga porque não quer: pode haver cessação de pagamentos *indiciadora* de incapacidade financeira sem que exista essa incapacidade. Nesta conformidade, parece necessário afastar-se a tentação, provocada pela consideração do «normal acontecer», de identificar conceitualmente os dois fenómenos.

ficação da cessação, *desde que significativa de incapacidade financeira*, criando um *pressuposto* da declaração de falência autónomo relativamente à impossibilidade de cumprir prevista no art. 1135.º do CPCiv (260). A ser assim, abdicando-se da prova desta impossibilidade, ter-se-ia assistido, de forma algo paradoxal, a uma «reformalização» dos pressupostos da falência (261).

Notando o paradoxo, Oliveira Ascensão (262) propugnava, todavia, este entendimento (263).

(260) Neste sentido decidiu o AcSTJ, de 14-03-1991 (*BMJ*, 405 [1991]), p. 403 ss.

(261) E isto seria tanto mais assim quanto os tribunais passariam a ficar vinculados à estrita apreciação da cessação de pagamentos (e das suas características), enquanto que, no direito anterior, a averiguação do carácter indiciador da cessação redundava, na prática, em um juízo sobre a impossibilidade de cumprir: cfr. *supra* [n. 247].

(262) OLIVEIRA ASCENSÃO, *Estudos*, p. 51 s.

(263) Se esta tese, no que diz respeito à alínea *a)* do n.º 1 do art. 1174.º do CPCiv, era, como dissemos, admissível (embora não a melhor: cfr. a seguir no texto), já não conseguimos acompanhar o A. nas ilações que tira da alteração do normativo citado. Segundo OLIVEIRA ASCENSÃO (*últ. op. cit.*, p. 51 ss.), tratar-se-ia de uma «indiscutível vitória, pois, da corrente que se não bastava com a mera verificação da cessação de pagamentos. Mas, paradoxalmente, a consagração legislativa alcançada trouxe simultaneamente, em tese geral, a sua derrota. A partir de agora é seguro que a verificação de qualquer das causas legais, dentro dos prazos e demais pressupostos estabelecidos, importa necessariamente a decretação da falência. E isto porque o legislador não fez a proclamação genérica da necessidade de tomar como tema da prova a impossibilidade de cumprimento das obrigações, ou a incapacidade financeira, ou algo semelhante. Limitou-se a aditar à alínea *a)* a restrição decorrente da exigência de verificação de incapacidade financeira. Mas se essa restrição é tornada expressa no caso da cessação de pagamentos, isso significa que ela não funcionará nas restantes hipóteses»; — e, mais adiante, — «temos portanto que, hoje, é seguro que a falência não se liga propriamente ao conceito do artigo 1135.º, ou a outro semelhante, mas flui, concretamente, das causas consagradas no artigo 1174.º A alteração introduzida no n.º 1, alínea *a)*, pela qual há que controlar a cessação de pagamentos, só a aceitando como causa da falência quando for suficientemente significativa da incapacidade financeira, teve o condão, paradoxalmente, de afastar essa exigência das restantes hipóteses. A incapacidade financeira não funciona assim como pressuposto geral da falência, mas como requisito específico da previsão da alínea *a)*. Em qualquer caso, a verificação das causas do artigo 1174.º, nos prazos e mais requisitos legais, acarreta necessariamente a declaração da falência».

Se bem percebemos o pensamento do A., o facto de o legislador ter restringido a cessação de pagamentos relevante à *cessação suficientemente significativa de incapacidade financeira*, não o tendo feito relativamente aos restantes índices do art. 1174.º, n.º 1, significaria que a simples verificação destes últimos impunha automaticamente a declaração de falência. Tal entendimento não é, em definitivo, procedente. Contra ele depõem uma circunstância histórica, a letra da lei e um argumento sistemático.

A circunstância histórica: como o A. expressamente reconhece (*ibid.*, p. 51), o problema punha-se, no domínio do direito anterior ao DL n.º 177/86, em relação à cessação de pagamentos, pelo que a alteração do regime (a existir) devia compreender-se como circunscrita a esse índice, não sendo lícito tirar daí, para «reconstruir» os restantes, quaisquer conclusões sobre a intenção do legislador.

A letra da lei: diversamente do que o A. pretende (*ibid.*, p. 52), a nova redacção do art. 1174.º, n.º 1, alínea *a)*, não subordinava a cessação de pagamentos à «verificação da incapacidade financeira» — essa imposta, sim, pelo art. 1135.º —, mas tão-só a uma *suficiente significatividade* de incapacidade financeira — o que, como cremos ter mostrado, não é a mesma coisa.

O argumento sistemático: admitir a suficiência de cada uma das «causas» previstas no art. 1174.º do CPCiv para a declaração de falência equivaleria rigorosamente a eliminar do ordenamento jurídico português, por obsolência, o art. 1135.º do CPCiv — sobretudo para quem, como o A. (*ibid.*, p. 47), defendesse — com razão — que o art. 870.º do CPCiv (conversão da execução em falência) não constitui uma causa autónoma de falência, dependendo a declaração de falência da concorrência de «algum dos pressupostos previstos no art. 1174.º». Ora, «liquidar» por esta forma o artigo do CPCiv que definia o estado de falência e que, significativamente, se encontrava à cabeça das «Disposições gerais» que regiam o respectivo processo constitui uma ousadia que não poderíamos partilhar.

(264) RITA AMARAL CABRAL, *cit.*, p. 160 s. Apesar de se referir esporadicamente, no decurso do seu estudo, ao DL n.º 177/86 *cit.* (cfr., *v. g.*, *ibid.*, p. 160 (n. 18)), cremos que, dada a proximidade temporal da publicação de ambos, a A. terá tido essencialmente em consideração a antiga redacção do art. 1174.º (cfr., *v. g.*, *ibid.*, p. 157 (n. 12)). Contudo, a validade do raciocínio exposto no texto em nada era afectada pela nova redacção do art. 1174.º, n.º 1, alínea *a)*, do CPCiv. Tudo seria diferente se se tivesse retirado à cessação de pagamentos o seu carácter *indiciador*. No entanto, tal não aconteceu, pelo que, persistindo a diversidade dos problemas, continuava a ser necessário ter em conta o art. 1135.º como disposição geral que presidia a toda a declaração de falência. De todo o modo, prestado este esclarecimento, assumimos, obviamente, inteira responsabilidade pela extrapolação.

b) Para a segunda, a assunção legal do conceito normativo de cessação de pagamentos teria apenas representado o reconhecimento expresso de que, para se verificar a *cessação* — não a *falência!* —, não bastava o simples incumprimento das obrigações assumidas: era ainda necessário que esse incumprimento revestisse determinadas características. A nova redacção do art. 1174.º, n.º 1, alínea *a)*, do CPCiv teria, assim, deixado intocada a necessidade de comprovação do *estado* de falência, definido no art. 1135.º

Esta última concepção era a mais correcta. Nas expressivas palavras de Rita Amaral Cabral (264), a primeira interpretação aceitava «a premissa de

que a verificação de um dos índices desencadeia a falência, independentemente da demonstração da impossibilidade de pagar, e sendo certo que tais eventos não coincidem necessariamente com esta impossibilidade, haveria que admitir a hipótese de um comerciante ser julgado falido sem se encontrar impedido de cumprir as suas obrigações. Digamos: concluir-se-ia pela viabilidade da declaração de falência de alguém que, nos termos do art. 1135.º, não pode considerar-se falido! Consequência que, por tão contrária à razão, é suficiente para infirmar esta tese».

4.4. Realmente, não pode esquecer-se que o fundamento de qualquer processo de *liquidação concursual* é a protecção da *par condicio creditorum* no acesso dos credores ao património que, constituindo a garantia geral dos seus créditos, se tornou incapaz de os satisfazer. Só assim se justifica o vencimento antecipado das obrigações, o chamamento colectivo dos credores, a liquidação universal do património e a derrogação da regra *prior in tempore potior in jure* no ressarcimento dos créditos (265). Este o ponto de partida imprescindível para a compreensão de todo o processo concursual e da natureza pública do princípio da concursualidade (266).

A especialidade introduzida pela falência, na sua configuração histórica, através da irrelevância da relação activo/passivo para a declaração do respectivo estado, deveu-se apenas às especificidades do comércio. Recordemo-las.

De uma parte, a essencialidade do recurso ao crédito para o desenvolvimento da actividade e a preservação do «segredo comercial» — que não é mais do que uma decorrência daquela: o segredo comercial protege o comerciante que honra os seus compromissos através do crédito, apesar de se encontrar numa situação patrimonial deficitária cuja revelação poderia ser altamente lesiva dos seus interesses (*sc.*, do seu *crédito*) — ditaram que se negasse a possibilidade de declarar a falência dos comerciantes com fundamento no défice patrimonial: o desequilíbrio patrimonial não devia ser *pressuposto bastante* da falência. De outra parte, o contraste entre as frequentes flutuações dos valores que compõem os patrimónios comerciais (267) e a necessidade de uma especial celeridade no ressarcimento dos créditos impôs que se prescindisse do estabelecimento de um défice patrimonial efectivo — o défice patrimonial não devia ser *pressuposto necessário* da falência; necessária e bastante, do ponto de vista substancial, era a *incapacidade de cumprir pontualmente.*

(265) Cfr. FERRARA, *cit.*, p. 39 ss.

(266) Cfr. já o estudo de JAEGER, *cit., passim*, esp. p. 98 e 102 ss. O interesse público da concursualidade não é postergado, evidentemente, pelo carácter privado dos interesses a que vai ordenado; neste sentido, não se afigura exacta a formulação de DELITALA (*cit.*, p. 283), segundo a qual «o interesse do Estado [na concursualidade] influi no modo de ser da tutela [falencial] mas não constitui, ele próprio, o objecto de tutela» (interpolações nossas). Cfr. também *infra*, Parte III, B), Cap. II, 4.2.

4.5. Referimo-nos propositadamente ao interesse na «especial celeridade no ressarcimento dos créditos», e não ao interesse na «pontualidade dos pagamentos». É talvez este o momento oportuno para tentar desfazer o equívoco que rodeia a pretensa ligação entre o interesse na pontualidade dos pagamentos e a cessação de pagamentos como pressuposto especial da falência.

É incontestável que a actividade comercial, por depender estruturalmente do crédito (268), postula o cumprimento pontual das obrigações. A impontualidade do comerciante devedor pode causar reais dificuldades ao comerciante credor, que, para optimizar o seu negócio, calculou a sua actividade contando com a prestação devida (normalmente uma receita) em determinado momento, a fim de cumprir em tempo, por seu turno, as obrigações por si assumidas.

A essencialidade do cumprimento pontual para o funcionamento regular do crédito levou a que se clamasse pela necessidade de declarar falido quem cessa pagamentos. Porém, uma consideração atenta do fenómeno do crédito e da cessação de pagamentos mostra que a adopção desta última como *pressuposto suficiente* da falência não evita a impontualidade nos pagamentos: bem pelo contrário, é porque já *houve* impontualidade que se requer e declara a falência. Daqui se conclui que o processo concursual, mesmo que fundado na cessação de pagamentos, não pode ter por função assegurar a pontualidade dos pagamentos — a não ser que se adopte a perimida concepção preventivo-intimidatória da falência, como processo de cariz para-penal, geradora de um receio que coage o devedor, *ex ante*, a pagar pontualmente.

Quer isto dizer que o verdadeiro interesse *especial* que *liberta* a declaração de falência da averiguação do saldo patrimonial do devedor não é a garantia da pontualidade nos pagamentos, mas sim *a celeridade no ressarcimento dos créditos relativos a um devedor incapaz de prosseguir a sua actividade comercial*, a fim de que os credores possam, eles sim, manter a pontualidade no cumprimento das suas obrigações. Ora, este interesse, se não é compatível, como

(267) Nestes precisos termos, VASCO XAVIER, *Polis*, 2, p. 1365.

(268) Cfr. VASCO XAVIER, *Polis*, 2, p. 1363.

vimos, com um processo fundado na insuficiência do activo, também não determina a necessidade de um processo fundado na cessação de pagamentos — que poderia levar a declarar falido quem não está impossibilitado de cumprir, em clara contradição com a função geral do processo concursual. O pressuposto *especial* exigido pelo interesse na celeridade do ressarcimento dos créditos é a *incapacidade de cumprir pontualmente, independentemente da relação activo/passivo*, pois tal incapacidade levará a pagar atempadamente a alguns credores mas já não a outros — e por isso se justifica o processo concursual. Logo, nem a pontualidade dos pagamentos, nem a celeridade no ressarcimento dos créditos exigem que se declare falido quem cessa pagamentos.

4.6. Mas a lei não pode limitar-se a dar uma definição do estado de falência: deve ainda fixar os *pressupostos* que permitem aos credores accionar o processo concursual tendente a obter a declaração de falência. Podia, evidentemente, fazê-lo através de uma remissão para a cláusula geral da impossibilidade de cumprir — o que equivaleria, verdadeiramente, a fixar pressuposto nenhum. Nesse caso, seria admissível *a todo o momento* uma acção destinada a comprovar a impossibilidade de cumprir e a obter a respectiva declaração — tal como acontecia com o desequilíbrio patrimonial no anterior processo de insolvência (civil). A esta solução, que consubstanciaria certamente a máxima protecção do interesse (dos credores) na celeridade do ressarcimento, opõe-se contudo a incerteza que a plena liberdade de accionar faria pairar sobre a vida dos negócios, incompatível com a importância do «bom nome» comercial e, sobretudo, com o carácter inequivocamente público do processo falencial. Por isso, dada a invisibilidade exterior do estado de falência, enquanto tal, a lei portuguesa optou por enunciar (taxativamente (269)) quais os factos que, por indiciarem esse estado, permitem aos credores requerer o processo concursual.

Ora, a inclusão da cessação de pagamentos no elenco dos factos-índice, conjugada com o sistema da enumeração taxativa, representava um compromisso entre o interesse na celeridade do ressarcimento dos créditos, de um lado, e a estabilidade da vida comercial e o interesse público da concursualidade, de outro. Na verdade, ela permitia accionar o processo concursual sem a prova de uma real impossibilidade de solver — mas só quando existissem factos que indiciassem seriamente essa impossibilidade. Tratava-se, de todo o modo,

(269) Cfr., por todos, PEDRO MACEDO, *Manual*, I, p. 240.

de uma concessão ao interesse na celeridade relativamente ao regime comum da insolvência, onde, *partindo-se do pressuposto da inexistência de crédito*, se exigia a prova mais irrefutável da impossibilidade de solver os compromissos por parte de quem não tem acesso ao crédito — a insuficiência do activo. Mas era uma concessão perfeitamente justificada, atento o alto valor indiciário da cessação de pagamentos, sobretudo se normativamente definida: a cessação de pagamentos suficientemente significativa de incapacidade financeira deriva, normal e tipicamente, de uma impossibilidade de cumprir as obrigações.

Em suma: nenhum processo concursual pode proteger ou assegurar a pontualidade nos pagamentos; as especificidades do processo falencial só podem ser determinadas pela especialidade do interesse na celeridade do ressarcimento. A influência deste interesse deriva do fundamento do processo falencial e projecta-se na definição dos pressupostos que o condicionam. Todavia, a celeridade no ressarcimento dos créditos não exige que se tome a cessação de pagamentos como pressuposto suficiente da declaração de falência — impõe só que a cessação seja pressuposto suficiente da *instauração do processo concursual*.

Deste modo, até à entrada em vigor do CFal, o art. 1135.º era uma disposição geral com cuja definição se devia conformar toda a declaração de falência: como concisamente afirmavam Ruy de Albuquerque/M.ª dos Prazeres Beleza (270) — levando já em conta a nova redacção do art. 1174.º, n.º 1, alínea *a)* —, «os factos definidos no art. 1174.º, quer no seu n.º 1, quer no n.º 2, devem ter apenas o significado de revelarem, de indiciarem de modo provável essa impossibilidade».

4.7. A situação prevista pelo art. 1174.º, n.º 1, alínea *c)*, do CPCiv constituía o único caso em que podia duvidar-se da aplicação do princípio geral do art. 1135.º, sendo *prima facie* admissível configurá-lo como uma excepção. O escopo da norma parecia ser, claramente, o de evitar que o devedor, delapidando o seu património através de condutas via de regra criminosas, se pusesse em situação de não poder cumprir as suas obrigações. A ser assim, não faria realmente sentido — nem do ponto de vista da exegese literal do preceito, nem do ponto de vista da sua teleologia — subordinar a declaração de falência à ocorrência da situação que se queria evitar, com os inerentes prejuízos dos credores, impotentes para obstar às condutas fraudulentas. Neste

(270) RUY DE ALBUQUERQUE/M.ª DOS PRAZERES BELEZA, *cit.*, p. 80. No mesmo sentido, RITA AMARAL CABRAL, *cit.*, p. 162.

sentido se inclinavam Vilhena Barbosa de Magalhães (271), aplaudindo a introdução do preceito homólogo contido no art. 2.º, n.º 3, do CFal de 1935, e Oliveira Ascensão (272).

Embora com dúvidas, propenderíamos todavia para afirmar ainda aqui o princípio da necessidade de verificação da impossibilidade de cumprir. Seria preferível sacrificar a vigência deste preceito à coerência global do regime a aceitar uma interpretação totalmente disfuncional da norma em apreço. É que a doutrina avançada por Pinto Furtado, *de jure constituendo*, no sentido de banir este facto-índice do elenco legal, não só procedia inteiramente, como parecia legitimar, *de jure constituto*, uma interpretação ab-rogante do dito preceito, por insanável contradição normativa com a regra que lhe presidia: os factos-índices do estado de falência servem para *revelar* a impossibilidade de cumprir, e não para permitir uma declaração de falência antecipada no intuito de os *prevenir*, porque o processo de falência «não tem, obviamente, a natureza de um *procedimento cautelar* [...] nem se resume a uma apreciação interina da situação do devedor, acicatada pelo *periculum in mora* da decisão definitiva e ancorada num simples *fumus boni juris* dos credores» (273). Aliás, não é certamente por acaso que, como informa aquele A., não há lembrança de este facto ter alguma vez constituído fundamento para uma concreta declaração judicial de falência.

4.8. Relativamente ao n.º 2 do art. 1174.º, já o Código de Falências de 1935 estatuía, no seu art. 3.º, § 1.º: «nas sociedades de responsabilidade limitada, a falência pode ser declarada com fundamento na insuficiência manifesta do activo para satisfação do passivo» (274). Por essa via, as ditas sociedades consideravam-se falidas, para além dos casos previstos para a generalidade dos comerciantes, no caso especial de insuficiência manifesta do activo para satisfazer o passivo.

(271) VILHENA BARBOSA DE MAGALHÃES, *GzRL*, 49 (1936), p. 372.

(272) OLIVEIRA ASCENSÃO, *Estudos*, p. 52.

(273) PINTO FURTADO, *RB*, 13 (1990), p. 38 s. Pena é que, apesar de o Sr. Prof. Doutor Antunes Varela ter esclarecido, no seio da Comissão Revisora (*Actas CFal* [52.ª, 5]), que o próximo Código de Processo Civil «já permitirá com certeza o arresto quanto a dívidas de comerciantes», o legislador do CFal não tenha atendido a pertinência das considerações transcritas no texto e, subjugado pelo peso da inércia, tenha reproduzido acriticamente aquele facto como índice da situação de insolvência no art. 8.º, n.º 1, alínea *c)*, do CFal.

(274) O actual CFal não contém qualquer norma homóloga, pelo que a análise que se segue no texto limita-se a ensaiar uma interpretação do direito anterior.

Parece indiscutível que o legislador histórico quis que as sociedades de responsabilidade limitada pudessem ser declaradas falidas sempre que se encontrassem em situação manifestamente deficitária, ainda que não se encontrassem impossibilitadas de cumprir (mormente graças ao crédito); com efeito, pode ler-se no *Relatório* do Código de Falências de 1935 (ponto 4, *in fine*): «dentro desta orientação [consideração do crédito] se define o estado de falência; mas até para se manter o rigor das considerações feitas se estabelece um conceito diferente pelo que se refere às sociedades de responsabilidade limitada. Nestas, o crédito propriamente pessoal não existe e a sua organização é de tal ordem que a sua actividade é ou deve ser bem conhecida das pessoas a quem interessa. Daqui resulta que a impossibilidade de pagar anda normalmente ligada à insuficiência do activo, motivo por que em relação às sociedades se estabelece o princípio de que poderão ser declaradas falidas quando o activo for inferior ao passivo». A mesma explicação é dada pela doutrina alemã para justificar a solução análoga adoptada pela KO (§§ 207, 209 e 213) (275).

A doutrina portuguesa aceitava esta figuração do regime (276). Todavia, temos por inteiramente convincente a argumentação expendida por Rita Amaral Cabral (277) no sentido de que, no domínio dos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1961, se devia subordinar a declaração de falência das sociedades de responsabilidade limitada à geral impossibilidade de pagar do art. 1135.º Efectivamente, para além de a justificação dada pelo *Relatório* — assente numa representação ingénua do comerciante: apenas o comerciante honrado (logo, pessoa humana) pode obter crédito — se encontrar obviamente desligada da realidade (como referiu logo Vilhena Barbosa de Magalhães (278) e, depois, Pinto Furtado (279)), só assim se explicava a formulação utilizada no art. 1174.º, n.º 2 («*pode* ser declarada a falência» [itálicos nossos]). Por isso, a especialidade deste normativo consistia em permitir que funcionasse como *índice* da falência (*sc.*, da impossibilidade de pagar) das sociedades de responsabilidade limitada um facto que não relevava, sequer como índice, no regime geral. Parece-nos mesmo que a interpretação avançada por Rita Amaral Cabral (ainda) se compatibilizava com a intenção do legis-

(275) Cfr. PAGENSTECHER, *cit.*, p. 34.

(276) Embora criticando-a: cfr., por todos, PEDRO MACEDO, *Manual*, I, p. 288.

(277) RITA AMARAL CABRAL, *cit.*, p. 175 s.

(278) VILHENA BARBOSA DE MAGALHÃES, *GzRL*, 49 (1936), p. 373.

(279) PINTO FURTADO, *RB*, 13 (1990), p. 52.

lador histórico: a dita especialidade justificava-se por isso que, na óptica do legislador de 1935, as sociedades de responsabilidade limitada não gozavam, *em regra*, de crédito pessoal, pelo que a insuficiência do activo implicaria, *em regra*, a impossibilidade de pagar, não sendo necessário então esperar pela cessação de pagamentos para fazer funcionar um *índice* da falência — o que não implicava que se estivesse efectivamente perante um *estado* de falência que devesse ser declarado (280).

4.9. Por fim, a orientação jurisprudencial que propugnava o conceito normativo de cessação de pagamentos encontrou conforto no recente Assento n.º 9/94 do STJ, de 2 de Março (281). Chamado a pronunciar-se sobre uma oposição de acórdãos, o STJ considerou que aquele preceito do DL n.º 177/86 *cit.* assumia «feição análoga à de uma lei interpretativa *stricto sensu*, integrando-se, portanto, na lei que interpretou, cujo sentido veio explicitar», para os efeitos do art. 13.º do CCiv. Assim, «na vigência do artigo 1174.º, n.º 1, do Código de Processo Civil, na redacção anterior ao DL n.º 177/86, de 2 de Julho, a cessação de pagamentos pelo devedor só justifica a declaração da falência desde que suficientemente significativa de incapacidade financeira».

Contudo, a decisão do STJ não respondeu à questão que lhe foi posta. Repare-se: o acórdão recorrido (AcSTJ, de 17-06-1986 (282)) — que viria a ser revogado — decidira que, «para se operar essa declaração [de falência] basta que se prove [...] que o requerido *cessou pagamentos*» (itálicos nossos);

(280) Contra este entendimento pronunciou-se, *de jure constituto*, PINTO FURTADO (*RB*, 13 [1990], p. 22), ao admitir que «para a *declaração de falência de comerciante que não seja uma sociedade de responsabilidade limitada*, é indispensável que ele esteja impossibilitado de cumprir com pontualidade as suas obrigações, o que se revela por outros factos-índices»; assim, *a contrario sensu*, afigura-se que, para o A., a impossibilidade de cumprir não era «indispensável» para declarar a falência das sociedades de responsabilidade limitada. Todavia, já *de jure constituendo*, em outro passo (*ibid.*, p. 52 s.; cfr. também as considerações expendidas pelo ilustre Magistrado no âmbito da Comissão Revisora: *Actas CFal* [52.ª, 6]), o A. não hesitava em afirmar peremptoriamente que «não fará o menor sentido [...] a ideia de fazer firmar esse estado, para as *sociedades de responsabilidade limitada*, pela manifesta insuficiência do activo para satisfação do passivo». Expressamente contra a interpretação perfilhada no texto, *de jure condito* e por força da entrada em vigor do DL n.º 177/86 *cit.*, OLIVEIRA ASCENSÃO (*Estudos*, p. 52), que contudo também censurava a solução *de jure condendo* (*ibid.*, p. 49).

(281) *DR*, n.º 117, de 20-05-1994.

(282) *BMJ*, 358 (1986), p. 453.

por seu lado, o acórdão-fundamento invocado (AcSTJ, de 29-06-1978 (283)) havia decidido que «a cessação de pagamentos só tem relevância quando reflecte a incapacidade do comerciante de pagar pontualmente por falta de crédito ou de meios de liquidez».

Se bem vemos, o STJ não deveria ter reconhecido a existência da oposição. Com efeito, e mais uma vez, confundiu-se o *valor* da ocorrência do facto-índice com o *conteúdo* do conceito. O acórdão recorrido não punha em causa as características que configuravam a falta de pagamento como cessação de pagamentos: afirmava, isso sim, que a prova da cessação de pagamentos acarreta, por si só, a declaração de falência, com o que entrava em oposição, não com o acórdão invocado como fundamento, mas sim, *v. g.*, com a doutrina vertida no AcSTJ, de 25-10-1977, já citado (284), onde se decidiu que «a cessação de pagamentos não valerá só por si como causa necessariamente determinante da falência, mas como simples presunção do estado de falência que pode ser ilidida pela prova de que o comerciante tem a possibilidade de solver os seus compromissos».

Aliás, só esta confusão explica as citações utilizadas no Assento para alicerçar a decisão alcançada. É que, se se tivesse invocado este último acórdão como fundamento — e, consequentemente, se existisse verdadeira oposição de julgados relativamente ao *valor* do facto-índice —, o STJ não poderia invocar o nome do Sr. Conselheiro Pedro Macedo para revogar o acórdão recorrido. Na verdade, a esse propósito, julgamos que não pode haver duas leituras da posição de Pedro Macedo (285): «a declaração da falência com fundamento em determinado índice só pode ser atacada negando-se a verificação do facto-índice, não sendo possível demonstrar que a presunção não se verifica e o estado patrimonial não corresponde ao estado de falência. Em conclusão: demonstrada a existência do facto-índice, a falência é necessária». Como se vê, a transcrição que se faz no Assento de um trecho da obra citada não tem que ver com a questão, pois refere-se tão-só ao *conteúdo do conceito* de «cessação de pagamentos» e não ao *valor* da cessação, uma vez verificada, para a declaração da falência (286). Só esta confusão explica, outrossim, que o Sr. Con-

(283) *BMJ*, 278 (1978), p. 283.

(284) *BMJ*, 270 (1970), p. 188.

(285) PEDRO MACEDO, *Manual*, I, p. 245.

(286) «A cessação de pagamentos é um estado e não um facto. Perante as faltas de cumprimento de obrigações, aparece logo que se verifique não se tratar de uma falha casual e insignificativa, mas antes de uma incapacidade para pagar pontualmente por falta

selheiro Pedro Macedo tenha subscrito o Assento em apreço, pois o acórdão revogado consagrava a doutrina que, na esteira de J. Alberto dos Reis e de Manuel de Andrade, o ilustre Magistrado defendeu na sua obra.

Em suma: o STJ não deveria ter reconhecido a oposição de julgados. Contudo, tendo-a (erroneamente) reconhecido, limitou-se a confirmar o conceito normativo da cessação de pagamentos, não se pronunciando sobre o problema de fundo que levantava o acórdão recorrido. Assim, não se pode tirar daqui argumento em favor da suficiência da verificação do facto-índice para a declaração de falência. O STJ afirmou apenas que nem toda a cessação de pagamentos pode justificar a declaração de falência — só aquela que for significativa de incapacidade financeira; mas não se pronunciou sobre a *suficiência* da verificação dessa cessação para a declaração de falência.

5. Conclusões

Em resumo, e concluindo:

a) A definição do estado de falência do art. 1135.º do CPCiv não era uma norma «esfíngica», mas antes o verdadeiro pressuposto substantivo da respectiva declaração. Como tal, o direito que vigorou até ao CFal só permitia a declaração de falência fundada na «impossibilidade de cumprir pontualmente» as obrigações assumidas.

b) Esta expressão não significava uma insuficiência do activo para cobrir o passivo (insolvência), mas sim a falta de liquidez necessária para pagar pontualmente: *rectius*, a incapacidade genérica de solver pontualmente os compromissos assumidos, independentemente da sua espécie (insolvabilidade).

c) O princípio geral do art. 1135.º era aplicável a todos os comerciantes, incluindo as sociedades comerciais de responsabilidade limitada; relativamente a estas, devia entender-se que a manifesta insuficiência do activo para cobrir o passivo constituía um mero índice da falência, cuja verificação também não dispensava, à semelhança do que sucedia com os outros índices, a comprovação da impossibilidade de cumprir para poder declarar-se a falência.

de crédito e de meios líquidos» (*Manual*, I, p. 253 ss.). O mesmo se diga, aliás, do trecho em que se transcreve FERNANDO OLAVO (*cit.*, p. 25): «não constitui cessação de pagamento toda e qualquer recusa, ainda que injustificada, do comerciante em cumprir, mas apenas aquela ou aquelas recusas que, atendendo às condições e circunstâncias em que são feitas, revelem a impossibilidade contínua de o comerciante fazer face às suas obrigações».

d) A disputa doutrinal gerada à luz do direito anterior a 1935 e respeitante à relevância da cessação de pagamentos (conceito descritivo) como pressuposto suficiente da falência, ao prolongar a sua sombra para além da vigência do Código de Processo Comercial, provocou um equívoco que não se justificava perante a nova regulamentação operada pelo Código de Falências de 1935, e que se consubstanciou na discussão acerca do carácter inelidível de uma «presunção» segundo a qual quem cessava pagamentos encontrava-se em estado de falência.

e) A jurisprudência dos tribunais superiores, depois de não obter acolhimento doutrinal para a correcta solução do problema (que chegou a aplicar), procurou tornear a discussão através de uma normativização do conceito de cessação de pagamentos, acabando por identificar a cessação de pagamentos com a impossibilidade de cumprir. Se as soluções assim obtidas se mostraram indubitavelmente mais conformes com o regime instituído, o método utilizado aumentou o equívoco e a desorientação doutrinal em redor do problema.

f) O DL n.º 177/86 *cit.*, através da redacção que deu ao art. 1174.º, n.º 1, alínea *a)*, do CPCiv, consagrou aquela (uniforme) orientação jurisprudencial, passando o carácter normativo do conceito a resultar expressamente da lei.

g) A normativização do conceito de cessação de pagamentos não excluiu a necessidade de comprovação da insolvabilidade do devedor.

h) A cessação de pagamentos, na vigência do Código de Falências de 1935 e dos Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1961, bem como após a alteração introduzida pelo DL n.º 177/86 *cit.*, devia entender-se de acordo com uma *perspectiva dinâmico-processual*. A cessação de pagamentos constituía um facto que, por indiciar externa e tipicamente um estado de falência, permitia a instauração do processo de falência e revestia, portanto, o carácter de simples pressuposto processual.

i) O Assento n.º 9/94 *cit.*, ao confirmar o conceito normativo de cessação de pagamentos, tem um âmbito de eficácia limitado à questão da sua definição, pelo que não exclui a necessidade de, uma vez verificada a cessação, comprovar a insolvabilidade do devedor.

CAPÍTULO III

O DIREITO VIGENTE. COMPARAÇÃO COM O DIREITO PREGRESSO

Ao iniciar a análise do direito vigente, importa sublinhar o principal argumento material invocado pelo STJ, na fundamentação do Assento n.º 9/94 *cit.*, a propósito da necessidade de um conceito normativo de cessação de pagamentos: «a falência é um instituto cujas normas de regulamentação são processuais e, portanto, de interesse e ordem públicos, estando em jogo, para além dos interesses das partes (devedor e credores), que visam obter a liquidação de um património em benefício dos credores, o *interesse público da ordem e da paz social decorrente do eventual encerramento de uma empresa, com particular incidência sobre a classe trabalhadora e a economia regional*» (itálicos nossos). De que forma pode esta afirmação compatibilizar-se com a concepção tradicional da falência e qual a sua relevância à luz do novo processo concursual?

As inovações aparentemente introduzidas pelo actual regime podem reconduzir-se a três núcleos: *a)* os *fundamentos, b)* os *pressupostos* e *c)* o *âmbito de aplicação* do processo concursual.

1. Os fundamentos do novo processo concursual

1.1. O CFal parece englobar-se no movimento de progressiva transformação dos processos concursuais, de meios de liquidação coerciva ao serviço do *interesse privado* dos credores na satisfação dos créditos, em instrumentos ao serviço do *interesse público* na racionalização da actividade económica glo-

bal e na protecção de outros interesses sociais — nomeadamente, a manutenção dos postos de trabalho (287).

O interesse público servido pelo processo concursual (à parte o interesse em assegurar o ressarcimento paritário dos credores) pode ser entendido de duas maneiras: quer como eliminação de agentes económicos incapazes *(função-saneamento)*, quer como prevenção dessa eliminação através da adopção de providências destinadas a recuperar a eficiência produtiva de empresas em situação económica difícil *(função-recuperação)* (288).

A primeira concepção faz relevar o interesse geral na neutralização de agentes económicos que prosseguem actividades inviáveis e participa, normalmente, de uma visão liberalista da economia — o processo concursual é, nesta perspectiva, a *forma* adoptada pelos mecanismos de auto-regulação do mercado (289).

(287) Sobre o interesse público na conservação das empresas, o interesse dos credores na liquidação do património do devedor e o conflito que entre ambos existe, cfr. D'ALESSANDRO, *cit.*, p. 53 ss. Sobre a evolução da índole do processo concursual no direito comparado, *vd.* a exposição de PINTO FURTADO, *RB*, 11 (1989), p. 69 ss; para uma perspectiva sócio-económica do fenómeno, cfr. MENEZES CORDEIRO, *cit.*, p. 107 ss. Cfr., por último, com bastante interesse, os vários relatórios sobre o tema proferidos no seminário «Imprese in crise e diritto fallimentare», recolhidos em *Il Fallimento: un Istituto da Salvare?*, Roma, 1980. Uma perspectiva exasperadamente publicista do processo falencial, enquadrada em uma «interpretação evolutiva», de carácter «socializante», da lei falencial italiana, pode encontrar-se em DI LAURO (*cit.*, p. 120 e *passim*), que não hesita em afirmar que o direito concursual «é o mais público dos direitos». Criticamente sobre esta evolução publicizante, por menosprezar os interesses dos credores, FERRARA, *cit.*, p. 59 (n. 21). A mesma «mudança de natureza» do direito francês explica, segundo RENUCCI (*cit.*, p. 235 e *passim*), a gradual expansão dos poderes do Ministério Público nos processos concursuais para além das matérias especificamente penais.

O interesse público de que falamos não se confunde, obviamente, com o interesse do Estado-credor: bem andou a Comissão Revisora ao rejeitar, por unanimidade, a proposta governamental de impedir o acesso aos processos de recuperação por parte de «empresas» devedoras de IVA (!) (cfr. *Actas CFal* [32.ª, 2 ss.]). Contudo, no entender do Sr. Prof. Doutor Antunes Varela, que presidiu aos trabalhos da Comissão Revisora, este carácter público restringe-se aos processos de recuperação, continuando o processo de falência a «orientar-se para a liquidação de patrimónios em benefício dos credores» (*Actas CFal* [33.ª, 3]). No mesmo sentido, o Sr. Conselheiro Pinto Furtado (*Actas CFal* [21.ª, 7]) manifestou claramente a sua opinião de que «o processo de falência tem um carácter comercialístico e privatístico e não publicista».

(288) Sobre a distinção das duas funções, cfr. VASCO XAVIER, *Polis*, 2, p. 1364.

(289) Esta concepção «publicizante» da falência, na sua *função-saneamento*, foi acolhida em Itália, logo no início dos anos 30, sob a influência do princípio corporativo do

A segunda concepção põe a tónica no interesse económico global em preservar empresas capazes, posto que em situação difícil, e no interesse social na manutenção do emprego; participa, portanto, de uma visão mais marcadamente intervencionista da função do Estado em face da actividade económica. Para esta perspectiva, tais objectivos podem alcançar-se essencialmente através da aplicação de «providências de recuperação» às empresas que se encontram a braços com dificuldades económicas (290).

regime autoritário fascista (*vd.* NAVARRINI, *Nuove Dispozioni*, p. 2 ss.; e D'ESPINOSA, *cit.*, p. 148 ss.), aprofundando a tendência já presente no Código Comercial italiano de 1882 (FERRARA, *cit.*, p. 58 s.) e confirmando assim a ideia de que «o ultrapassamento do individualismo ou liberalismo da constituição da economia» foi um «ultrapassamento que o corporativismo italiano ou outro não se propôs obviamente fazer» (ORLANDO DE CARVALHO, *Critério*, p. 53 (n. 35)). Criticamente sobre a *função-saneamento* do processo falencial, escreve TIEDEMANN (*LK*, vor. § 283, nm. 5): «o actual sistema económico já não pode, sem mais, encarar a falência como meio de selecção natural e de auto-regulação da vida económica, tendo por objectivo a eliminação das empresas fracas, uma vez que o descalabro das pequenas e médias empresas favorece o processo de concentração económica e, assim, através da diminuição da concorrência, põe em causa um outro princípio fundamental da economia».

(290) Criticamente sobre a *função-recuperação*, em tese geral, RITA AMARAL CABRAL, *cit.*, p. 147, e A. GRAÇA MOURA, *cit.*, p. 84 ss. As estatísticas apresentadas por MERLE (*RTDCDEc*, 41 [1988], p. 685) e HAEHL (*cit.*, p. 700), relativas à prática judiciária francesa após a introdução do processo de recuperação de empresas (L. n.º 85-98), parecem dar razão ao cepticismo daqueles Autores portugueses: cerca de 85% a 90% dos processos concursuais terminam, em França, com a decisão de liquidação dos bens. Notar-se-á ainda que a lei francesa prossegue o interesse na recuperação das empresas de forma bem mais empenhada que a sua congénere portuguesa, ao dispor, por um lado, que todo o processo concursual se inicia *obrigatoriamente* por uma fase de observação destinada a averiguar as possibilidades de recuperação (art. 1.º, alínea 1.ª, da L. n.º 85-98; cfr. HAEHL, *últ. loc. cit.* e *passim*) e, por outro lado, ao conceder ao tribunal a faculdade de se pronunciar soberanamente pela aplicação das providências de recuperação, sem necessidade de aceitação por parte dos credores ou do devedor. Assim, não parece excessivamente arriscado prever que a aplicação das providências de recuperação em Portugal rondará números semelhantes aos indicados.

É claro que, como mostra D'ALESSANDRO (*cit.*, p. 54), a recuperação das empresas e o empenho com que é prosseguida são, antes de mais, um problema de política macro-económica. Merece referência a original proposta do A. a propósito de um novo modelo de recuperação: a empresa constitui um bem não fungível para o desempenho da função estadual de preservação do emprego; assim, tendo em vista a manutenção da sua actividade, é legítima a expropriação dos bens que a compõem contra justa indemnização ao devedor, passando o dinheiro a integrar, nos moldes da sub-rogação real, a garantia afecta

1.2. A evolução global da natureza do processo concursual é, entre nós, assaz clara (291): a falência começou por constituir um puro processo sancionatório de *liquidação* do património do falido em benefício dos credores; seguiu-se a admissão da *concordata*, como meio de prevenir ou suspender a falência, que, independentemente da posição que se adopte quanto à sua natureza, continha ainda uma inegável componente privatista-contratual, desde logo por depender da vontade das partes (292); com a Lei de 11-04-1901 (293), surgiu o *acordo de credores*, que visava já evitar a liquidação do património através da constituição de uma nova sociedade pelos credores, destinada a prosseguir o exercício da empresa; o DL n.º 177/86 *cit.*, introduziu a concordata e o acordo de credores numa veste diferente, como *meios (pré-falenciais) de recuperação de empresas*, «longe do espectro ameaçador da falência» (294), e adicionou-lhes a *gestão controlada* (arts. 3.º, n.º 2, e 33.º e segs.).

à satisfação dos credores. Problema interessante, em nossa opinião, será o de saber se tal solução não constituirá uma espécie de enriquecimento sem causa para o Estado em detrimento do devedor, já que a expropriação dos bens equivale, na óptica do A., a uma aquisição da empresa e o valor pecuniário daqueles — sobre o qual incidem os direitos dos credores, que portanto não saem lesados da operação — poderá ser inferior ao valor da empresa. Com efeito, a empresa é uma coisa imaterial, radicada num lastro corpóreo (ORLANDO DE CARVALHO, *Coisas*, p. 196 (n. 2)) que, por integrar certos bens não coisificáveis (*v. g.*, o aviamento), detém normalmente um valor pecuniário superior ao valor resultante da soma dos bens ostensivos que a compõem (sobre o conceito de *empresa*, cfr. *infra*, Parte III, A), Cap. I, 1.2.). Seria porventura preferível, tanto do ponto de vista técnico-jurídico como do ponto de vista da equidade, admitir a expropriação da *empresa* e aferir a indemnização pelo seu valor sempre que este excedesse o valor dos bens — solução que, além disso, resultaria em benefício dos credores.

(291) Pode ver-se uma resenha desta evolução em PEDRO MACEDO, *Manual*, II, p. 429; no sentido do texto, resumidamente, MOTA SALGADO, *Código*, p. 6; cfr. ainda *Actas CFal* (33.ª, 9).

(292) *Vd.* PEDRO MACEDO, *últ. op. cit.*, p. 434 ss. Cfr. também o art. 55.º do CFal.

(293) Arts. 54.º e segs. Estas disposições relativas às sociedades por quotas foram incorporadas pelo CPCom de 1905 (arts. 352.º e segs.). No sentido da sua aplicabilidade, a partir deste diploma, a qualquer comerciante, cfr. BARBOSA DE MAGALHÃES, *CPCom Anot.*, II, p. 510.

(294) Cfr. o *Preâmbulo*, ponto 3, do DL n.º 177/86 *cit.* Aí se escreve também que «a eliminação judicial da empresa representa, as mais das vezes, quando evitável, uma verdadeira agressão ao equilíbrio social, de que o Estado não se poderá desinteressar» (ponto 1.), pelo que «há que sobrestar a que logo se tenha de cair no instituto falencial, que, como entre nós está figurado, é uma forma 'quase fatal de destruir empresas (mesmo aquelas que merecessem ser conservadas) vencida que fosse a sua situação de crise', prejudicando os credores, a começar pelos trabalhadores, e afectando o correcto funcionamento do mercado e o interesse geral da economia» *(ibid.)*.

Por fim, o CFal ordenou toda a regulamentação do processo concursual a partir da primazia da recuperação das empresas economicamente viáveis sobre a liquidação em benefício dos credores, ao dispor no seu art. 1.º, n.º 2, que «só deve ser decretada a falência da empresa insolvente quando ela se mostre economicamente inviável ou se não considere possível a sua recuperação financeira» (295), prevendo ainda, ao lado dos anteriores, um quarto meio de recuperação: a *reestruturação financeira* (arts. 87.º e segs.).

1.3. Sem negar o sentido geral da evolução descrita, é legítimo duvidar da conformidade do «sistema interno» do CFal com as intenções apregoadas no respectivo Preâmbulo e com a organização do seu «sistema externo», ao menos no que respeita o papel da *função-recuperação* (296). Na verdade, a determinação da (in)viabilidade económica da empresa — pedra angular de todo o processo — subordina-se ao princípio do dispositivo: o juiz, ainda que considere que a empresa é economicamente viável, não pode ordenar oficiosamente a instauração de uma providência de recuperação se existir um consenso total entre o devedor insolvente e os seus credores no sentido da declaração de falência (art. 122.º), ou mesmo se existir oposição preliminar ao processo de recuperação por credores que representem, pelo menos, 75% do valor dos créditos conhecidos (art. 23.º, n.º 1), cabendo-lhe no entanto a decisão final — mas apenas quanto à *forma de prosseguimento da acção* — caso haja oposição ao pedido (de falência ou de recuperação) por parte de credores que representem, pelo menos, 30% do valor dos créditos conhecidos (art. 25.º, n.ºs 3 e 4, do CFal).

Se o «espírito» da concordata e do acordo de credores previstos pelo DL n.º 177/86, enquanto «meios de recuperação», era diferente dos procedimentos homónimos previstos no CPCiv como «meios preventivos da declaração de falência» (respectivamente, arts. 1152.º a 1166.º e 1167.º a 1173.º, todos do CPCiv), a sua aplicação dependia dos mesmos pressupostos materiais, pelo que parece inteiramente pertinente a crítica de PINTO FURTADO (*RB*, 11 [1989], p. 78 ss.), que nota a desnecessária duplicação de regimes.

(295) Cfr. ainda o *Preâmbulo*, ponto 2., *in fine*, do DL n.º 132/93 *cit.* A mesma ideia é reafirmada quando se refere que «o descalabro da empresa devedora passou a ser sentido a cada passo, cada vez com mais frequência, sobretudo em períodos de mais acentuada crise económica, mais como uma causa de mal-estar social que a simples perda dos capitais investidos pelos comerciantes» (ponto 1.).

(296) Assim, A. GRAÇA MOURA, *cit.*, p. 86. Em sentido globalmente crítico sobre as virtualidades das providências de recuperação figuradas pelo CFal, cfr. ID., *ibid.*, p. 95 ss.

Além disso, a aplicação de qualquer providência de recuperação carece sempre da aprovação de credores que representem, pelo menos, 75% do valor dos créditos aprovados e da não oposição de credores que representem, pelo menos, 75% dos créditos directamente atingidos pela providência (art. 54.º, n.º 1). Enfim, a falência da empresa deve ser declarada (art. 53.º) quando a assembleia de credores não delibere nos oito meses subsequentes ao despacho que mandou prosseguir a acção como processo de recuperação.

Por outras palavras: a (in)viabilidade económica da empresa constitui o critério que decidirá o seu destino, mas, na determinação dessa (in)viabilidade, os credores têm «uma palavra de importância extrema, [...] intervindo o juiz sobretudo como garante da legalidade» (297). Como certeiramente refere Mota Salgado (298), «a sorte da acção — quer o pedido seja a recuperação, quer seja a falência — depende, principalmente, de um juízo sobre a viabilidade económica da empresa feito pelos credores — os verdadeiros senhores do processo na filosofia do Código» (299).

(297) «Exposição de Motivos» da Proposta de Lei do CFal, ponto 4.

(298) *Código*, p. 8.

(299) Notando a inequívoca prioridade da protecção concedida aos interesses dos credores relativamente ao «interesse geral» da economia e aos interesses dos trabalhadores, embora em perspectiva diferente da do texto, A. GRAÇA MOURA, *cit.*, p. 81 s., e *passim*. A solução legal de cometer aos credores o poder de definirem a sorte da empresa (e, por isso, do seu titular) contará provavelmente com o aplauso de A. MENEZES CORDEIRO (*cit.*, p. 109), já que o A., ainda antes da entrada em vigor do CFal, dava conta do generalizado abandono da «prevenção das falências com recurso a normas de excepção» e preconizava a vantagem «em prevenir as falências no quadro da autonomia privada, da colaboração entre os credores, do aperfeiçoamento técnico da gestão das empresas em crise, da igualdade e do respeito pelas situações substantivas. Ao Estado fica tão-só o papel de promotor». No mesmo sentido, cfr. MALHERBE, *cit.*, p. 114. No seio da Comissão Revisora do CFal, o Sr. Dr. Robin de Andrade (*Actas CFal* [9.ª, 8] e [10.ª, 9]) pronunciou-se também no sentido de que «o juízo sobre a viabilidade ou inviabilidade da empresa não compete ao juiz, mas sobretudo aos credores». Esta opção justificar-se-ia por «a viabilidade económica ser um juízo subjectivo», não sendo, portanto, «admissível que este seja feito por quem não esteja envolvido profundamente na realidade empresarial». Assim, «só aos credores cabe esse juízo e nunca a outras entidades», nas quais se inclui «o próprio juiz».

Sempre se dirá que não vemos como seja possível compatibilizar a soberania do «juízo subjectivo» dos credores sobre a viabilidade económica da empresa com o interesse público da recuperação das empresas. Por outro lado, é pensável a intervenção no processo de entidades «profundamente envolvidas na realidade empresarial» que não sejam os credores, sobretudo em um contexto onde se propõe a criação de «tribunais dotados de competência especializada em matéria comercial» (*Preâmbulo* do DL n.º 132/93 *cit.*, ponto 7.): cfr., a seguir no texto, a solução acolhida pelo direito francês.

Enfim, a disponibilidade do processo por parte dos credores faz adivinhar que as providências de recuperação não serão adoptadas em vista da real viabilidade económica da empresa, mas antes em função do grau de satisfação dos créditos que previsivelmente proporcione a liquidação patrimonial: só quando o grau de satisfação for previsivelmente insignificante os credores terão interesse em optar pela recuperação — como um mal menor. Nas palavras realistas de A. Graça Moura (300), «não é credível nem lógico possa tal procedimento [de recuperação] obedecer a simples ditames de altruísmo» (301).

O legislador português não entendeu, portanto, seguir em este ponto o direito francês, que confere ao juiz consular o poder de decidir soberanamente por um dos processos de recuperação («*continuation de l'entreprise*» ou «*cession de l'entreprise*») ou pela liquidação judiciária (cfr. arts. 61.º, 69.º e 81.º da L. n.º 85-98 *cit.*). Naquele país, a opinião dos credores é *apenas* um dos elementos inseridos no relatório elaborado pelo «administrador» do processo (art. 24.º) — o qual, sendo nomeado pelo tribunal, não personifica os interesses dos credores, que têm um representante próprio (art. 10.º) —, mas não vincula o tribunal na sua decisão.

Por último, o Preâmbulo do DL n.º 132/93 (ponto 6.) justifica a extinção dos privilégios creditórios do Estado, das autarquias locais e das instituições de segurança social, doravante provocada pela declaração de falência, por ela constituir o «poderoso estímulo que pode trazer para o auxílio eficaz às empresas devedoras em situação difícil, mas realmente viáveis» (302). Só que, como bem nota Ribeiro Mendes (303), o novo regime parece longe de poder vir a corresponder às preocupações do legislador. Na verdade, a extinção daqueles privilégios creditórios em virtude da declaração de falência faz com que os credores disponham agora «de um forte incentivo para não viabilizar

(300) A. GRAÇA MOURA, *cit.*, p. 85.

(301) Julgamos ser a mesma preocupação que subjazia às palavras do Sr. Conselheiro Pinto Furtado, ao referir, durante os trabalhos da Comissão Revisora (*Actas CFal* [51.ª, 7]), que «se se permitir a livre opção entre os dois processos, os credores não [hesitarão] em optar pelo processo de falência».

(302) Este ponto foi muito discutido pela Comissão Revisora; cfr. especialmente *Actas CFal*, 66.ª, 67.ª e 69.ª

(303) RIBEIRO MENDES, *cit.*, p. 27 ss.; no mesmo sentido, A. GRAÇA MOURA, *cit.*, p. 105.

a empresa devedora, se tiverem mais vantagem em prosseguir até à liquidação universal falimentar».

1.4. A nota mais marcante do processo concursual da actualidade é justamente a sua *ambiguidade*, provocada pelos escopos a que se encontra ordenado (304). Nele se misturam elementos e intenções as mais díspares: satisfação de créditos privados, intervenção activa (e não recondutível ao princípio do dispositivo) das autoridades judiciais em um processo de cariz privado, protecção do interesse público da concursualidade, prossecução de interesses determinados pela política social e económica, inabilitações civis, perseguição penal, etc. A procura de uma unidade de sentido que conglobe todas estas componentes pode constituir uma busca vã e, consequentemente, levar a resultados redutores.

De toda a maneira, a evolução de sentido da intervenção estadual sobre os devedores insolventes através do aparelho judicial parece inegável: o processo vigente, longe de constituir o instrumento repressivo ao serviço dos interesses dos credores que caracterizava o clássico processo de falência, procura maximizar o aproveitamento de unidades económicas viáveis, embora tituladas por devedores insolventes, relegando a liquidação dos respectivos patrimónios (falência) para o estatuto de solução extrema, como um puro instrumento de liquidação de «pseudo-empresas» (305). O que nos conduz aos pontos seguintes, dominados por um movimento a «duas velocidades»: por um lado, reafirma-se, de modo inequívoco, a tendência para a «substancialização» do conceito de falência (actual insolvência (306)), mais conforme com o entono publicista dos processos concursuais do que o critério formal da cessação de pagamentos; por outro lado, no intuito de se disciplinar toda a actividade económica, promove-se o alargamento do âmbito

(304) Tal ambiguidade é notada também por PROVINCIALI (*cit.*, p. 69), que considera o RD de 1942 «hamleticamente indeciso entre o declarado fim publicístico e as reminiscências privatísticas dos códigos revogados».

(305) A expressão encontra-se na primitiva versão do *Preâmbulo* do Projecto do CFal, p. 1, *in fine*, que é substancialmente diversa da versão final.

(306) De ora em diante, por razões de clareza de exposição, render-nos-emos (sob protesto!) à denominação empregue pelo art. 3.º do CFal para designar o antigo estado de falência. Assim, utilizaremos indistintamente as expressões *insolvência* e *insolvabilidade* para designar a impossibilidade de cumprir; sempre que seja necessário aludir à insolvência no seu sentido histórico de insuficiência do activo para prover ao passivo, lançaremos mão da expressão *insolvência* stricto sensu. Cfr., todavia, *infra*, 2.8.

de aplicação dos pressupostos históricos da falência para além do círculo dos comerciantes.

2. Os pressupostos do novo processo concursual

Poder-se-á afirmar uma *identidade* dos pressupostos objectivos da noção de insolvência adoptada pelo CFal (307) — impossibilidade de cumprimento pontual das obrigações provocada pela carência de meios próprios e pela falta de crédito — com a definição (correcta) de falência válida para o direito anterior (308) — impossibilidade de cumprir pontualmente as obrigações?

2.1. A alusão da nova lei à *carência de meios próprios* e à *falta de crédito* parece levar Carvalho Fernandes/João Labareda a pronunciar-se pela negativa.

a) Segundo os AA. (309), a feição inovadora do art. 3.º do CFal adviria, em primeiro lugar, do carácter redutor (e, na opinião dos AA., criticável) da «enumeração das causas de impossibilidade de cumprimento», já que uma empresa pode «não dispor de meios próprios nem de crédito e, não obstante, estar em condições de cumprir as suas obrigações pela possibilidade de chamamento de recursos que não se reconduzem tecnicamente a nenhuma das situações referidas [meios próprios e crédito]» (interpolação nossa).

Cremos que esta objecção não atinge o alvo pretendido: se a «empresa», mobilizando recursos diferentes dos meios próprios e do crédito, está em condições de cumprir as suas obrigações, então não se encontra, seguramente, em situação de insolvência. A crítica transcrita seria compreensível se o art. 3.º do CFal definisse as «empresas» *solventes, i. e.*, se restringisse a *solvência* à possibilidade de cumprir as obrigações *exclusivamente* através de *meios próprios* ou do recurso ao *crédito* — ou, o que é o mesmo, se a lei presumisse *de jure* a impossibilidade de cumprir relativamente às empresas carecidas de meios próprios e de crédito. Mas, ao contrário, aquela norma define as empresas *insolventes*, não curando de saber as razões por que elas *podem* solver os seus compromissos: basta que a impossibilidade de cumprir não se verifique para que a insolvência não exista.

(307) Art. 3.º do CFal.

(308) Art. 1135.º do CPCiv.

(309) CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *cit.*, 3.º [1].

A objecção que, provavelmente, se quis levantar, enuncia-se de modo inverso: o preceito seria redutor por não considerar insolvente a «empresa» que, dispondo embora de meios próprios e/ou de crédito, se encontra impossibilitada de cumprir. E esta objecção coincide com a segunda crítica que os AA. dirigem ao art. 3.º do CFal, a qual passamos a analisar de seguida.

b) Na opinião dos AA., o art. 3.º do CFal «é também infeliz quando liga a impossibilidade de cumprir à falta de meios próprios; parece, assim, esquecer, os casos em que a empresa não pode satisfazer efectivamente as suas obrigações, não obstante possuir património suficiente, apenas e só por falta de liquidez bastante. Ora, de acordo, aliás, com a nossa melhor tradição, não há razão nenhuma para excluir da situação de insolvência as empresas que, possuindo embora activo suficiente para cobertura do passivo, não podem, todavia, dar cumprimento às suas obrigações por falta de meios líquidos para o efeito. Seria até contraditório com a preocupação de garantir a sobrevivência das empresas recuperáveis, se assim fosse». Por isso, de acordo com uma interpretação estrita do art. 3.º do CFal, a referência à carência de meios próprios inviabilizaria a declaração de insolvência do devedor cujo activo excede o passivo, ainda que o dito devedor se encontre impossibilitado de cumprir as suas obrigações — solução que não colhe, aliás, o aplauso dos AA.

Não podemos, em definitivo, acompanhar estes resultados interpretativos da norma em apreço, pelo que a crítica que os AA. lhe dirigem, embora bem fundada, carece de objecto. Na verdade, como Carvalho Fernandes/João Labareda admitem logo a seguir ([310]), «o que é realmente essencial, na caracterização da insolvência, é a impossibilidade de cumprimento pontual das obrigações». Por isso, em nosso entender, a referência à «carência de meios próprios», conjugada com a «falta de crédito», deve-se justamente à preocupação de evitar uma confusão com o anterior conceito de insolvência (civil) (insolvência *stricto sensu*), frisando-se por essa forma que a nova noção de insolvência nada tem que ver com ele, já que se admite a consideração do crédito como meio de negar a situação de insolvência ([311]). Preocupação que bem se compreende, aliás, dada a epígrafe adoptada e a aplicabilidade da nova noção a não-comerciantes. Ora, se o legislador, por «carência de meios próprios», quisesse reproduzir o critério da insolvência do direito pretérito, teria certamente utilizado a mesma expressão — insuficiência do activo para prover ao passivo. O emprego de uma expressão diversa aponta precisamente para um

([310]) *Ibid.*, 3.º [2].

([311]) Cfr. *supra*, Excurso, p. 2 s.

diferente conteúdo — a geral falta de meios próprios para cumprir as obrigações, independentemente do saldo patrimonial.

Além disso, aquela solução legislativa seria não só contraditória, como verdadeiramente absurda: se o actual critério da insolvência é o da impossibilidade de cumprir pontualmente as obrigações — e só por isso se leva em consideração o crédito, como possível meio de evitar a declaração de insolvência do devedor com património deficitário —, não se compreenderia que se impedisse a declaração de insolvência do devedor que se encontra nessa situação de impossibilidade, apesar de dispor de um património superavitário.

Nesta ordem de ideias, o termo «crédito» não parece ter sido empregue numa acepção «técnica», mas antes no sentido latíssimo que sempre lhe adscreveu a doutrina jus-comercialista: «crédito» será justamente *todo o meio não-próprio* de que o devedor pode licitamente dispor para solver os seus compromissos ([312]). «Crédito» será também, portanto, a possibilidade de o devedor obter uma moratória, ou a reforma de uma letra — e este tipo de crédito, diverso da pura obtenção de meios líquidos, é tanto mais importante quanto é certo que a insolvência pode ser declarada em virtude do incumprimento de obrigações não pecuniárias.

Daqui decorre que não vislumbramos um *tertium genus*, ao lado dos enunciados pela lei, que permita ao devedor cumprir pontualmente as suas obrigações: ou o faz com recursos próprios, ou através do crédito. Pode por isso afirmar-se que a alusão legal à carência de meios próprios e à falta de crédito *não chega a constituir uma enumeração* tendente a excluir outras causas da impossibilidade de cumprir. Em rigor, é uma alusão *redundante*, porque não acrescenta nada à simples impossibilidade de cumprir (anterior noção da falência), visando tão-só diferenciar a nova «insolvência» da expressão homónima utilizada pelo direito anterior — de acordo com o art. 3.º do CFal, insolvente é o devedor que se encontra impossibilitado de cumprir pontualmente as suas obrigações.

2.2. Qual, então, o sentido correcto da formulação legal?

Por um lado, julgamos que o legislador, coerentemente com a preocupação que votou ao saneamento da actividade económica através da nova lei, quis tornar claro que o processo concursual não serve situações que não contendem

([312]) Criticamente — com razão — sobre as ilações que se poderiam retirar, para efeitos de regime, da distinção entre «solver compromissos» e «cumprir obrigações», cfr. PEDRO MACEDO, *Manual*, I, p. 201.

com um interesse público, mas tão-só com interesses puramente privados (*v. g.*, os interesses dos credores). Assim, através da positivação do requisito *interno-substancial* da impotência económica (falta de crédito e carência de meios próprios que provoca uma impossibilidade de cumprir) recusou sujeitar à declaração de insolvência os devedores que, embora não o fazendo, podem solver os seus débitos (primeira delimitação negativa) — o que implica que os credores do devedor que «não paga porque não quer» só possam obter a satisfação dos seus créditos recorrendo ao processo comum de declaração e execução de dívidas (313).

Por outro lado, através do requisito *externo-formal* da impotência económica (impontualidade no cumprimento das obrigações), o legislador prosseguiu dois objectivos: de uma parte, negar ao simples défice patrimonial o estatuto de pressuposto autónomo de insolvência (segunda delimitação negativa) — a pontualidade nos pagamentos continua a constituir a cortina intransponível para além da qual a investigação do equilíbrio patrimonial é ilegítima (314); de outra parte, prescindir da insuficiência do activo para prover aos encargos do passivo como pressuposto da declaração de insolvência (delimitação positiva) — basta a impossibilidade de cumprir pontualmente, normalmente provocada pela contínua falta de liquidez: isto é, a «insolvabilidade» que Barbosa de Magalhães pressentiu há quase um século (315) e que

(313) Assim, também, já para o direito anterior, PINTO FURTADO, *RB*, 13 (1990), p. 47; para o direito actual, CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *cit.*, 3.º [5]. Em Itália, FERRARA, *cit.*, p. 122, e PAJARDI, *Manuale*, p. 93; contra, PROVINCIALI, *cit.*, p. 75 e 234 s. Note-se que a lei italiana contém uma expressão análoga à portuguesa «impossibilidade» (art. 5.º do RD de 1942): «[...] il debitore *non è più in grado* [...]» (itálicos nossos). Em Espanha, cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *AnuDP*, 26 (1973), p. 544 s. (n. 38), *in fine*. A mesma ideia encontra-se presente na nova definição dada pela recente lei francesa (L. n.º 85-98 *cit.*, art. 3.º): *«la procédure de redressement judiciaire est ouverte à toute entreprise [...] qui est dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible»*. O direito francês abandonou assim, pela primeira vez, a pura cessação de pagamentos (material) como pressuposto suficiente dos processos falenciais (cfr., todavia, *supra* [n. 246]), que ainda constava do art. 1.º da L. n.º 67-563, de 13-07-1967, revogada por aquele diploma.

(314) Ressalvam-se os casos marginais previstos nos n.ºs 2 e 4 do art. 8.º No que toca os casos excepcionais, que a própria lei qualifica de «anómalos», previstos no art. 8.º, n.º 1, alínea *c)*, do CFal, provindos do CFal de 1899 (art. 1.º, § 2.º) e posteriormente recebidos pelo CFal de 1935 (art. 2.º, n.º 3) e pelos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1961 (respectivamente, art. 1136.º, n.º 3, e art. 1174.º, n.º 1, alínea *c)*), valem as considerações tecidas *supra*, Cap. II, 4.7. e seg.

(315) Cfr. *supra* [n. 209].

Vilhena Barbosa de Magalhães retratou com nitidez cerca de quarenta anos depois (316-317). Essa noção de insolvabilidade, *sc.*, a *incapacidade de cumprir*

(316) *GzRL*, 49 (1936), p. 369. A invocação de Vilhena Barbosa de Magalhães, neste contexto, carece de um esclarecimento.

Na primeira página do estudo *cit.*, o A. escrevia incisivamente: «são, na verdade, duas coisas diferentes: — a *insolvência* é um estado de facto, um estado objectivo patrimonial; a *insolvabilidade* é uma possível consequência desse estado, mas também pode existir ainda que o activo seja igual, ou mesmo superior ao passivo. [...] Se se alegar que um indivíduo está insolvente, tem de provar-se que a soma dos seus bens, estimados no seu exacto valor, não iguala os seus débitos, mas, se se alegar que um indivíduo não pode solver os seus compromissos, não basta essa prova, porque tendo esse indivíduo crédito, pode, valendo-se dele, ir cumprindo os seus compromissos, apesar de não ter bens suficientes para os cumprir. E como o comerciante geralmente tem crédito, pois é neste que o comércio se baseia, as legislações não permitem que o simples estado de insolvência dê lugar à declaração de falência, e declaram que só há falência ou quando houver impossibilidade de pagar, ou quando a insuficiência do activo para satisfação do passivo for manifesta».

Se excluirmos a alusão final à insuficiência manifesta do activo, cremos que dificilmente se poderá encontrar definição mais completa e mais elucidativa do estado de falência como impossibilidade de cumprir. Todavia, depois de tão clara distinção, o ilustre comercialista — querendo criticar o facto de o CFal de 1935 ter eliminado a *insuficiência manifesta do activo* como fundamento autónomo da falência (cfr. *supra*, Cap. II, 2.1.) —, acaba por incorrer em incompreensível contradição (*ibid.*, p. 373): «a impossibilidade de pagar deriva, em regra, da insuficiência do activo para satisfação do passivo, mas pode o comerciante ter um activo igual ou superior ao passivo e não ter possibilidade de cumprir os seus compromissos. Pelo Código de Processo Comercial, só podia declarar-se a falência com fundamento nessa insuficiência quando fosse manifesta; agora, pelo Código actual de Falências, *se se entender que a falência pode ser declarada, com fundamento na impossibilidade de pagar, bastará uma pequena diferença entre o activo e o passivo*, não se atendendo, portanto ao crédito pessoal do comerciante. Foi por querer atender a ele que no novo Código se não admitiu como fundamento da falência a insuficiência do activo para satisfação do passivo; e, afinal, *admite-se que a declaração de falência possa ser declarada quando tal insuficiência se der, ainda que não seja manifesta!*» (itálicos nossos).

A contradição (óbvia) a que nos referimos reside no entendimento oposto, dado nos dois trechos, à impossibilidade de pagar — no primeiro, contempla-se o crédito através da autonomização da insolvabilidade relativamente à insolvência; no segundo, a impossibilidade de pagar coincide com a pura insuficiência do activo. Importante é guardar a ideia do primeiro.

Aliás, o A. serve-se do segundo trecho — e da aporia resultante do confronto entre as intenções do CFal de 1935 e o regime que, *em sua opinião*, veio a ser efectivamente adoptado — para confortar a tese de que, após aquele diploma, a definição do estado de falência como impossibilidade de cumprir é uma noção «inútil», que serve «para nada» (*ibid.*, p. 371 e 373). Mas esta interpretação resvala em um equívoco: na verdade, ainda que a

pontualmente, transitou para a definição do estado de falência do CFal de 1935 e daí para todo o direito posterior, acabando por ser acolhida pelo CFal de 1993.

2.3. O CFal incorporou também a concepção normativa do facto-índice «cessação de pagamentos», ao dispor no seu art. 8.º, n.º 1, que «qualquer credor [...] pode requerer, em relação à empresa que considere economicamente viável, a aplicação da providência de recuperação adequada, desde que se verifique algum dos seguintes *factos* reveladores da situação de insolvência do devedor: *a)* Falta de cumprimento de uma ou mais obrigações *que, pelo seu montante ou pelas circunstâncias do incumprimento, revele a impossibilidade de o devedor satisfazer pontualmente a generalidade das suas obrigações*» (itálicos nossos). Aliás, esta ideia parece estar já tão sedimentada que se chegou a propor, no seio da Comissão Revisora, a eliminação pura e simples da última parte do preceito, por não haver «cessação de pagamentos que não seja significativa de incapacidade financeira» (318). É ainda a mesma ideia que explica a possibilidade (e a obrigatoriedade) de o juiz averiguar livremente, independentemente de resposta do devedor requerido, a subsistência dos pressupostos da falência, derrogando-se a regra geral do ónus de contestação especificada (319).

O art. 8.º, n.º 3, retoma a cessação de pagamentos como pressuposto do requerimento de *falência* por qualquer credor que não considere a empresa economicamente viável.

2.4. A cessação de pagamentos continua a constituir mero índice da impotência económica (320) (e, agora claramente, com o art. 25.º, n.º 2, um

impossibilidade de pagar equivalesse à insuficiência do activo — e, como vimos, é o próprio A. a mostrar, no primeiro trecho, que assim não é —, o facto de ter sido eliminada como fundamento *suficiente* da declaração de falência não implicava, automaticamente, que deixasse de ser fundamento *necessário*.

(317) No mesmo sentido, PAJARDI (*Manuale*, p. 93) alerta para a necessidade de uma compreensão substancial do estado de falência, para assim excluir o caso do devedor que, podendo pagar, não o faz: «no intuito de sublinhar a objectividade do estado de insolvência [no direito italiano, impossibilidade de cumprir], tem-se-lhe equiparado o conceito de insolvabilidade [«insolvibilità»], coisa que me parece exacta» (interpolações nossas); cfr. também FERRARA, *cit.*, p. 122 (n. 45).

(318) Cfr. *Actas CFal* (20.ª, 6 e 19).

(319) Cfr. o art. 24.º do CFal e *Actas CFal* (56.ª, 7).

(320) Cfr. os arts. 8.º, n.º 1, alínea *a)*, do CFal e 1174.º, n.º 1, alínea *a)*, do CPCiv.

verdadeiro pressuposto processual), não podendo fundamentar, *de per si*, a declaração de insolvência, tal como não devia determinar automaticamente, no direito anterior, a declaração de falência.

Com efeito, dispõe o art. 25.º, n.º 2, do CFal: «Não havendo prova dos pressupostos legalmente exigidos, é o processo arquivado, independentemente de oposição; havendo prova de qualquer deles, deve o juiz declarar reconhecida a situação de insolvência e ordenar o prosseguimento da acção nos termos requeridos».

Por aqui se vê como os factos-índice, ainda que provados, não impõem necessariamente a declaração de insolvência: são meras condições de admissibilidade do processo. Assim, se não se provar a cessação de pagamentos, o requerimento deve ser liminarmente indeferido; se se provar a cessação de pagamentos e não se provar o estado de insolvência definido no art. 3.º do CFal, o processo deve ser arquivado, independentemente de oposição (321).

2.5. É ainda a esta luz que deve entender-se o art. 6.º do CFal, que condiciona o surgimento do *dever de apresentação* (requerimento da declaração de falência ou da aplicação de uma providência de recuperação) do devedor ao incumprimento de uma obrigação nos termos do art. 8.º, n.º 1.

Na verdade, a norma do art. 6.º também pressupõe a insolvabilidade do devedor. Aí se dispõe: «logo que falte ao cumprimento de uma das suas obrigações, *nas circunstâncias descritas na alínea* a) *do n.º 1 do artigo 8.º* [...]» (itálicos nossos); por sua vez, o art. 8.º, n.º 1, alínea *a)*, refere-se à «falta de cumprimento de uma ou mais obrigações que, pelo seu montante ou pelas circunstâncias do incumprimento, revele a impossibilidade de o devedor satisfazer pontualmente a generalidade das suas obrigações».

Ora, a remissão do art. 6.º tem, evidentemente, que entender-se em termos hábeis. Não pode querer-se que o devedor se apresente por força de um incumprimento que, exteriormente observado, pode *revelar* essa impossibilidade (e, portanto, preenchendo a previsão do art. 8.º, legitimar a iniciativa processual dos credores) quando o dito devedor saiba que esse incumprimento não consubstancia *efectivamente* a dita impossibilidade! Tal solução corresponderia a obrigar-se o devedor a requerer uma providência de recuperação ou a

(321) Neste sentido, CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *cit.*, 25.º [3] e 3.º [5]. Contra, todavia, MOTA SALGADO (*Código*, p. 9), defendendo que «a falência é logo declarada se se provar um dos pressupostos definidos no art. 8.º, n.º 1, e os credores não deduzirem oposição».

declaração de falência numa situação que o levaria a opor-se (com êxito!) ao requerimento com o mesmo conteúdo apresentado por um credor — o que é, manifestamente, contrário aos ditames do bom-senso. Quer dizer: o devedor só tem a obrigação de se apresentar quando *deva* concluir (não apenas quando subjectivamente conclua) que a falta de cumprimento, dadas as circunstâncias, é *efectivamente* provocada pela sua impossibilidade de cumprir. Assim, o devedor não está obrigado a apresentar-se em todos os casos que legitimam a instauração do processo por terceiros, mas também não lhe é lícito não se apresentar só porque entende, subjectivamente, não se encontrar numa situação de insolvência: o critério a adoptar deverá reger-se pela consideração do homem médio na posição do devedor concreto e pelos usos normais da actividade económica exercida (íamos dizer: pelos usos do comércio...).

A cessação de pagamentos reassume, inequivocamente, o seu verdadeiro carácter de facto-índice, ou, como preferimos, de *pressuposto processual* que condiciona a admissibilidade de um processo tendente a verificar o *estado* de insolvabilidade do devedor (art. 3.º do CFal) (322).

2.6. Temos vindo a afirmar que a verificação de um dos pressupostos previstos no artigo 8.º do CFal, não sendo bastante, é necessária para a declaração judicial de insolvência.

Porém, há que dizer que, teoricamente, é concebível uma situação de reconhecimento da insolvência do devedor antes de ter existido incumprimento de qualquer obrigação: será o caso do devedor impossibilitado de cumprir pontualmente que, apesar de manter os seus compromissos em dia, prevê a iminência inevitável do incumprimento e se apresenta em juízo, *por sua iniciativa*, nos termos do art. 5.º do CFal. Trata-se de um caso de difícil verificação prática, já que, de acordo com o art. 6.º do CFal, o *dever* de apresentação só surge com a cessação de pagamentos nas circunstâncias previstas no art. 8.º, n.º 1, do CFal, podendo o devedor requerer então as providências de recuperação nos mesmos termos em que poderia fazê-lo se se tivesse apresentado ao abrigo do art. 5.º Quer dizer: a opção pela «apresentação antecipada» do art. 5.º do CFal por parte do insolvente não lhe traz vantagem alguma — não evita o reconhecimento da situação de insolvência (pressuposto necessário dos processos de recuperação) e não pode, por isso, afastar eventuais responsabilidades penais; nem goza, por outro lado, de benefícios exclusivos relativamente à comum apresentação por cessação de pagamentos do art. 6.º do CFal. Não havendo ainda incumprimento e conhecido o espírito de risco subjacente à vida dos negócios, prevê-se que o art. 5.º venha a ter escassa aplicação prática.

Em sentido contrário pronunciam-se todavia Carvalho Fernandes/João Labareda (323). Para os AA., a disposição do art. 5.º do CFal «não confere nenhuma faculdade à empresa, impondo-lhe antes um verdadeiro dever». Assim, uma de duas: ou o devedor insolvente tem razões para acreditar na viabilidade económica da empresa — e *deve* requerer uma providência de recuperação nos termos do art. 5.º; ou o devedor insolvente não faz esse juízo sobre a empresa — e *deve* requerer a declaração de falência nos termos do art. 6.º Por isso, «se a empresa, encontrando-se em situação de insolvência, não adoptar nenhum dos referidos procedimentos, deixa de cumprir um dever legal com as inerentes consequências», nomeadamente para efeitos do preenchimento do tipo do art. 326.º, n.º 2, do CP.

Em nosso entender, o art. 5.º não impõe qualquer dever e a construção agora exposta, pese embora a sua atraente linearidade, não encontra apoio legal. E isto por quatro razões:

a) Em primeiro lugar, não é lícito desprezar-se a diferente expressão verbal dos dois *comandos* («pode» — art. 5.º — e «deve» — art. 6.º), sobretudo se se levar em conta a relação de imediata sequência que intercede entre as duas disposições. E esta diferença é tanto mais importante quanto a norma do art. 1.º, n.º 1, do DL n.º 177/86, que manifestamente esteve na origem

(322) Repare-se, todavia, que o *Preâmbulo* do Projecto do CFal confunde ainda (e identifica) a ocorrência do facto-índice com o estado de insolvabilidade, ao advogar, no seu ponto 5, a necessidade de uma «distinção clara entre a *situação de cessação de pagamentos* — *a insolvência* — e o processo de liquidação de património que se poderá seguir para lhe pôr termo — a falência» (itálicos nossos). Note-se também que o Sr. Conselheiro Pinto Furtado, encarregado de apresentar o projecto parcial relativo a esta matéria no âmbito da Comissão Revisora, tornou claro que «os índices por si propostos funcionam como presunções *iuris et de iure*» (*Actas CFal* [53.ª, 4]).

Na mesma confusão continua a incorrer o direito positivo francês: à semelhança dos arts. 1135.º do CPCiv e 3.º do CFal, o art. 3.º da L. n.º 85-98 *cit.*, define o pressuposto básico do processo concursual — que necessariamente deve iniciar-se por uma observação da empresa destinada a averiguar as possibilidades da sua recuperação: HAEHL, *cit.*, p. 700 ss. — como a impossibilidade da empresa em fazer face ao passivo exigível com o activo disponível; mas, logo na alínea seguinte, dispõe que «a abertura deste processo deve ser requerida pelo devedor nos quinze dias seguintes à *cessação de pagamentos definida na alínea precedente*» (itálicos nossos).

(323) CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *cit.*, 5.º [2].

do art. 5.º do CFal, prevendo também a apresentação antes da cessação de pagamentos, configurava um verdadeiro *dever* de apresentação: «toda a empresa que se encontre impossibilitada de cumprir deve apresentar-se a tribunal». A mesma formulação imperativa era utilizada pelo art. 1140.º, n.º 1, do CPCiv: «todo o comerciante que se encontre impossibilitado de cumprir as suas obrigações deve, antes de cessar efectivamente os pagamentos [...], apresentar-se [...]» (324). Porém, este argumento, sendo importante, não é decisivo, sabido como é que o legislador nem sempre se exprime da forma mais adequada.

b) A verdadeira razão da improcedência daquela interpretação, vê-mo-la na diversidade das *hipóteses* constantes das duas normas. No art. 5.º, o devedor, estando já impossibilitado de cumprir pontualmente, *ainda não deixou de cumprir*, pelo que ainda não produziu dano algum a terceiros — e, por isso, a *concessão da faculdade* de requerer a providência atende ao *interesse do devedor*, que pode, contudo, preferir «arriscar» uma superação das dificuldades sem se apresentar em juízo e sem que essa opção lhe traga desvantagem alguma. No art. 6.º, o devedor *já cessou pagamentos* — e, por isso, a *imposição do dever* de se apresentar, requerendo a declaração de falência ou uma providência de recuperação, atende aos *interesses dos credores e da economia*, cuja desconsideração por parte do devedor é passível de censura criminal (art. 326.º, n.º 2, do CP).

c) Em terceiro lugar, esta interpretação encontra conforto na disciplina do requerimento de instauração de um processo concursual por terceiros (credores e Ministério Público). Com efeito, as condições de admissibilidade desse requerimento encontram-se taxativamente descritas no art. 8.º e a simples leitura dessa disposição mostra que a instauração de um processo concursual não pode ser solicitada com fundamento na simples impossibilidade de cumprir por parte do devedor — é ainda necessário que ela se *manifeste exteriormente* (salvos os «casos especiais» previstos no n.º 4 do art. 8.º). Ora, assim sendo, não se vê por que razão se deveria *obrigar* o devedor a apresentar-se numa situação em que se nega a terceiros, nomeadamente aos credores, o direito de requererem qualquer medida.

d) Em quarto lugar, como vimos (325), o art. 6.º do CFal também pressupõe a situação de insolvência do devedor, pelo que pode dizer-se que o

(324) O DL n.º 177/86 manteve, no essencial, esta norma, aditando à palavra *obrigações* o qualificativo *comerciais*.

(325) Cfr. *supra*, 2.5.

«devedor» da previsão do art. 6.º se encontra na *mesma situação de impossibilidade de cumprir* do «devedor» da previsão do art. 5.º Ora, nesta conformidade, não se compreenderia a construção de Carvalho Fernandes/João Labareda (326), segundo a qual o devedor insolvente que não acredita na viabilidade económica da empresa *deve* requerer, *antes de ter cessado pagamentos*, a declaração de *falência*, já que o art. 6.º permite que o devedor insolvente *que já cessou pagamentos* requeira uma *providência de recuperação*.

Além disso, e sem prejuízo das considerações precedentes, podemos desde já adiantar que, em virtude das regras de interpretação estrita que presidem à aplicação da lei criminal, o art. 5.º do CFal não poderia ser concebido como uma norma impositiva de um dever *para efeitos de imputação de responsabilidade criminal*, independentemente do sentido que lhe deva ser dado no âmbito do processo concursual (327).

Enfim, é ainda importante notar que o dever de apresentação do art. 6.º incumbe apenas aos titulares de empresa, e já não ao «devedor não titular de empresa» (328). Efectivamente, a remissão operada pelo art. 27.º, n.º 2 — «é aplicável ao devedor insolvente não titular de empresa, com as devidas adaptações, o disposto nos artigos anteriores relativamente à falência» — não abrange o art. 6.º Esta conclusão decorre logo da diferença entre a formulação deste preceito, dirigida à «empresa insolvente» que já cessou pagamentos — «deve a empresa» —, e a que se contém no art. 27.º, n.º 1, dirigida ao devedor insolvente não titular de empresa — «pode ser declarado em situação de falência» (329). Além do argumento literal, não pode descurar-se a ponderação dos interesses acautelados com a imposição do dever de apresentação: se a manutenção prolongada de um estado de insolvência por parte dos devedores titulares de empresa representa um perigo suficientemente forte para o tráfico económico, justificando por isso a obrigatoriedade de apresentação voluntária, esse perigo é insignificante no que toca os restantes devedores. Esta era, aliás, a solução seguida pelo anterior processo de insolvência, que pre-

(326) *Últ. loc. cit.*

(327) Cfr. *infra*, Parte III, B), Cap. II, 3.4.

(328) Assim, MOTA SALGADO, *Código*, p. 12 (n. 16); contra, CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *cit.*, 27.º [4].

(329) No mesmo sentido depõe o art. 240.º, n.º 2, do CFal: «independentemente do pedido de declaração de falência apresentado pelos credores, *pode* o devedor [não titular de empresa] submeter à homologação do juiz uma proposta de concordata particular» (itálicos nossos).

via a *possibilidade* de o devedor (civil) insolvente *requerer* a declaração de insolvência (art. 1316.º do CPCiv), sem no entanto lhe impor qualquer dever.

2.7. Ressalvada a faculdade concedida pelo art. 5.º do CFal ao devedor insolvente, nenhuma das soluções examinadas é estranha ao direito falencial anterior: todas elas derivavam de uma correcta interpretação dos preceitos pertinentes. O CFal limitou-se a esclarecer, dando-lhes corpo, esses resultados interpretativos. Pode por isso dizer-se que os pressupostos de que depende a declaração de insolvência no direito vigente coincidem com os que condicionavam a declaração de falência à luz do CPCiv.

Estamos, pois, habilitados a afirmar que o estabelecimento de um processo concursual unitário pelo CFal, rompendo com a tradicional distinção entre falência dos comerciantes e insolvência dos não comerciantes no direito português, se traduziu numa «falencialização» do mundo civil. Na verdade, o procedimento concursual a que se encontram agora submetidos comerciantes e não-comerciantes, ao pressupor como condição da sua aplicação uma *impotência económica perigosa para o tráfico jurídico*, universaliza o conceito de falência do direito anterior.

2.8. A este propósito, não podemos deixar de referir duas notas, no mínimo, intrigantes.

Em primeiro lugar, se o conteúdo da definição de falência transitou para a actual noção de insolvência, como julgamos ter mostrado, não se compreende a modificação do *nomen juris* no sentido inverso. Por motivos de coerência, o legislador deveria ter mantido a mesma designação para o mesmo conteúdo, assumindo a opção tomada de estender os pressupostos da declaração de falência aos não-comerciantes. Com efeito, esta alteração anamórfica da terminologia constitui uma espécie de «efeito-espelho», ao sugerir uma extensão do instituto da insolvência aos comerciantes. O processo que a lei actual apoda de «falência» poderia, com vantagem, denominar-se «liquidação judiciária» — à semelhança, aliás, do que acontece com a Lei francesa 85-98 *cit.* (que constituiu, segundo cremos, o modelo do CFal) e no sentido do que expressamente se afirma no ponto 6 da «Exposição de Motivos» da Proposta de Lei CFal: «em si mesmo, o processo de falência foi configurado essencialmente como uma liquidação célere e transparente do património da empresa em benefício dos credores» (330). Assim se adequaria o nome à coisa nomeada.

(330) Cfr. também, no mesmo sentido, o ponto 5. do *Preâmbulo* do Projecto do CFal.

Em segundo lugar, é surpreendente que o *Preâmbulo* do DL n.º 132/93 *cit.*, que aprovou o CFal, não dedique uma única palavra à unificação — *rectius*, à *redução* aos pressupostos da falência — dos processos de falência e de insolvência. Se tivermos presente que, no direito pátrio, a falência dos comerciantes goza de consideração jurídica autónoma em relação à insolvência civil, de modo ininterrupto, pelo menos desde as Ordenações Filipinas (331) e provavelmente desde o tempo do Infante D. Henrique (332), torna-se quase incompreensível que o legislador não tenha esboçado sequer uma justificação para romper com tão longa tradição. A única referência ao problema encontra-se na «Exposição de Motivos» da Proposta de Lei CFal e reza, *sic et simpliciter*: «desaparece a tradicional distinção entre a falência, relativa ao devedor comerciante, e a insolvência, relativa ao devedor que o não seja». Pena é que não se tenha indicado porquê.

3. O âmbito de aplicação do novo processo concursual e o problema da unificação: o «*devedor não titular de empresa*»

3.1. No que toca o *âmbito de aplicação* do CFal, é clara a intenção de disciplinar toda a actividade económica, independentemente da sua «comercialidade», através da redução do objecto à figura da «empresa», que se define como «toda a organização dos factores de produção destinada ao exercício de qualquer actividade agrícola, comercial ou industrial ou de prestação de serviços». A frequência com que o legislador se refere à empresa assim definida, bem como a organização global do regime, mostram à evidência que o presente diploma foi elaborado com os olhos postos na realidade empresarial (e, como veremos, em *uma determinada* actividade empresarial), pelo que as soluções adoptadas, boas ou más, se compreendem somente à luz dessa realidade. Queremos com isto significar que a subordinação do «devedor não-titular de empresa» às mesmas regras do «devedor titular de empresa» (art. 27.º do CFal) só pode ter sido determinada por uma (injustificada) preocupação de tratar complexivamente toda a matéria, não se curando de ponderar se o regime pensado para devedores de certo tipo é adequado, dados os interesses em jogo, para devedores de tipo diferente.

3.2. A tese da necessidade de subordinar comerciantes e não comerciantes ao mesmo processo concursual, assente nos mesmos pressupostos, não

(331) Livro V, Título LXVI.

(332) PEDRO MACEDO, *Manual*, I, p. 39.

constitui novidade recente (333). Os argumentos são conhecidos: *a)* crescente importância económica de actividades tradicionalmente tidas como não-comerciais e *b)* generalização do recurso ao crédito por parte de agentes económicos não-comerciantes.

Mas, se bem vemos, estes argumentos, procedentes ou não, não podem ser invocados para a aplicação ao devedor *não titular de empresa* de um processo com os mesmos pressupostos de que depende a «insolvência» dos comerciantes (e, eventualmente, de outros empresários não-comerciantes (334)). Eles só podem relevar para o tratamento das actividades de crescente importância económica e para os agentes económicos que fazem uso generalizado do crédito; e esse não é o caso, seguramente, do comum «devedor não titular de empresa» — sobretudo perante uma tão lata concepção legal de empresa (335), que praticamente obriga a identificar o não titular de empresa com o puro consumidor. A equiparação só poderá justificar-se, portanto, relativamente aos empresários não comerciantes.

3.3. Ocorre lembrar, uma vez mais, que o processo concursual só ganha sentido como forma de garantir a *par condicio creditorum* no acesso ao património de um devedor incapaz de cumprir as suas obrigações. Normalmente, tal incapacidade só existe quando o activo é insuficiente para cobrir o passivo. Mas, como vimos, a tutela do crédito impede que essa insuficiência seja *bastante* e *necessária* para declarar a falência dos comerciantes (336). O problema da unificação dos processos concursuais no direito português consiste então em

(333) Os países que adoptaram um regime de raiz francesa (Itália, Espanha e, até ao CFal, Portugal) reservam a falência aos comerciantes, diversamente dos países influenciados pela KO alemã (Áustria, Jugoslávia, etc.). Mas a razoabilidade daquela especialidade da falência em razão da profissão comercial cedo começou a ser contestada, sobretudo com a cruzada movida por alguma doutrina italiana contra a índole «classista» do direito comercial. Também em Portugal, autores houve que propugnaram a extensão da falência aos não-comerciantes. Assim, EDUARDO SALDANHA (*cit.*, p. 42), verificando «a homogeneidade natural da vida moderna» e «a grande lei da solidariedade», bem como (*ibid.*, p. 47) «a aplicação da maior parte das normas do Código Comercial aos não comerciantes», alertava para «os grandes prejuízos que advêm ao comércio e ao crédito por se não permitir o emprego do processo colectivo dos credores contra o devedor [civil] incapaz de satisfazer os seus compromissos» (interpolação nossa).

(334) Cfr. *infra*, 4.

(335) Cfr. *infra*, 4.1. e seg.

(336) Cfr. *supra*, Cap. II, 4.4. e segs.

saber se a tutela do crédito exige e autoriza, na presente constituição económica nacional, a extensão dos pressupostos do estado de falência aos não comerciantes. Seja-nos permitido, a este respeito, dialogar com o pensamento de Pinto Furtado — ao que sabemos, o único autor português que se preocupou recentemente com o problema.

Notando a estreita relação entre o crédito e o vocábulo «falência», escrevia Pinto Furtado (337): «[com o Alvará de 13 de Novembro de 1756] surgem pela primeira vez, segundo cremos, na nossa terminologia legal os termos *falência, falir* e *falido*, que se empregam repetidamente a exprimir uma ideia de falta de crédito ('falido de crédito')» (338).

Todavia, em estudo posterior (339), mas antes da entrada em vigor do CFal — e, portanto, *de jure condendo* —, o A. parece minimizar a conexão (não só histórica, mas também material) dos pressupostos da falência com o crédito, sustentando que «não se vê uma razão suficientemente forte para a diversidade de fundamento do processo concursual quando o devedor seja comerciante e quando não o seja», pelo que preconiza a abolição da «dicotomia vigente processo de falência dos comerciantes — processo de insolvência dos não comerciantes». Os argumentos que alinha em defesa dessa inovação são, no essencial, os seguintes:

a) «o processo dito de insolvência dos não comerciantes revela-nos apenas uma diferença mais profunda em relação ao processo de falência: a diversidade dos fundamentos que lhes servem de pressuposto»; ora, o verdadeiro estado de insolvência é comum a comerciantes e a não-comerciantes, e caracteriza-se pela incapacidade de solver com pontualidade as obrigações;

b) é aconselhável reduzir ao mínimo o elenco dos processos especiais, inserindo «as poucas particularidades que sejam de conservar relativamente aos não comerciantes [...] numa específica disposição do preceito geral respectivo»;

c) é decisivamente importante a inovação da aplicabilidade geral dos processos de recuperação da empresa a comerciantes e a não comerciantes (DL n.º 177/86 *cit.*), pois essa inovação conduziu à «aglutinação das duas categorias num mesmo processo, tanto o de recuperação, como, falhado este, o de falência»;

d) a lei francesa e o Anteprojecto de lei espanhol seguem esta tendência.

(337) PINTO FURTADO, *RB*, 11 (1989), p. 64.

(338) Provavelmente, a mesma ideia que levou o legislador alemão a afirmar, na exposição de motivos da KO, que «onde não existe crédito, é dificilmente pensável uma falência» (*apud* TIEDEMANN, *LK*, vor § 283, nm. 12).

(339) PINTO FURTADO, *RB*, 13 (1990), p. 23.

Vejamos mais de perto esta argumentação.

a) Relativamente ao primeiro argumento: o peso excessivo atribuído à raiz etimológica do vocábulo «insolvência» (340) acaba por constituir o fundamento da tese da equiparação. Na verdade, o raciocínio é o seguinte: *insolvência* significa, etimologicamente, impossibilidade de cumprir; este estado pode verificar-se tanto nos comerciantes como nos não comerciantes; logo, não se justifica a dualidade de processos para comerciantes e não comerciantes. Ora, como cremos ter mostrado, a diferença dos dois processos não se reduzia «apenas» a uma *nuance* nos índices de revelação do mesmo estado: esta *nuance* fundava-se em dois estados diversos (341), cuja definição normativa diferencial era ditada por interesses distintos.

b) O argumento que invoca os interesses de economia processual só se pode fazer valer, ao que julgamos, no caso de a opção por um outro regime se mostrar indiferente, ou, pelo menos, quando inexistam ponderosas razões substanciais que justifiquem a dualidade de processos.

c) As vantagens propiciadas pela aplicabilidade dos processos de recuperação de empresa a não comerciantes só podem participar da discussão sobre a extensão da falência aos *empresários* não-comerciantes (342) — não aos devedores civis comuns ou, na terminologia da nova lei, «*não titulares de empresa*».

d) Já o argumento de direito comparado — não sendo embora, como todos os argumentos desta espécie, decisivo — impressiona. Com efeito, há muito que as doutrinas francesa e italiana, confrontadas, tal como a portuguesa, com a exclusiva aplicabilidade da falência aos comerciantes, reclamam uma extensão deste processo aos não comerciantes.

Há que distinguir.

Em primeiro lugar, grande parte dos autores que se pronunciaram neste sentido tinham por horizonte (e objectivo) a unificação do direito civil e comercial (343), da qual a referida extensão seria consequência natural. Porém,

(340) Cfr. *supra* , Excurso, 3.

(341) Cfr., por todos, J. ALBERTO DOS REIS, *cit.*, p. 316 s.

(342) Cfr. *infra*, 4.

(343) Assim, entre nós, FRANCISCO FERNANDES, *cit.*, p. 51 ss. Sobre o problema da unificação do direito privado, cfr., por todos, ORLANDO DE CARVALHO, *Critério*, p. 120 ss. (n. 64), e ID., «Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado», *BFD*, 60 (1984), p. 1 ss.

superado o grande logro da «constituição económica uniforme» impeditiva do «dualismo do direito privado» (344), continua por mostrar a conveniência de sujeitar comerciantes e não comerciantes ao *mesmo* processo concursual, assente nos *mesmos* fundamentos.

Em segundo lugar, os direitos italiano e francês não conhecem o processo concursual da insolvência civil, instituído em Portugal com o D. n.º 21 758 *cit.* As preocupações de que se faz eco a doutrina daqueles países são, portanto, essencialmente ditadas pela ausência de um instrumento jurídico que garanta a execução *colectiva (par condicio creditorum)* e *universal* (sobre todo o património do devedor) em caso de insolvência de um não comerciante, e não pela extensão dos pressupostos específicos da falência aos não comerciantes (345).

(344) As expressões citadas são de BOLAFFIO, *apud* ORLANDO DE CARVALHO, *Critério*, p. 124 (n. 64); cfr. também LONGHI, *ScPos*, 7 (1987), p. 15 ss. No sentido do texto, ROGÉRIO SOARES (*cit.*, p. 68 ss.) refere como «o dogma da homogeneidade económica da sociedade» se vai tornando «cada vez mais distante da realidade».

Retomando as palavras de Bolaffio, o *Relatório* do CFal de 1899 proclamava: «perante a homogeneidade da nossa constituição económica, quando em todas as manifestações da actividade social se generaliza cada vez mais o apelo ao crédito, e a todas as classes de cidadãos é por igual permitido recorrer a ele sem discriminação dos fins a que haja de ser aplicado, irmanando-se e confundindo-se assim o crédito civil com o comercial, e parecendo por isso justo sujeitar um e outro à mesma disciplina legal, e ferir com as mesmas responsabilidades penais os seus abusos, qualquer que seja a profissão das pessoas que os pratiquem, seria lícito pensar na ampliação do regime especial da falência além do âmbito restrito do grémio ou classe comercial. Para aí nos inclinariam os exemplos da legislação de povos cultos [...]; e seria até esse o modo de dar vida ao artigo 449.º do nosso Código Penal, que pune os insolventes civis, e que até hoje tem sido letra morta. A tão árdua tarefa, porém, não mirou este código, nem mesmo poderia fazê-lo. *Seria preciso alterar gravemente a economia de vários capítulos da nossa legislação civil, criminal e do processo* [...]» (itálicos nossos).

A mesma «esquiva», por idênticas razões, a estender a falência aos não comerciantes havia sido já esboçada pelo ministro Veiga Beirão, no *Relatório* do CCom (ponto X), e foi confirmada posteriormente pela Comissão de Legislação Comercial da Câmara de Deputados, no *Relatório* com que apresentou o CCom à aprovação daquela Câmara. Cfr., também, alinhando razões semelhantes, o *Preâmbulo* do D. n.º 21 758 *cit.*, que instituíu pela primeira vez o processo de insolvência.

(345) Com efeito, é contra as desvantagens do sistema da execução singular cumulativa — que restringe o acesso aos singulares bens atingidos por cada execução ao círculo dos credores titulares de créditos exigíveis — que a doutrina italiana se insurge: cfr., entre muitos outros, LONGHI, *ScPos*, 7 (1897), p. 9 ss. e 23 (reproduzido depois em *Bancarotta*, p. 40 ss. e 58 s., e em *Bancarotta ed Altri*, p. 31 ss. e 41 s.); ROCCO, *Fallimento*,

Em terceiro lugar, a extensão (aqui em sentido próprio) operada recentemente pelo direito francês é limitada a algumas classes de agentes económicos (ou, no caso das pessoas jurídicas, a sujeitos que presuntivamente intervêm com frequência e de forma importante na vida económica) tradicionalmente excluídos da noção de comerciante — não ao comum devedor civil.

Em conclusão, nenhum dos argumentos propostos parece revestir relevo decisivo para a opção por um alargamento da falência aos devedores civis.

3.4. Todavia, aparentemente, o novo regime estende ao devedor civil não titular de empresa os «benefícios» atribuídos pelo direito anterior aos comerciantes, na medida em que a insuficiência do activo para cobrir o passivo deixa de ser pressuposto suficiente para a declaração do estado de insolvência do primeiro — contempla-se, dessa forma, a possibilidade de recurso ao crédito por parte dos civis (346). Simplesmente, as consequências previsíveis da nova regulamentação estão bem longe de constituir o ganho de um privilégio por parte dos devedores civis.

Em primeiro lugar, porque o crédito comercial tem uma função completamente diferente da do crédito civil: o primeiro tira o seu sentido da actividade de interposição nas trocas própria do comércio e tem a sua expressão mais genuína na compra a crédito de bens para revenda (precedida ou não de actividade transformadora) (347). Por conseguinte, a sua con-

p. 8 s. e 95 ss.; NAVARRINI, *Trattato*, p. 38 ss.; FERRARA, *cit.*, p. 46 ss.; PAJARDI, *Codice*, p. 12; e AULETTA/SALANITRO, *cit.*, p. 530. No mesmo sentido, no direito belga, CLOQUET, *cit.*, p. 47 ss.

Foi também a carência de um processo concursual civil — aliada à progressiva inadequação evidenciada pelos critérios definitórios da aplicabilidade da lei comercial para responder às necessidades da economia moderna (cfr. *infra*, 4.2., *a)*) — que determinou, em França, a extensão da falência a todas as pessoas jurídicas, independentemente da sua qualidade de comerciante, através da L. n.º 67-563. Com efeito, o volume dos patrimónios titulados por estes sujeitos, conjugado com a frequência da sua intervenção na actividade económica, tornou insuportável a inexistência de um processo que garantisse a *par condicio creditorum*. Não obstante, como melhor se compreenderá à frente, esta extensão da falência, guiada por um critério puramente formal, não é o único, nem mesmo o melhor meio de garantir a concursualidade na liquidação de patrimónios titulados por não-comerciantes.

(346) Julgamos ser esta ideia que PINTO FURTADO (*RB*, 13 [1990], p. 23) tem em vista ao afirmar que não basta «em nenhum caso a simples superioridade do passivo sobre o activo para se chegar à conclusão da *insolvência* do devedor».

(347) Assim, AULETTA/SALANITRO, *cit.*, p. 3 s.

cessão atende mais às expectativas relativas ao êxito da operação, geradas pela viabilidade da concreta actividade exercida, do que ao volume patrimonial do devedor, enquanto meio de garantia das obrigações (348). Diversamente, o crédito civil não se destina à esfera da produção e da colocação dos bens no mercado, mas sim à potenciação das possibilidades de consumo (349). Por isso mesmo, os critérios da sua concessão prendem-se exclusivamente com as expectativas geradas pelo estado patrimonial do devedor. Desta forma, não tem qualquer sentido contemplar a possibilidade de recurso ao crédito por parte do devedor não titular de empresa como requisito negativo da declaração de insolvência, já que o cidadão comum que obtém crédito é justamente aquele cujo activo patrimonial supera o passivo, permitindo assim fundadas expectativas de boa cobrança. Aliás, foi justamente nesta diferente natureza do crédito que sempre se escorou a distinção entre falência e insolvência.

Em segundo lugar, o devedor civil não titular de empresa encontra-se actualmente mais desprotegido em face dos seus credores do que no direito anterior: a prova de que possui um activo suficiente para satisfazer o passivo não exclui a declaração de insolvência. Basta que se encontre impossibilitado de cumprir pontualmente as suas obrigações para que os credores possam requerer a instauração do procedimento concursual. Poderá ser, *v. g.*, o caso do devedor cuja prolongada falta de liquidez devida a doença conduz ao não pagamento de uma ou mais prestações relativas à aquisição de um electrodoméstico: à luz do direito anterior, o credor deveria executar os bens do devedor para se ressarcir do seu crédito — actualmente, esse credor pode requerer a declaração de insolvência do devedor, seguida da respectiva execução universal com o inerente concurso dos restantes credores (350).

(348) Assim, PEDRO MACEDO, *Manual*, I, p. 56.

(349) Assim, PEDRO MACEDO, *últ. loc. cit.*

(350) Tanto o Sr. Dr. António de Campos como o Sr. Prof. Doutor Antunes Varela se mostraram preocupados com as consequências da unificação durante os trabalhos de revisão. O primeiro manifestou a sua preferência pela inclusão de uma disposição autónoma, que estabelecesse, para o caso do devedor individual, «o índice da falência em termos de insuficiência do activo para satisfazer o passivo»; o segundo referiu que se está «apenas a lidar com índices, os quais têm naturalmente de ser analisados com sentido concretizador. Se assim não fosse, muita gente poderia considerar-se insolvente e passível de ser declarada falida em situações em que isso não se justifica (*v. g.*, aquisição de uma habitação com empréstimo bancário» (*Actas CFal* [53.ª, 2]). Mas estes cuidados não parecem ter merecido consideração legal.

3.5. Este estado de coisas agrava-se, do ponto de vista do devedor não titular de empresa, com a nova regulamentação da falência como fase de liquidação. Vejamos.

Os comerciantes (*sc.*, os titulares de uma empresa comercial) encontram-se praticamente na mesma situação que detinham no direito anterior. O estado de impotência económica que, no direito anterior, consubstanciava a falência — cuja declaração podia evitar-se através do recurso aos «meios de recuperação da empresa» e aos «meios preventivos da declaração de falência» —, passa, no direito actual, a fundamentar a insolvência — podendo evitar-se a declaração de falência através do «processo de recuperação da empresa». O que significa que a *liquidação do património* continua a ser condicionada — e, agora, de forma reforçada: cfr. art. 1.º, n.º 2, do CFal — pela avaliação da viabilidade económica da empresa e, portanto, encarada como uma *ultima ratio* relativamente aos processos de recuperação.

Diversamente, o cidadão comum encontra-se sujeito ao regime do devedor não titular de empresa (art. 27.º do CFal). Nesses termos, não pode beneficiar do processo de recuperação previsto no CFal (salva a possibilidade de concordata particular: arts. 240.º e segs. do CFal), pelo que não será arriscado aventar que a declaração de *insolvência* arrastará, na esmagadora maioria dos casos, a declaração de *falência* e a consequente liquidação do património — *sobretudo* quando o activo for suficiente para cobrir o passivo: não se vislumbra aí qualquer interesse dos credores em aceitar uma concordata particular.

3.6. Resumindo: o processo concursual vigente é construído tendo em vista os empresários, pelo que o não-empresário surge forçosamente como um «corpo estranho», um apêndice que, *more geometrico*, se pretendeu disciplinar (351).

(351) Parece-nos suficientemente elucidativo, a este respeito, o ponto 2. da «Exposição de Motivos» da Proposta de Lei do CFal: «a empresa depara-se-nos, no novo diploma, como o objecto central dos dois processos [*sc.*, o processo de recuperação de empresas e de protecção dos credores do DL n.º 177/86 *cit.* e o processo de falência do CPCiv], embora não deixe de prever-se a situação do devedor não titular de empresa que mediante uma 'concordata particular' pode evitar a declaração de falência. Na esteira do referido DL n.º 177/86, reconhece-se a importância da empresa como organização económica e social determinante no pulsar das sociedades. Nela imperam interesses do titular da empresa, dos trabalhadores, dos credores, dos fornecedores, dos consumidores, do Estado, da sociedade, que o legislador não pode deixar de acautelar».

Além disso, nas Actas da Comissão Revisora do CFal alude-se invariavelmente, a propósito de eventuais necessidades de distinção de regimes, ao comerciante em nome individual e às sociedades.

A aplicação das normas do CFal à insolvência do cidadão comum mostra-se inadequada por duas razões.

De uma parte, implica, para o Estado, a mobilização de um processo judicial complexo, moroso e desproporcionadamente oneroso, que não é exigido pelo interesse público (352): está-se, verdadeiramente, a «utilizar um martelo-pilão para matar uma mosca» (353).

De outra parte, e decisivamente, não leva em atenção a fragilidade da situação económica da maior parte das famílias portuguesas — esmagadoramente «não titulares de empresa» —, quantas vezes ludibriadas pelas facilidades de abertura de «linhas de crédito» com que lhes acenam, de forma pouco séria — mas excessivamente tentadora —, as instituições bancárias (354), e pela

(352) Lembremos só as lúcidas palavras — a nosso ver, plenamente actuais — de HOUIN (*RTDC*, 8 [1955], p. 491), ao apresentar a reforma do direito falencial francês de 1955 (D. n.º 55-583, de 20-05-1955): «desde o princípio dos seus trabalhos que a Comissão de Reforma do Código Comercial havia considerado não se dever estender a falência aos não-comerciantes, aderindo assim ao parecer anteriormente emitido pela *Société d'Etudes Législatives*. Com efeito, a quebra dos comerciantes arrasta perigos para o crédito que a dos não-comerciantes não arrasta; geralmente, estes têm apenas um pequeno número de credores quirografários, para os quais o processo relativamente pesado da falência ou da recuperação judicial não se justifica». O mesmo A. informa, em outro local (*Idées*, p. 127), que, por ocasião da reforma de 1967 (L. n.º 67-563 *cit.*), «ninguém pediu, de forma séria, a extensão destes processos às pessoas físicas não comerciantes».

(353) A expressão é de ROGER HOUIN, quando teve ocasião de criticar a extensão da falência aos não comerciantes na discussão geral das 4.as Jornadas de Estudos Jurídicos Jean Dabin (17 de Maio de 1968): cfr. *Idées*, p. 358.

(354) O aumento dos casos de «sobreendividamento de particulares» por dívidas não profissionais, ligado à crescente agressividade da publicidade utilizada pelas instituições bancárias, levou o legislador francês a aprovar a L. n.º 89-1010, de 31 de Dezembro de 1989 *(«Lei Neiertz»)* (uma apreciação global deste diploma pode ver-se em MERLE, *RTDCDEc*, 43 [1990], p. 467 ss.). Para além de possibilitar ao cidadão comum sobreendividado a solicitação de providências tendentes a escalonar o pagamento das suas dívidas — seja através de um *acordo amigável* com os credores (Título I, Capítulo I), seja através de uma *recuperação civil* (Título I, Capítulo II) —, a *Lei Neiertz* leva a cabo, no seu Título II *(«Da prevenção das situações de sobreendividamento dos particulares»)*, uma verdadeira «polícia do crédito» (MERLE, *ibid.*, p. 468 e 472). Esta protecção do consumidor de crédito bancário efectiva-se em duas vertentes: por um lado, a lei contém numerosas dis-

falaciosa «suavidade» das vendas a prestações, que se generalizaram aos bens de (quase) primeira necessidade (355).

É possível que tal inadequação se tenha devido a uma precipitação do legislador. Todavia, é notável a coincidência do regime instituído com os interesses dos comerciantes hodiernos. Com efeito, o processo de concentração vertical da economia, aproximando o produtor do consumidor, provocou o encurtamento da antiga «cadeia comercial» (produtor, distribuidor, grossista, retalhista, etc.), que presentemente é composta, muitas vezes, por um único elo. Este fenómeno tem por consequência óbvia o aumento exponencial da dependência do comerciante relativamente aos pagamentos civis: o círculo dos seus devedores passa a ser essencialmente, ou mesmo exclusivamente, formado por não comerciantes (356). É, pois, altamente conveniente para os comerciantes poderem agredir com maior facilidade (sem necessidade de recorrer aos morosos processos executivos e providos das vantagens proporcionadas pela declaração de falência (357)) os patrimónios dos civis cuja falta de liquidez, independentemente da suficiência do activo, constitui em insolvência.

posições imperativas relativas à formação e execução dos contratos de mútuo bancário (cfr., *v. g.*, os arts. 19.º e 20.º), cuja violação confere ao juiz o poder de modificar substancialmente as obrigações do devedor (cfr., *v. g.*, o art. 22.º, alíneas 5.ª e 6.ª); por outro lado, submete a publicidade atinente à oferta de crédito a regras rigorosas (cfr., *v. g.*, os arts. 21.º e 22.º, alíneas 1.ª e segs.).

(355) O «infeliz que comprou um frigorífico e não pagou», nas palavras do Sr. Linon, ao intervir na discussão geral das 4.as Jornadas de Estudos Jurídicos Jean Dabin (17 de Maio de 1968): cfr. *Idées*, p. 356.

(356) Fenómeno que, em estados anteriores da organização económica, atingia apenas os pequenos comerciantes retalhistas, cujos interesses raramente atraem a atenção do legislador.

(357) A garantia patrimonial dos credores do falido e as inerentes expectativas de satisfação dos créditos são substancialmente maiores do que as que propicia o processo comum de execução. Além das vantagens avulsas, como o carácter urgente do processo (art. 10.º do CFal), refiram-se, a título de exemplo, os efeitos da declaração de falência em relação ao falido e aos seus negócios jurídicos que não encontram paralelo no processo executivo: privação do poder de administração e disposição de bens futuros (art. 147.º, n.º 1, do CFal), vencimento imediato de todas as dívidas (art. 151.º do CFal), extinção dos privilégios creditórios do Estado, das autarquias locais e das instituições de segurança social (art. 152.º do CFal), inoponibilidade à massa falida de actos posteriores à declaração de falência (art. 155.º do CFal), resolução em benefício da massa de actos anteriores à abertura do processo (art. 156.º do CFal), etc.; cfr., a propósito, FERRARA, *cit.*, p. 41.

4. O âmbito de aplicação do novo processo concursual (cont.): a figura do «*empresário não-comerciante*»

4.1. Falta referir uma figura que a contraposição com o direito anterior leva a qualificar como um *tertium genus*, ao lado do cidadão comum (não titular de empresa) e do comerciante: o titular de empresa não-comerciante.

À luz dos preceitos do Código Comercial, todo aquele que exerce profissionalmente uma empresa comercial é considerado comerciante e todo o comerciante exerce, por definição, uma empresa comercial (358). Logo, todo o titular de empresa comercial — mas apenas esse — se encontrava sujeito ao processo de falência. Ao titular de empresa civil aplicava-se o processo de insolvência, mesmo que se tratasse de uma sociedade sob forma comercial com objecto civil. O CFal abandonou a distinção, equiparando todos os titulares (pessoas humanas e jurídicas) de empresa (comercial ou não-comercial) para os pertinentes efeitos, nomeadamente no que diz respeito ao reconhecimento judicial da situação de insolvência, à aplicabilidade das providências de recuperação e à declaração de falência. Deste modo, apesar de a actividade comercial continuar a ser disciplinada por um ramo de direito privado autónomo do direito civil, tal diferenciação deixou de se reflectir no direito concursual.

Não trataremos do clássico problema da autonomia entre empresa comercial e empresa *in genere*, entre empresário comercial e empresário *tout court*, entre direito comercial e direito das empresas. Uma exposição minimamente rigorosa da questão tornar-se-ia desproporcionada no horizonte do tema do presente estudo. Perguntamo-nos somente pela razão de ser de um processo concursual comum a todos os *titulares de empresa* no contexto de um ordenamento substantivo que autonomiza o comerciante e a empresa comercial relativamente ao civil e à empresa não comercial.

O CFal, diversamente do Código Civil italiano (359), não nos dá uma definição de empresário (*sc.*, de titular de empresa), preferindo contradistingui-lo do não-empresário através de uma definição de empresa. Por outras pala-

(358) Assim, FERRER CORREIA, *Lições*, p. 127. Em sentido não totalmente coincidente, VASCO XAVIER (*Polis*, 1, p. 988 s.), que admite a atribuição da qualidade de comerciante desligada do exercício de uma empresa, embora reconheça que se trata de «hipóteses marginais», que não prejudicam a exactidão tendencial da asserção do texto.

(359) Cfr. o art. 2082.º do *Codice Civile:* «é empresário aquele que exerce profissionalmente uma actividade económica organizada destinada à produção ou à troca de bens ou serviços».

vras: empresário, para os efeitos do CFal, será o titular de «toda a organização dos factores de produção destinada ao exercício de qualquer actividade agrícola, comercial ou industrial ou de prestação de serviços» (art. 2.º). É sabido que a extensão da matéria definida cresce na razão inversa da extensão (e da consequente concreção) da definição, pelo que dificilmente se poderia consagrar uma noção mais ampla de empresa que ainda detivesse uma qualquer função normativa útil. As notas «distintivas» que individualizam a empresa para os efeitos do dito diploma são, portanto: *a)* a organização de factores de produção; *b)* destinada ao exercício de qualquer actividade agrícola, comercial ou industrial ou de prestação de serviços.

4.2. Esta noção amplíssima de empresa insere-se no conhecido movimento de expansão do direito comercial para áreas tradicionalmente regidas pelo direito civil (360). Não que a adopção de uma noção (jurídica) lata de empresa importe necessariamente essa expansão (361), mas porque a evolução de certas actividades para as «zonas preferenciais da economia» se produz através dos meios característicos da empresa mercantil (combinação de factores produtivos destinada à produção, transformação ou troca de bens económicos, com carácter de sistematicidade e visando a criação de um excedente), reclamando por isso uma sujeição ao mesmo regime desta última (362-363).

(360) *Vd.*, por todos, ORLANDO DE CARVALHO, *Critério*, p. 104 (n. 53).

(361) Veja-se o exemplo do CCiv italiano, o qual, apesar de adoptar uma noção ampla de empresa — mas todavia mais restrita da que acolhe o CFal — reserva a «parte substantiva do regime das empresas» — nomeadamente a falência (art. 2221.º do CCiv e art. 1.º do RD de 1942) — para as «empresas mercantis (parecendo a função das outras 'empresas' ser apenas negativa, apenas delimitadora das empresas de comércio [...], ou seja, a verdadeira 'especialização' continua a caber aos comerciantes, que só aparentemente deixam de ser 'privilegiados'» (ORLANDO DE CARVALHO, *Critério*, p. 52 s. (n. 35); cfr. também, do mesmo A., *DCom*, p. 18). Daí que este conceito lato de empresa, contribuindo para «uma atmosfera de nivelação fictícia» (ID., *Critério*, p. 174), tenha continuado a constituir um «divórcio do real» (ID., *ibid.*, p. 176).

(362) Fenómeno que levou parte substancial da doutrina — sobretudo italiana — a negar autonomia normativa ao direito comercial, em benefício de um direito das empresas: cfr., FERRER CORREIA, *Lições*, p. 27 s., e, com abundante indicação bibliográfica, ORLANDO DE CARVALHO, *Critério*, p. 96 ss. (n. 52), 122 ss. (n. 64), *Nótulas*, p. 2, e *DCom*, p. 13 s.

(363) Não é outro o sentido da evolução do problema da determinação do objecto do direito comercial. Assim, escreve FERRER CORREIA (*Lições*, p. 8): «o direito comercial de hoje em dia não é o direito do comércio, ou, como no passado, o direito profissional dos mercadores *(jus mercatorum)* — mas sim aquele ramo do direito privado que, historicamente constituído e autonomizado para reger as relações dos comerciantes relativas ao seu comércio, e visando ainda hoje principalmente a satisfação das necessidades peculiares a este sector da vida económica, se aplica também a outras formas da actividade humana, que — aliás por força de razões heterogéneas — se entende haver conveniência em sujeitar à mesma disciplina jurídica». VASCO XAVIER (*DCom*, p. 56 ss., esp. p. 59 ss.), rompendo com a doutrina tradicional, advoga mesmo o recurso à analogia *(legis)* para qualificar um acto como comercial, e fá-lo especificamente no campo de aplicação do art. 230.º do CCom, atribuindo a qualificação de comercial a empresas *análogas* às descritas nesse preceito. Implicitamente no mesmo sentido, citando justamente um caso em que uma empresa de obras públicas «foi considerada civil, por o tribunal ter entendido não caber na definição do art. 230.º, n.º 6, do Código Comercial, e, como tal, não sujeita à falência», ANTÓNIO CAEIRO, *cit.*, p. 630 s.

Quer dizer: trata-se, no plano jurídico, de uma expansão «por reacção», provocada (e, por isso, justificável) pela evolução *real* daquelas actividades económicas, pelo que a submissão ao direito comercial das novas empresas (criadas à imagem da empresa mercantil (364)) resulta de uma verdadeira «assunção» do não-comércio pelo comércio (365).

Ora, com o CFal, ultrapassaram-se em muito as exigências postas pela «comercialização» de actividades tradicionalmente civis.

a) Desde logo, porque se subordinaram aos pressupostos históricos da falência (*sc.*, da actual insolvência) classes de pessoas cujas actividades «resistem» (apesar daquele fenómeno de atracção e, certamente, por alguma razão) à comercialização no plano substantivo (agricultores, artesãos, profissionais liberais, etc.). Produziu-se assim não uma «comercialização», mas tão-só uma «falencialização» das actividades civis, partindo-se do princípio (indemonstrado) de que se justificava uma identidade de tratamento nesta sede, apesar da diversidade dos sistemas normativos que regem o comércio e a actividade civil.

Não se desconhece que o direito francês vem admitindo progressivamente uma extensão da falência (*rectius:* do processo de recuperação e de liquidação judiciária) a certos tipos de pessoas não comerciantes: as pessoas jurídicas não comerciantes (366), os artesãos (367) e, recentemente, os agricultores (368).

(364) Segundo ORLANDO DE CARVALHO (*Critério*, p. 101 (n. 52)), «o conceito genérico de empresa, na medida em que tem alguma pretensão normativa, é [diríamos nós: deve ser] uma irradiação do de empresa de comércio» (interpolação nossa).

(365) ORLANDO DE CARVALHO, *ibid.*, p. 102 (n. 52).

(366) Desde 1967, com a L. n.º 67-563 *cit.* (art. 1.º).

(367) Desde 1985, com a L. n.º 85-98 *cit.* (art. 2.º).

(368) Desde 1989, com a L. n.º 88-1202, de 30 de Dezembro de 1988 (art. 29.º, I, IX e segs.).

Esta solução tem contado com o aplauso generalizado da doutrina. Assim, para Solal (369), a extensão das regras da falência às pessoas jurídicas não-comerciantes é um sintoma da «inactualidade da noção de comercialidade, absorvida pela noção económica», provocada pelo «conteúdo económico» comum a todas as actividades prosseguidas (370). Coincidentemente, Delmas (371) considera que tal solução se compreende porque «o espírito de especulação, próprio do comércio, invade cada vez mais sectores económicos tradicionalmente abrangidos pelo direito civil, como o sector da construção (sociedades civis imobiliárias), ou o domínio das cooperativas agrícolas, cujo volume de negócios é por vezes considerável», parecendo por isso «injusto deixar essas colectividades — juridicamente constituídas como pessoas jurídicas de direito civil — de fora das medidas tomadas para liquidar as empresas comerciais defeituosas». Segundo Merle (372), a extensão da falência aos artesãos tem a vantagem de permitir «resolver o irritante contencioso relativo à delimitação de fronteiras entre a qualidade de artesão e a de comerciante». De acordo com Cloquet (373), em uma perspectiva *de jure condendo*, a extensão justifica-se também devido à «dificuldade, em que o juiz se encontra, de distinguir, de entre os artesãos, aquele que é comerciante daquele que não o é».

Até aqui, é lícito concluir que a extensão da falência aos não comerciantes, em um país que tradicionalmente requeria a profissão comercial para a submissão àquele processo, se deve essencialmente, não a uma nova exigência autónoma dos interesses servidos pelos processos concursuais, mas sim a uma evolução de actividades tradicionalmente civis que se tornaram, *de facto*, substancialmente comerciais e cuja comercialização *de direito* se mostra (por várias razões) problemática.

Relativamente aos agricultores, a questão é mais complexa (374). Apesar da consagração da aplicação dos fundamentos tradicionais da falência a *todos* os agricultores, indicações há que sugerem alguma reflexão.

Com efeito, o projecto da lei francesa de 1988 impunha um volume de negócios anual mínimo (300 000 francos) para a aplicação do processo de

(369) SOLAL, *cit.*, p. 734.
(370) *Ibid.*, p. 732.
(371) DELMAS, *cit.*, p. 642.
(372) MERLE, *RTDC*, 41 (1988), p. 686
(373) CLOQUET, *cit.*, p. 50.
(374) A inconveniência de sujeitar os agricultores ao processo de falência era justamente uma das principais razões que desaconselhavam a atribuição aos mesmos da qualidade de comerciante: cfr. *infra* [n. 380].

recuperação e liquidação ao agricultor — o que representaria afastar do âmbito da nova lei cerca de metade dos agricultores (375). No que agora nos importa, parece inegável que a exigência daquele limiar mínimo (cerca de 7500 contos) mostrava a intenção de limitar — embora apenas em abstracto, por intermédio de uma presunção — a aplicação do processo concursual a *explorações agrícolas cujo volume de negócios supõe o seu enquadramento em uma organização empresarial.*

Apesar de denotar preocupações dignas de relevo, esta restrição não foi acolhida pelo texto definitivo. Se tomarmos como boas as razões que a ditavam, concluiremos que a inadequação da solução final adoptada pela lei francesa à realidade económica da agricultura daquele país assume proporções bastante mais graves no contexto da agricultura portuguesa. Efectivamente, temos por certo que, se a exigência daquele volume de negócios mínimo levava a excluir do processo de falência metade dos agricultores franceses, a sua tradução, mesmo que ponderada, para o contexto português, onde (ainda) impera a agricultura de subsistência, implicaria seguramente a exclusão de uma percentagem muito maior de agricultores.

De toda a forma, é interessante notar que Merle (376), depois de realçar as vantagens propiciadas pela nova lei, se refere à aplicação do critério da impossibilidade de pagar aos agricultores nos seguintes termos: «a prática dirá se este critério é ou não demasiado rígido e, sobretudo, se a noção de activo disponível (377) pode ganhar uma coloração específica quando aplicada à agricultura [...]. A disponibilidade [do activo] deveria analisar-se levando em conta as possibilidades que se abrem, a prazo, ao agricultor, e os magistrados deverão distinguir, por exemplo, se os frutos da próxima colheita permitirão apagar as dívidas da exploração, o que evitará a abertura do processo de recuperação». Sugestão que, pese embora o bom-senso que revela, é, ao que julgamos, totalmente incongruente com os interesses que justificaram historicamente — e que, quanto a nós, continuam a justificar — a especialidade do processo de falência, nomeadamente a celeridade no ressarcimento dos créditos (378); sugestão que constitui, porventura de forma involuntária, a prova acabada de

(375) Cfr. MERLE, *RTDCDEc*, 42 (1989), p. 125 s.
(376) MERLE, *últ. op. cit.*, p. 126.
(377) Recorde-se que a declaração de insolvência assenta, no direito francês, na «insuficiência do activo disponível para fazer face ao passivo exigível», que equivale à noção de insolvência acolhida pelo art. 3.º do CFal.
(378) Cfr. *supra*, Cap. II, 4.5.

que a actividade agrícola não enquadrada por uma organização empresarial não se coaduna com os pressupostos da falência.

b) Mas as exigências de comercialização de actividades civis são ainda largamente ultrapassadas por aquilo que se afirmou e se omitiu ao consagrar-se a referida noção de empresa. Vejamos.

Relativamente ao que se afirmou, a simples leitura do art. 2.º do CFal incute a ideia de que a sua segunda parte é perfeitamente redundante. Com efeito, não se concebe uma «organização de factores produtivos» que não seja «destinada ao exercício de qualquer actividade agrícola, comercial ou industrial ou de prestação de serviços». Todavia, essa foi a forma escolhida pelo legislador para mostrar que aquela definição se aplica às «empresas» tradicionalmente excluídas do processo de falência, nomeadamente as explorações agrícolas e as profissões liberais, não dando assim azo a interpretações da expressão «organização de factores produtivos» que reconduzissem a aplicabilidade do novo processo concursual *apenas* à empresa mercantil — e, logo, apenas aos comerciantes.

No que diz respeito ao que se omitiu, ao não se exigir a profissionalidade do exercício da actividade, abrange-se também a chamada «empresa ocasional» — cujo exercício não confere a qualidade de comerciante. Por outro lado — e esta omissão é sem dúvida a mais melindrosa —, o CFal não exigiu a economicidade da actividade, *sc.*, a sua destinação ao mercado (379). Parece, portanto, que a actividade (nomeadamente agrícola (380)) dirigida ao consumo próprio, bem como a que prossegue um fim ideal, ou mesmo de benemerência (*v. g.*, uma organização de meios para angariar fundos destinados à dádiva), constituem empresas para os efeitos da nova lei (381-382). O que sig-

(379) Apesar de, evidentemente, ser a empresa mercantil aquela que se pressupõe paradigmaticamente, a Comissão Revisora (*Actas CFal* [68.ª, 8]) refere-se aos «casos em que o devedor não é empresa, não tendo uma organização de produção e *comercialização* de bens [...]» (itálicos nossos). Por outro lado, focando um aspecto que especialmente interessa ao nosso tema, o Sr. Dr. Robin de Andrade, ao apresentar o seu projecto parcelar de regulação penal da matéria falencial à Comissão Revisora (*Actas CFal* [71.ª, 2]), admitiu ter tido em mente sobretudo a «adequação do direito penal falimentar à inexistência de distinção entre falência e insolvência e ao facto do processo de falência ter como destinatários principais as *empresas pertencentes a sociedades* e não a pessoas singulares ou a comerciantes em nome individual» (itálicos nossos).

(380) Cfr. a notícia dada por ORLANDO DE CARVALHO (*Critério*, p. 101 (n. 52)) acerca da viva reacção que suscitou em Itália o Projecto de Código Comercial D'Amelio, por ampliar a comercialização das empresas agrícolas, reacção essa «determinada pelo receio da falência», o que obrigou o Projecto «a uma atitude mais cautelosa». Notar-se-á que, diversamente do direito português vigente, esta extensão da falência *derivava* da *comercialização substantiva* da actividade agrícola.

(381) Poder-se-ia advogar um entendimento hábil do art. 2.º do CFal, no sentido de que a empresa assim configurada pressupõe este requisito de economicidade, na esteira, aliás, do que alguma doutrina italiana propugna face à definição de empresário *in genere* constante do art. 2082.º do Código Civil italiano, que também não exige expressamente a economicidade da actividade desenvolvida (assim, AULETTA/SALANITRO, *cit.*, p. 16). Todavia, se essa interpretação está de acordo com o espírito da regulamentação dispensada pela lei italiana ao empresário — «a disciplina particular da empresa tem a sua principal razão de ser na regulamentação das relações com terceiros» *(últ. loc. cit.)* — ela mostra-se de bondade mais que duvidosa à luz da intenção global do CFal. Na verdade, a Comissão Revisora acabou por não adoptar a proposta do Sr. Dr. António Campos, no sentido de se incluir na noção de empresa a ideia de *fim lucrativo* (*Actas CFal* [20.ª, 10]). De toda a forma, o problema normativo não chega a ter relevo prático: cfr. *infra* no texto.

(382) No sentido de que o conceito de empresa do art. 2.º do CFal não abrange estas actividades, parecem pronunciar-se CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA (*cit.*, 2.º [2]): depois de afirmarem que, para efeitos daquela norma, «não é o tipo ou a natureza da actividade exercida que constitui o critério diferenciador, mas o modo de a prosseguir» e que «qualquer sector da economia é genericamente apto para ser desenvolvido sob forma empresarial, isto é, através da organização de factores de produção, para atender à expressão literal do preceito», os AA. (*ibid.* [3]) parecem querer excluir do conceito de empresa aqueles que se contrapõem «tradicionalmente à empresa, os artesãos e os profissionais livres», dada a «indissociabilidade entre o produto ou o serviço prestado e o próprio produtor ou prestador», excepto «quando o artesão e o profissional livre actuem mediante a organização de factores de produção»; para além disso (*ibid.* [4]), «não parece razoável tratar como empresa a generalidade dos vendedores de rua, para o efeito da sujeição a providências de recuperação».

A procedência destas considerações é, *de jure condendo*, inquestionável. Todavia, ...*legem habemus*, e não podemos ignorá-la. É que, como os AA. referem (*ibid.* [2]), «a lei não hesita em fazer uso de uma noção pragmática, válida apenas no âmbito do próprio Código, sem que necessariamente lhe deva ser imputada outra pretensão ou alcance jus-científico»; quer dizer: o ponto de partida para a definição de empresa para efeitos do presente diploma não pode ser a tradição, nem uma justa intuição pré-jurídica (económica) de empresa — tem de ser a lei. E, sendo assim, não é de crer que o legislador pudesse desconhecer essa tradição, ou esse consenso possível relativamente ao conceito pré-jurídico mínimo de empresa e às inerentes notas de sistematicidade, profissionalidade e economicidade, pelo que o desprezo que lhes votou não pode deixar de ser intencional. Nesta conformidade, sem lei expressa, não vemos maneira de excluir do âmbito do art. 2.º as actividades descritas no texto, desde que exercidas através de uma «organização de factores produtivos» — realidade que constitui, como os AA. começam por indicar, o verdadeiro «critério diferenciador».

Quanto ao sentido a dar à expressão «organização de factores produtivos», nada indica que se tenha querido excluir os casos de «reunião, no mesmo agente económico, dos fac-

nifica que na actual definição legal de empresa se contêm figuras consensualmente tidas pela doutrina e pela legislação (nacionais e estrangeiras) como não-empresas, sequer empresas *in genere* ou empresas em sentido económico (383).

4.3. Todas estas considerações assumiriam grande importância se a lei estatuísse, para além da questão da aplicabilidade dos processos de recuperação, um regime verdadeiramente diverso para os titulares de empresa. Efectivamente, é pensável um processo concursual privativo dos *empresários* (entendidos como os titulares de uma empresa, tal como a define o art. 2.º do CFal), submetido às regras da (antiga) falência (*sc.*, a incapacidade de pagar pontualmente, eventualmente exteriorizada pela cessação de pagamentos), coexistente com um processo concursual dirigido aos *não-empresários*, regido pelo princípio da (antiga) insolvência (*sc.*, a insuficiência do activo para cobrir o passivo). Se assim fosse, a interpretação e a crítica do conceito legal de empresa seriam plenamente pertinentes, pois delas dependeria a sujeição do seu titular à falência ou à insolvência *stricto sensu*, que continuariam a constituir institutos substancialmente diversos, dotados de pressupostos e escopos diferentes.

Parece, então, que a autonomização da figura do titular de empresa, que temos vindo a analisar, é totalmente inócua, já que tal titularidade não produz consequências de vulto para efeitos de regime — como vimos, o «ponto de partida» do CFal é o reconhecimento da situação de «insolvência» (art. 3.º do CFal), que abrange todas as espécies de devedores.

Porém, a interpretação do conceito legal de empresa ganha relevância para a determinação da aplicabilidade das providências de recuperação, as

tores de produção»: é necessária apenas — mas então bastante — uma pluralidade de meios de produção coordenados em vista de um fim; e esse é o caso, *v. g.*, do profissional livre que, para exercer a sua profissão, necessita de utilizar um automóvel, um computador e vários livros por si adquiridos. Já concordamos com CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA (*ibid.*, 2.º [5]) no que toca a exclusão dos trabalhadores por conta de outrem, mas só porque estes não detêm o *poder* de organizar os factores produtivos da actividade que exercem.

(383) Cfr. a resenha fornecida por COUTINHO DE ABREU, *cit.*, p. 319 ss. Em sentido crítico sobre a noção de empresa do art. 2.º do CFal, mas aparentemente pelas razões contrárias às do texto, escreve A. GRAÇA MOURA (*cit.*, p. 79): «de tal noção escapam, flagrantemente, realidades tradicionalmente abrangidas na realidade da empresa enquanto unidade jurídico-económica», sem todavia fornecer apontar exemplo.

quais, uma vez adoptadas, podem evitar a declaração de falência do titular de empresa não-comerciante — mas já não, por não lhe serem (evidentemente) aplicáveis, a do devedor não titular de empresa (art. 27.º, n.º 1). E aqui chegamos ao ponto que verdadeiramente interessa o nosso problema e que provocou o tratamento autónomo da figura do titular de empresa: qual o *valor real* da distinção entre titular de empresa e não-titular de empresa para efeitos do CFal? Mais precisamente: em que medida é que a titularidade de uma empresa é o verdadeiro critério distintivo para efeitos da aplicação de uma providência de recuperação?

4.4. A abertura dos processos de recuperação a todas as «organizações de factores produtivos» afigura-se, senão uma mistificação serôdia (semelhante àquela que propulsionou a noção de empresa como *corpus mysticum*, como «organismo vital», ou «organização espiritual», na Itália dos anos 30 (384)), seguramente uma desmesurada ingenuidade legislativa. Há que ver: a aplicabilidade de qualquer providência de recuperação assenta na viabilidade *económica* da empresa. A consequência jurídica torna-se, portanto, função de uma avaliação puramente económica.

É evidente que, estando a sujeição da empresa aos processos de recuperação dependente da vontade de uma maioria qualificadíssima dos credores do seu titular (385), a providência só será adoptada se a empresa for consensualmente tida como viável. E não é menos evidente que a empresa economicamente viável só poderá ser aquela que prossegue um objecto económico (posto que não necessariamente lucrativo (386)), pois só ela permite assegurar «as condições da sua própria reprodução (através de um excedente das receitas sobre os custos)» (387). O que afastará, *na prática*, a aplicação de tais providências às «empresas» cuja actividade se destine à dádiva ou à benemerência e às «empresas» agrícolas não enquadradas por uma organização industrial-mercantil. No que diz respeito às primeiras, por razões óbvias; no que diz respeito às segundas, porque a afirmação da sua «viabilidade económica», mais do que um risco excessivo, parece constituir um exercício de pura adivinhação.

De outra parte, ressalvado o caso da concordata (arts. 66.º e segs. do CFal) — que dificilmente pode ser concebida como um verdadeiro meio de recupe-

(384) Cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *Critério*, p. 50 ss., e *DCom*, p. 17 s.
(385) Cfr. *supra*, 1.3.
(386) Cfr. COUTINHO DE ABREU, *cit.*, p. 390 (n. 278) e 416.
(387) ORLANDO DE CARVALHO, *Nótulas*, p. 12.

ração de empresas (388) —, as restantes providências de recuperação só são pensáveis em relação a empresas em sentido estrito (diríamos: a verdadeiras empresas), como estruturas organizadas com «identidade, suficiência e eficiência» próprias (389), distintas (e, portanto, cindíveis) do seu titular, que possam sobreviver *sem* e *para além* dele através de uma gestão eficaz. O que afastará, *na prática*, a aplicação de tais providências às «empresas» destinadas ao consumo próprio e às «empresas» cuja actividade depende absolutamente do (e se reduz ao) exercício da profissão (liberal ou outra) do seu «titular» (390).

(388) Com efeito, trata-se tão-só de proporcionar um certo «alívio financeiro» ao devedor, através da redução ou modificação dos créditos ou de uma simples moratória (art. 66.º), acompanhado de um eventual controle dos credores sobre a gestão da empresa (art. 68.º). Tudo indica que esta será a providência a adoptar pelos credores quando acreditem na possibilidade de o devedor conseguir o seu reequilíbrio financeiro através da regular continuação, *por si mesmo*, da actividade exercida. No fundo, esta concordata reproduz a figura homónima do direito anterior, aplicável a comerciantes e a não-comerciantes (arts. 1152.º e segs. e 1323.º do CPCiv e art. 20.º do DL n.º 177/86 *cit.*). Aliás, não é por acaso que o art. 245.º do CFal (concordata particular) manda aplicar o regime da concordata prevista para os titulares de empresa aos devedores não titulares de empresa.

Em sentido próximo se pronunciou o Sr. Prof. Doutor Antunes Varela, no âmbito da Comissão Revisora (*Actas CFal* [18.ª, 7 s.]), num momento em que se discutia a necessidade de coordenação dos (antigos) meios preventivos da falência (do CPCiv) com os meios de recuperação de empresa (do DL n.º 177/86), ao considerar que a configuração da concordata pode ser direccionada «quer para o processo de falência, quer para o processo de recuperação de empresa», diversamente da gestão controlada e, possivelmente, do acordo de credores. No mesmo sentido, o Sr. Dr. Sousa de Macedo, (*ibid.* [33.ª, 7]), bem como o Sr. Dr. Miguel Cancella de Abreu (*ibid.* [39.ª, 8]); cfr. todavia *ibid.* (31.ª, 6 s.).

(389) ORLANDO DE CARVALHO, *Nótulas*, p. 12.

(390) O que acontecerá sempre que o agente económico possa, com razão, parafrasear Flaubert e dizer: *l'entreprise, c'est moi.*

É claro que pode haver empresas em sentido próprio que exerçam actividades enquadráveis no âmbito das profissões liberais, e até em relação às quais a adopção de providências de recuperação seja pensável: basta, para tanto, que a sua posição no mercado não se reduza ao valor específico da pessoal aptidão do seu titular. Mas ainda aí a sua caracterização como empresa (eventualmente, até, como empresa comercial) se deve à evolução da organização dessas actividades, que adquirem, por mimetismo, as notas distintivas da empresa mercantil: cfr. *supra*, 4.2. Neste sentido, a propósito das empresas agrícolas, DI LAURO, *cit.*, p. 32 ss., e, a propósito das empresas artesanais, a jurisprudência maioritária em Itália (cfr. ALBERTI, *cit.*, p. 5 [col. 2.ª]).

Assim, por isso que o direito «não tem força para transformar em valor do comércio o que não é um valor do comércio» (391), e porque «a economia tem imperativos e servidões que o direito não pode nem deve desconhecer» (392), a prática futura encarregar-se-á de mostrar que a aplicação das providências de recuperação de empresas terá sempre por objecto empresas comerciais (ou similares (393)) — em consonância, aliás, com a intenção mais funda que presidiu à sua regulamentação. A declaração de falência apresentar-se-á seguramente como o fim normal do processo concursual movido a um titular de empresa não comercial — ainda que, mais uma vez, o seu activo seja suficiente para cobrir o passivo.

Deste modo, se o nome *insolvência* ilude a *extensão dos pressupostos históricos da falência aos não comerciantes* (394), a *abertura nominal* dos processos de recuperação a todos os titulares de uma empresa definida em termos amplíssimos — que lembra irresistivelmente o *«zeitloser Unternehmensbegriff»* de Schumpeter (395), tão intemporal quanto alheio à realidade histórica — ilude a *inaplicabilidade fáctica* daquelas providências aos não-comerciantes.

Tudo o que nos leva a concluir que a distinção entre comerciantes e não-comerciantes (titulares ou não-titulares de empresa) continua a sustentar (ainda que só subterraneamente) o regime *real* do actual processo concursual.

Relativamente aos comerciantes impossibilitados de cumprir pontualmente as suas obrigações (antigo estado de falência e actual estado de insolvência), reforça-se a (louvável) ideia de que a liquidação do seu património (actual declaração de falência) e a inerente destruição da empresa constituem uma *ultima ratio*, apenas aplicável em caso de inviabilidade económica da actividade ou de impossibilidade de recuperação financeira do património responsável.

Relativamente aos não-comerciantes, o reconhecimento judicial da sua situação de insolvência (que passa a medir-se pelo padrão aplicável aos comerciantes

(391) ORLANDO DE CARVALHO, *Critério*, p. 735 (n. 56).

(392) HOUIN, *apud* HAEHL, *cit.*, p. 701.

(393) Que serão, precisamente, aquelas que não repugnaria qualificar como comerciais, ainda que através de uma analogia com o art. 230.º do CCom (cfr. *supra* [n. 363]). É o mesmo fenómeno de *similaridade*, na exacta perspectiva do texto, que leva A. GRAÇA MOURA *(cit.*, p. 73) a escrever: «a verdade é que a empresa [...] encontra associado ao seu contínuo desenvolvimento o de todo um tecido de vital importância em termos económicos, *designadamente em termos de produção e favorecimento da circulação de bens. E este estatuto colhe não apenas quanto às empresas comerciais, mas igualmente quanto às que como tal possam qualificar-se*» (itálicos nossos).

(394) Cfr. *supra*, 2.8.

(395) *Apud* ORLANDO DE CARVALHO, *Critério*, p. 814 s. (n. 204).

— e aqui encontramos, sublinhe-se, *a única alteração relevante instituída pelo CFal)* implicará, as mais das vezes, a liquidação patrimonial — salva a possibilidade de concordata, única providência aplicável *de direito* aos não-titulares de empresa e única providência aplicável *de facto* aos titulares de empresa não-comercial.

5. Conclusões

Em resumo, e concluindo:

a) O CFal, ao menos no plano do «sistema externo», concebeu o novo processo concursual pelo prisma do interesse público no saneamento e preservação do tecido económico-empresarial português, corroborando a tendência que tem inspirado a legislação da generalidade dos países europeus nas últimas décadas.

b) Esta concepção publicizante do processo concursual reflecte-se a três níveis:

aa) Por um lado, o interesse público que preside ao novo processo concursual reflecte-se na sua aplicação universal, subordinando toda a actividade económica privada, independentemente da sua comercialidade.

bb) Por outro lado, o CFal adoptou como ponto de partida da aplicação das providências de recuperação e da declaração de falência uma noção de estado de insolvência exactamente igual à correcta definição do estado de falência no direito anterior: impossibilidade de cumprir pontualmente as obrigações. As aparentes modificações introduzidas destinam-se tão-só a esclarecer e a reforçar aquela definição. Nomeadamente, tornou-se agora inequívoco que a cessação de pagamentos constitui um simples pressuposto processual (ou, se se preferir, uma condição de admissibilidade do processo); esse papel é-lhe atribuído por revelar tipicamente, tal como os restantes factos-índice, uma situação de impossibilidade de cumprir pontualmente. Porém, o carácter normativo da sua definição não dispensa, uma vez verificada a cessação, a prova daquela real impossibilidade *(estado de insolvência)*. Reafirmada a rejeição da concepção sancionatória do processo falencial, a intervenção concursual (adopção de providências de recuperação ou declaração de falência) só se justifica em presença de uma impotência económica perigosa para o tráfico jurídico.

cc) Por fim, a função saneadora do processo e o interesse público que através dele se promove conferem à liquidação patrimonial em benefício dos credores um estatuto de *ultima ratio* relativamente às providências de recuperação,

que se reflecte no próprio nome do diploma e, não menos significativamente, na subordinação da dita liquidação à inviabilidade económica da empresa ou à impossibilidade da sua recuperação financeira. Assim, a protecção do interesse (privado) dos credores no maior e mais rápido ressarcimento possível dos créditos, com garantia da *par condicio creditorum* — que gerou, historicamente, a especialidade do processo de falência —, foi relegada para uma posição secundária, em benefício do interesse público na optimização e máxima racionalização do funcionamento da economia nacional.

c) Todavia, a regulamentação que se surpreende com a investigação do «sistema interno» colide, de algum modo, com as conclusões extraídas da pura consideração do «sistema externo», nomeadamente no que diz respeito à irrelevância da distinção entre comerciantes e não-comerciantes e à precedência de princípio dos processos de recuperação de empresa relativamente à liquidação do património do seu titular.

aa) Com efeito, os comerciantes encontram-se praticamente na mesma situação de que disfrutavam no direito anterior, tanto no que toca os pressupostos do processo concursual, como no que toca a aplicabilidade das providências de recuperação.

bb) Diversamente, a identidade da nova noção de insolvência e da antiga noção de falência, conjugada com o carácter universal do âmbito de aplicação do CFal, mostra que os pressupostos do processo concursual vigente não foram criados *ex novo*, tendo em vista a generalidade dos devedores, antes representam uma verdadeira extensão da falência (na sua conformação histórica) aos não-comerciantes. A liquidação concursual dos patrimónios civis passa, portanto, a depender, também ela, da impossibilidade de cumprir pontualmente, independentemente da suficiência do activo para prover ao passivo.

cc) Além disso, o carácter subsidiário da liquidação patrimonial (falência) não impede que ela venha a ser a conclusão normal e quase necessária dos processos concursuais movidos a devedores não-comerciantes (titulares e não-titulares de empresa).

(i) Assim, em relação aos devedores não-titulares de empresa, é a própria lei que (redundantemente) veda a possibilidade de aplicação de uma providência de recuperação de empresa. Prevê-se ainda que a concordata particular só venha a ter aplicação nos casos de manifesta insuficiência patrimonial do devedor, já que sempre que os credores possam satisfazer integralmente os seus créditos através da liquidação concursual, não terão interesse algum em aceitar a concordata.

(ii) No que diz respeito aos titulares de empresa não comercial, é dificilmente concebível a aplicação efectiva das providências de recuperação previstas a empresas desprovidas das características típicas da empresa comercial (identidade, suficiência e eficiência próprias). Se tivermos em conta, aliado a esta inelutável imposição da actividade económica, o «poder de vida ou de morte» dos credores sobre a empresa, fácil será concluir que o fim normal do processo concursual será quase sempre a declaração de falência daqueles devedores. Analogamente aos devedores não titulares de empresa, só lhes será provavelmente concedida uma concordata quando o seu activo seja inferior ao passivo.

e) Tudo o que mostra a persistência (embora subterrânea) de dois regimes diversos para comerciantes e não comerciantes: para os primeiros, a situação de impotência económica poderá ser seguida de uma providência de recuperação da sua empresa, enquanto que, para os segundos, a *mesma* situação de impotência económica desaguará, na esmagadora maioria dos casos, na liquidação patrimonial — sobretudo quando o património for suficiente para satisfazer os credores, isto é, precisamente nos casos em que não se admitia, no direito anterior, a instauração do processo concursual (de insolvência).

f) Estas considerações permitem concluir pela inadequação parcial do regime instituído pelo CFal, nomeadamente no que respeita a extensão dos pressupostos históricos da falência aos não-comerciantes, a qual, postulando irrealisticamente a possibilidade de estes recorrerem ao crédito próprio do comércio, desatende os dados da experiência e a diversidade dos regimes substantivos aplicáveis a comerciantes e a não-comerciantes. O actual regime falencial é determinado pelas necessidades postas pela actividade dos comerciantes, apresenta-se formalmente destinado aos empresários e acaba por aplicar-se a todos os devedores.

Tal extensão pode justificar-se em relação aos agentes económicos que devem ser considerados comerciantes à luz da lei comercial substantiva, por a sua actividade ser já substancialmente comercial — mas onera injustificadamente os verdadeiros devedores não-comerciantes e prejudica a racionalização e a economia da administração da justiça, ao permitir a intervenção do processo concursual em situações de insignificante perigo para a economia creditícia. Essa intervenção serve apenas os interesses dos que vendem crédito e dos que vendem a crédito, conferindo-lhes um reforçado poder de agressão relativamente aos patrimónios civis.

PARTE III

OS CRIMES FALENCIAIS NO DIREITO PORTUGUÊS VIGENTE

Na terceira parte deste estudo, procuraremos compreender o regime dos arts. 325.º *(Insolvência dolosa)*, 326.º *(Falência não intencional)* e 327.º *(Favorecimento de credores)* do CP. Depois de termos analisado a função e o regime do processo concursual vigente e exposto os interesses que com ele se visam proteger, põe-se finalmente o problema que motivou o presente estudo: qual a natureza dos crimes falenciais, nomeadamente do ponto de vista do bem jurídico protegido?

Comecemos por esquematizar a estrutura dos crimes previstos nos arts. 325.º, 326.º e 327.º do CP.

A) A ESTRUTURA DOS CRIMES FALENCIAIS

CAPÍTULO I

OS ELEMENTOS COMUNS

1. O *devedor insolvente*

1.1. Os crimes falenciais são, no direito vigente, *crimes específicos puros* (396), porque só podem ser praticados por um *devedor* (397-398). A mesma

---

(396) Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *DP 1975*, p. 140 s.

(397) Se toda a doutrina alemã concorda no carácter específico do crime, as opiniões divergem no que toca a possibilidade de comparticipação nos termos do § 28 StGB. No sentido de que a qualidade de devedor constitui um elemento pessoal que fundamenta a punibilidade para efeitos daquele dispositivo, cfr. TIEDEMANN, *LK*, vor § 283, nm. 56, DREHER/TRÖNDLE, § 283, nm. 38, e OTTO, *Grundkurs*[3], p. 279; contra, S./S./STREE, *cit.*, § 283, nm. 65, ARZT/WEBER, *LH 4*, nm. 348, LACKNER, *cit.*, § 283, nm. 7, e VORMBAUM, *GA* (1981), p. 133. No sentido de que a qualidade de comerciante exigida pelo direito português pregresso constituía uma condição de punibilidade, cfr. todavia CARLOS ALEGRE, *cit.*, p. 141 e 145.

Sublinhe-se que, diversamente da sua congénere portuguesa, a lei alemã não se refere expressamente ao devedor, preferindo utilizar o pronome «quem»; todavia, como explica TIEDEMANN *(últ. loc. cit.)*, o carácter específico de certos crimes «pode ser determinado por via interpretativa», tornando-se suficiente «a mera descrição de situações em que o agente seja portador de um dever específico ou se encontre em uma relação especialmente estreita com o bem jurídico protegido». Tal critério aplica-se ao devedor, porquanto «ele tem especiais possibilidades de influir sobre o património dos credores e sobre a economia creditícia, que lhe são conferidas através da concessão de crédito e cujo aproveitamento ilegítimo fundamenta um juízo de desvalor agravado».

(398) A regra segundo a qual os crimes falenciais constituem crimes específicos sofre uma excepção introduzida pela previsão do art. 325.º, n.º 3, provinda já do direito ante-

caracterização cabia aos crimes previstos pelo direito pretérito (arts. 324.º, 325.º, 326.º e 327.º), pois a qualidade de devedor era elemento típico comum a todos eles. Os crimes dos arts. 325.º *(Falência fraudulenta)* e 326.º *(Falência por negligência)* eram mesmo «duplamente» específicos, dado que se aplicavam somente ao devedor *comerciante*. Todavia, o processo concursual vigente é, como vimos, um processo unitário cujas formas não dependem da qualidade do sujeito.

1.2. A referência ao «devedor insolvente» (399) impõe a determinação prévia de *quem* pode ser destinatário de uma declaração judicial de insolvência.

rior, que é aplicável a qualquer terceiro e que corresponde ao § 283d do StGB (cfr. só TIEDEMANN, *últ. loc. cit.*).

O art. 325.º, n.º 4, do CP, contém ainda uma especificação suplementar: o destinatário desta norma é o devedor sujeito a concordata, a quem, seguindo o ensinamento de PINTO FURTADO (*RB*, 11 [1989], p. 89), chamaremos «devedor concordatário».

(399) Há que ver que, em rigor, em nenhum dos respectivos tipos se utiliza a expressão «devedor insolvente». Com efeito, o art. 325.º do CP refere que o «devedor que [...] destruir, danificar [etc.], é punido, *se ocorrer a situação de insolvência* [...]»; o art. 326.º do CP pune o «devedor que, por grave incúria [etc.] *criar um estado de insolvência* [...]»; por último, o art. 327.º do CP incrimina o «devedor que, conhecendo *a sua situação de insolvência* ou prevendo a sua iminência [...], pagar dívidas [etc.], é punido [...] se for declarada a falência [ou] *se for reconhecida judicialmente a insolvência*» (itálicos nossos).

Porém, é óbvio que todas estas referências a uma situação de insolvência têm de ser entendidas como reportando-se à pessoa do devedor; caso contrário, seríamos levados a admitir que comete o crime de insolvência não intencional do art. 326.º o devedor que, devido à sua incúria (*v. g.*, ao não cumprimento pontual das suas obrigações) constitui *outrem* em uma situação de insolvência — hipótese que se afigura absurda. Por isso, cremos poder utilizar com propriedade a expressão «devedor insolvente».

Neste sentido se pronuncia também TIEDEMANN (*LK*, vor § 283, nm. 56), ao erigir a necessidade de uma declaração de insolvência em segundo argumento a favor da qualificação dos crimes falenciais como crimes específicos: «agente só pode ser aquele que cessou os seus pagamentos, ou a quem respeita a abertura ou a rejeição da abertura do processo concursual». Note-se, contudo, que a lei alemã é bem mais clara do que a portuguesa neste ponto, ao dispor no § 283, alínea 6.ª, aplicável aos restantes crimes falenciais (§§ 283a, 283b e 283c do StGB) que «o facto só é punível quando o agente tenha cessado os *seus* pagamentos, ou se abra um processo concursual sobre o *seu* património, ou seja indeferido o requerimento de abertura por insuficiência da massa» (itálicos nossos). Por último, esta concepção é a única que permite compreender a excepção ao princípio introduzida pelo art. 325.º, n.º 3, do CP.

Outra excepção ao princípio de que o devedor e o destinatário da declaração de insolvência têm que ser, para este efeito, a mesma entidade, encontramo-la no caso do titular do EIRL, por força do regime da separação patrimonial, da limitação da responsabilidade que daí advém e da consequente limitação do âmbito da declaração de insolvência: cfr. *infra*, 4.

O regime instituído pelo CFal arranca de uma distinção básica entre *«empresa»* e *«devedor não titular de empresa»:* estas duas figuras parecem ser as espécies de «objectos» da declaração de insolvência (400-401).

Pondo de parte o sabor tecno-economicista — e certamente *fashionable* — da nova terminologia legal, melhor seria que o legislador tivesse sido mais comedido nas suas inovações, porque a palavra jurídica não pode ser *«um equívoco mágico / onde estremece o silêncio»*. É que a empresa, sobretudo se definida como *«organização dos factores de produção destinada ao exercício de qualquer actividade agrícola, comercial ou industrial ou de prestações de serviços»* (art. 2.º do CFal) (402),

(400) Cfr., para a primeira, o art. 1.º, n.º 1: «toda a empresa em situação de insolvência pode ser objecto [...]»; o art. 1.º, n.º 2: «só deve ser decretada a falência da empresa insolvente [...]»; e o art. 3.º: «é considerada em situação de insolvência a empresa que [...]» (todos do CFal). Para a segunda, cfr. o art. 27.º, n.º 1, do CFal: «o devedor insolvente que não seja titular de empresa [...]».

(401) A introdução da referência à empresa no processo concursual explica-se, como vimos, por uma série de factores. Mas a causa «externa» e mais imediatamente perceptível dessa inovação é a reunião no mesmo diploma de processos com objecto diferente: por um lado, os processos de recuperação dirigem-se à empresa, como fenómeno do mundo exterior, cujo titular foi declarado insolvente (a Comissão Revisora do CFal, depois de se questionar sobre o objecto das providências de recuperação, acabou por aceitar esta ideia: cfr. *Actas CFal* [20.ª, 4]); por outro lado, o processo de reconhecimento da insolvência e de declaração da falência dirige-se a pessoas (humanas ou jurídicas) e outras entidades dotadas de personalidade judiciária — *brevitatis causa*, a centros de imputação de responsabilidade jurídica. A especificidade dos destinatários de cada uma das espécies de processos nem sempre é respeitada pela terminologia legal, obrigando por isso aos esclarecimentos prestados no texto. Dessa diversidade parecem também não se dar conta CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA (*cit.*, 2.º [2]): depois de admitirem a insolvência da «empresa», os AA. afirmam que «para lá dos sujeitos já anteriormente abrangidos pelo processo de recuperação, podem agora também ser objecto dele, entre outros, o agrupamento complementar de empresas, o estabelecimento individual de responsabilidade limitada, as sociedades civis com personalidade jurídica e as associações económicas sem fins lucrativos», para se questionarem, mais adiante, sobre o problema de «saber se podem ser submetidas a processo de recuperação realidades económicas organizadas sob forma empresarial, mas não dotadas de personalidade jurídica».

(402) Cfr. *supra*, Parte II, Cap. III, 4.1. e segs. Sobre o valor de uma definição legal de empresa (comercial), cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *Critério*, p. 735 (n. 56).

As *Actas CFal* (20.ª, 3), esclarecem que se quis separar a ideia de *empresa* da de *estabelecimento*, este último concebido à semelhança da *azienda* prevista no Código

não é um centro de imputação jurídica (403) — é apenas uma organização funcional de bens e, enquanto tal, é ela própria um bem *in patrimonio.*

Por um lado, sendo «organização de factores produtivos», não pode a empresa encontrar-se em situação de insolvência, porque não assume obrigações, nem tem activo ou passivo próprios: carecendo de personalidade jurídica, não *tem* património — *pertence, como objecto,* ao património do seu titular (404).

Civil italiano («*l'azienda é il complesso dei beni organizati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa*»), enquanto que a primeira é encarada, em uma «acepção camoniana», como «obra ou actividade teleológica», e, em uma acepção mais restrita, como «organização de pessoas que prosseguem determinada actividade económica [...], fundada nos esforços conjugados de três parceiros: os capitalistas, os assalariados e os dirigentes». Porém, esta distinção não parece ter razão de ser: não se trata de fenómenos diferentes, mas apenas de dois modos-de-ver a mesma realidade; por isso utilizamos indistintamente os dois termos: cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *Critério,* p. 7 ss. (n. 3) e 76 ss. (n. 45).

(403) Exceptua-se, naturalmente, o caso especial das empresas públicas. Mas, mesmo aí, notar-se-á que tais empresas gozam de personalidade jurídica não por serem empresas, mas porque ela lhes é expressamente atribuída pela lei (art. 2.º, n.º 1, do DL n.º 260/76, de 8 de Abril): cfr., a propósito, COUTINHO DE ABREU, *Definição,* p. 414.

A asserção do texto vai entendida em sentido estrito. É indiscutível que a empresa surge, no mundo da modernidade ocidental, como lugar privilegiado da interacção humana no âmbito económico e, portanto, como «centro gerador de normatividade» (FARIA COSTA, *RPCC,* 2 [1992], p. 540) que a instância jurídica há muito regula nas suas várias disciplinas. Porém, não é menos incontestável que o fenómeno empresa, de *objecto de regulamentação* e *espaço de interacção penalmente relevante,* só pode ascender à condição de *sujeito criminalmente responsável* através de uma «prefiguração jurídica» (ID., *ibid.,* p. 544) que a personifique e a transmute em um «centro *autónomo* de imputação jurídica» (itálicos nossos) *(últ. loc. cit.).* Sobre a responsabilidade penal das pessoas colectivas, cfr. FIGUEIREDO DIAS, *RLJ,* 117 (1984-5), p. 72 ss., J. CASTRO E SOUSA, *As Pessoas Colectivas em face do Direito Criminal e do chamado Direito de Mera Ordenação Social,* Coimbra: 1985, e, recentemente, FARIA COSTA, *cit.* nesta nota, p. 544 ss. e *passim.*

(404) É por constituir uma «unidade real» que é também «unidade de fim» (FERRER CORREIA, *Reivindicação,* p. 5 e 8), uma «organização concreta de factores produtivos como valor de posição no mercado» (ORLANDO DE CARVALHO, *Coisas,* p. 196 (n. 2)) que por isso é uma «coisa composta funcional» (ID., *Teoria,* p. 126), que a empresa pode ser *objecto* de um «direito [de propriedade] autónomo» (FERRER CORREIA, *últ. op. cit.,* p. 8; *Lições,* p. 232 e 252). Constituindo um «objecto de direitos [...], seria uma estranha aberração que se comportasse ao mesmo tempo como um verdadeiro sujeito jurídico» (FERRER CORREIA, *Lições,* p. 214). No mesmo sentido se pronunciava também PINTO FURTADO (*RB,* 11 [1989], p. 84 s.), alertando para a necessidade de recusar a «concepção de empresa como um sujeito de relações jurídicas, em si», já que «tal acepção incorreria na confusão grosseira de tal noção com a de empresário». Para a crítica da concepção da

Por outro lado, só a pessoa humana e as formações sociais criadas por sua vontade (sociedades, associações, fundações, cooperativas, etc. — ainda que irregularmente constituídas (405)) podem ser judicialmente demandadas pelas responsabilidades que derivam da participação no comércio jurídico, porque só elas gozam de personalidade judiciária (406). Assim, a empresa não pode ser

empresa como *sujeito autónomo de direitos e deveres jurídicos, vd.* FERRER CORREIA, *Lições,* p. 211 ss. Notando a recorrente confusão entre a empresa e o seu titular (empresário), também COUTINHO DE ABREU, *Definição,* p. 308 (n. 28) e 310 (n. 33), e H. EWALD HÖRSTER, *cit.,* nm. 325. No mesmo sentido decidiu o AcSTJ, de 26-03-1987 (não publicado; fonte: base de dados *Datajuris*): «empresa e sociedade não são uma e a mesma coisa. Aquela é um elemento patrimonial desta e, por vezes, no activo da sociedade não se encontram mais valores para além daqueles que se acham investidos na empresa. Outras vezes, a mesma sociedade dispõe de várias empresas ou estabelecimentos». Mostrando a dissociação entre a empresa e o titular e, até, a inutilidade da relação de pertinência que entre ambos intercede para a obtenção de um critério que permita individualizar a empresa dentro do campo dos objectos negociáveis, ORLANDO DE CARVALHO, *Critério,* p. 692 ss.

Não tem, assim, qualquer sentido falar-se de providências «acordadas entre a empresa e os credores» ou «impostas à empresa» (*Preâmbulo* do DL n.º 132/93 — 1.ª versão, p. 14), nem condicionar-se determinada providência «à anuência [!] da própria empresa» *(ibid.).* Cfr., todavia, os vãos esforços desenvolvidos pelo Sr. Conselheiro Pinto Furtado durante os trabalhos da Comissão Revisora (*Actas CFal* [20.ª, *passim*]) no sentido de evitar tais equívocos. Influenciados certamente pela infeliz terminologia legal, CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA (*cit.,* 3.º [1, 2, 4 e 5]) parecem admitir que a empresa constitui um verdadeiro sujeito jurídico; registe-se, a título de exemplo, a seguinte passagem (*ibid.* [1]): «[há] casos em que a empresa não pode satisfazer efectivamente as *suas* obrigações, não obstante *possuir* património suficiente» (itálicos nossos). Já MOTA SALGADO (*Código,* p. 7) tem o cuidado de corrigir a lei, ao enumerar os «sujeitos passivos dos processos especiais de recuperação e da falência».

(405) Cfr. o art. 8.º do CPCiv.

(406) Exceptuam-se os casos especiais da herança e patrimónios autónomos semelhantes — doações e deixas testamentárias a nascituros e patrimónios afectados a entidades não personalizadas; cfr. ANTUNES VARELA/J. MIGUEL BEZERRA/SAMPAIO E NORA (*cit.,* p. 111 ss.) —, que, no plano processual que agora interessa, gozam de personalidade judiciária por *extensão,* expressamente conferida pela lei (cfr. os arts. 6.º e 1361.º do CPCiv). Sobre os interesses que a figura da autonomia patrimonial, nos casos referidos, visa servir, cfr. *supra,* Parte I, Cap. I, 2.3. e segs. Para a crítica da concepção da empresa como *património autónomo, vd.* VILHENA BARBOSA DE MAGALHÃES, *Estabelecimento,* p. 124 s., FERRER CORREIA, *Lições,* p. 214 ss., e MOTA PINTO, *Teoria,* p. 346 s.

É justamente por a empresa não constituir um património autónomo, nem, muito menos, um património separado (ressalvado o caso do EIRL), que, aparentemente, se poderiam levantar dificuldades nos casos em que o devedor é titular de várias empresas e

o «objecto» da declaração de insolvência (407), nem pode, por conseguinte, ser o «devedor insolvente» que integra os tipos dos crimes falenciais.

1.3. Deste modo, a distinção de que a lei parte não possui qualquer relevância para efeitos da determinação do destinatário da declaração de insolvência. A melhor solução para definir o círculo de potenciais destinatários da declaração de insolvência parece ser a adopção do critério da *personalidade judiciária*, provindo do direito anterior (408). A diferença específica introduzida pela consideração da empresa assumirá relevo quando o *devedor* demandado for *titular* de uma empresa (409); nesse caso, uma vez reconhecida a insolvência do

apenas uma delas se encontra em situação económica difícil. Simplesmente, se bem vemos, sendo um o titular, uno será o património responsável pelo cumprimento das obrigações assumidas no exercício de uma das empresas: é dizer, o titular só terá a faculdade (art. 5.º do CFal) e o dever (art. 6.º do CFal) de se apresentar ao tribunal quando se encontre em um estado global (perdoe-se a redundância) de insolvência. Da mesma forma, os credores não poderão requerer a declaração de insolvência quando o titular da empresa disponha de meios para o cumprimento pontual, ainda que afectados ao exercício de outra empresa. É claro que esta solução não é a que melhor se adequa às intenções que presidem ao regime instituído pelo CFal. Melhor seria que, independentemente da sua situação patrimonial, o empresário pudesse requerer uma providência de recuperação quando uma das suas empresas se encontrasse em situação económica difícil — até porque, estando-lhe vedado esse acesso, a dificuldade económica de uma das empresas obrigá-lo-á a divertir os recursos gerados por outras empresas para assegurar a subsistência da primeira, podendo originar o alastramento da crise a todas as outras e, consequentemente, provocar a insolvência do titular. Mas tal solução deriva de se ter consagrado como pressuposto de acesso às providências de recuperação a insolvência do *devedor* (ou a sua iminência) e não a situação económica difícil da *empresa*. Aliás, a Comissão Revisora não deixou de se debater com o problema (cfr. *Actas CFal* [20.ª, 14 e *passim*]).

(407) Nestes exactos termos, PAJARDI, *Manuale*, p. 62. Contra, todavia, o Sr. Conselheiro Pinto Furtado, ao defender, na Comissão de Revisão (*Actas CFal* [2.ª, 6]), que «seja erigida a 'empresa', e não já o comerciante individual ou a sociedade, como entidade, por excelência, objecto do processo de falência», ideia que obteve o assentimento do Sr. Prof. Doutor Antunes Varela (*Actas CFal* [9.ª, 13]). Já o Sr. Dr. Robin de Andrade manifestou a sua preferência pelo «conceito de devedor» (*ibid.* [9.ª, 11]).

(408) No domínio do direito anterior, a sujeição ao processo de falência não exigia a personalidade jurídica do destinatário, bastando que este fosse dotado de personalidade judiciária (nomeadamente, nos casos dos arts. 6.º e 8.º do CPCiv): cfr. só PEDRO MACEDO, *Manual*, I, p. 147 e 170.

(409) Em sentido próximo, CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *cit.*, 27.º [1].

devedor, a empresa poderá ser sujeita a um dos processos de recuperação previstos antes (ou em vez) de se declarar a falência do seu titular e de se proceder à liquidação do património global deste último (410).

Assim, sujeitos passivos da declaração de insolvência podem ser:

a) as pessoas humanas;
b) as pessoas jurídicas *stricto sensu;*
c) os patrimónios autónomos que gozem de personalidade judiciária, nomeadamente os que se encontram afectos a formações sociais não personalizadas.

2. O *devedor insolvente* (cont.): as pessoas jurídicas *stricto sensu*

2.1. A conjugação dos arts. 325.º, 326.º e 327.º com o art. 11.º do CP permite-nos concluir que só as *pessoas humanas* podem ser responsabilizadas pela comissão de crimes falenciais. Porém, a declaração de insolvência de uma pessoa jurídica — que, enquanto sujeito-de-direito, pode ser titular de direitos e obrigações, sendo por isso dotada, normalmente, de património próprio (o qual, por ser de afectação geral, não é, obviamente, autónomo) — é suficiente para desencadear a responsabilidade criminal dos titulares dos seus órgãos (sócios, gerentes, administradores, etc.) que, *agindo como tal* (411), tenham praticado as condutas descritas naqueles normativos. Seguir-se-á, pois, a regra geral da «actuação em nome de outrem» prevista no art. 12.º do CP, repercutindo-se o elemento «devedor» nos respectivos gerentes, administradores, etc. (412).

(410) É claro que o património global do titular da empresa não tem de se reduzir (e, no caso dos comerciantes individuais, rarissimamente se reduzirá) à empresa (neste sentido, cfr. FERRER CORREIA, *Lições*, p. 215; e ORLANDO DE CARVALHO, *Critério*, p. 693).

(411) Assim, BÖHLE-STAMSCHRÄDER, *KO*12, § 283, anot. 3).

(412) Parece suficientemente líquido que a expressão «devedor» é um «elemento pessoal» para efeitos do art. 12.º (cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Jornadas*, p. 51 s.; no mesmo sentido, a propósito da disposição homóloga contida no § 14 do StGB, OTTO, *Grundkurs*3, p. 279).

O direito português não tem pois de se debater com as dificuldades que TIEDEMANN (*LK*, vor. § 283, nm. 60) levanta a propósito do emprego do vocábulo «agente» pela lei alemã em certas proposições dos tipos legais. Com efeito, o A. considera que uma pessoa jurídica não pode considerar-se um agente, por lhe faltar «a capacidade de culpa», pelo que a interpretação estrita das normas falenciais não permitiria a repercussão da respon-

2.2. Não cabe no horizonte do presente estudo analisar a questão da actuação em nome de outrem, que constitui, por si só, um problema digno de tratamento especializado (413).

Duas notas apenas.

Em primeiro lugar, a conduta do representante só preenche o tipo objectivo quando incida sobre o património da pessoa jurídica (dissipação de bens sociais, criação artificial de prejuízos sociais, etc.) (414). Os actos praticados pelo titular do órgão sobre o seu próprio património são absolutamente irrelevantes.

Em segundo lugar, de acordo com a letra da lei, o representante há-de agir *como* titular dos órgãos de uma pessoa jurídica. A concretização deste comando legal não é pacífica (415) e prende-se já com as circunstâncias da acção típica. Cremos porém poder sugerir a ideia de que o titular do órgão só não agirá como tal quando a prática da conduta típica não se inclua, em abstracto, nos *especiais poderes* (jurídicos ou fácticos) que aquela titularidade lhe confere. Assim, *v. g.*, cometerá um crime de insolvência dolosa o gerente que, no exercício dos seus poderes e com intenção de prejudicar os credores (416), retira da conta bancária da sociedade todos os

sabilidade penal nos seus representantes, devendo por isso adoptar-se uma «interpretação correctiva» dos preceitos em causa. Ainda segundo TIEDEMANN, a lei deveria referir-se, não ao *agente*, mas ao *devedor*.

(413) Especificamente sobre a relação do § 14 do StGB (norma homóloga do art. 12.º do CP) com os crimes falenciais no direito alemão, *vd.* TIEDEMANN, *LK*, vor. § 283, nm. 58 e segs. A lei italiana prevê a responsabilidade criminal dos titulares de órgãos das pessoas jurídicas em um capítulo especialmente destinado aos crimes falenciais cometidos «por pessoa diversa do falido» (onde, para além dos administradores e gerentes, se incluem o síndico e o administrador da massa falida): cfr. os arts. 223.º e segs. do RD de 1942.

(414) Assim, CONTI, *DP Comm*, II, p. 71 s.; e ALBERTI, *cit.*, 223.º [3].

(415) Acerca desta polémica, cfr. TIEDEMANN, *LK*, vor § 283, nm. 74 ss. Sobre a inadequação do «critério do interesse prosseguido» *(Interessenformel)*, proposto pela jurisprudência alemã, que leva a excluir a imputação do crime quando a conduta não seja praticada, ao menos parcialmente, no *interesse* da pessoa jurídica, cfr. ID., *ibid.*, nm. 76 e segs.; *vd.* todavia, a este propósito, a nota seguinte.

(416) A conjugação do elemento subjectivo da ilicitude «intenção de prejudicar os credores», incluído no art. 325.º do CP, com as regras da actuação em nome de outrem põe delicados problemas de interpretação. Por um lado, o elemento subjectivo há-de verificar-se na pessoa do devedor (*sc.*, a pessoa jurídica); por outro lado, a pessoa jurídica é ontologicamente incapaz de ter uma intenção. Parece então que o gestor, administrador,

fundos disponíveis e com eles foge, vindo a sociedade a ser declarada insolvente. A solução inversa caberá porventura ao caso do gerente que, com a mesma intenção, destrói a totalidade dos bens sociais lançando mão de meios ao alcance de qualquer terceiro. Parece que uma maior extensão do âmbito do art. 12.º entraria em contradição com o carácter específico dos crimes falenciais (417).

3. O *devedor insolvente* (cont.): os casos especiais da herança jacente e dos patrimónios autónomos semelhantes

3.1. Os casos da herança jacente e dos patrimónios autónomos semelhantes carecidos de personalidade jurídica mas dotados de personalidade judiciária podem levantar problemas especiais, já que nessas hipóteses, diversamente do que sucede com as pessoas jurídicas, os patrimónios em causa não são titulados por um sujeito de direito determinado.

No que toca a herança jacente, dispõe o art. 1361.º do CPCiv (418): «quando se verifique a situação de insolvência da herança, seguir-se-ão, a

sócio, etc., ao praticar o crime, há-de actuar, de alguma forma, a «vontade» da pessoa jurídica. Isto é: o acto praticado pelo representante tem de caber, ao menos formalmente, nos poderes de que dispõe, para que se possa estabelecer uma vinculação (repetimos: ao menos formal) da pessoa jurídica e assim se possa afirmar existir uma «intenção» da sua parte. Trata-se sobretudo de um critério negativo, que levará a excluir a aplicação do art. 325.º, n.º 1, aos casos em que o representante, apesar de movido pela intenção (própria) de prejudicar os credores da pessoa jurídica, não actua dentro do quadro dos seus poderes abstractos, pelo que o seu acto não pode, nem aparentemente, exprimir a «intenção» da última.

Este critério parece aproximar-se da *Interessenformel* construída pela jurisprudência alemã e criticada por TIEDEMANN (cfr. *supra* [n. 415]). Todavia, há que ver: por um lado, a lei alemã vigente não conhece o elemento típico da «intenção de prejudicar os credores»; por outro lado, diversamente da *Interessenformel*, o critério que propomos não impede a imputação de crimes ao *extraneus* por actos praticados contra o interesse da pessoa jurídica: basta que esses actos se contenham no leque de poderes de que ele abstractamente dispõe.

(417) Recorde-se que curamos apenas, por enquanto, da figura do «devedor insolvente», pelo que as soluções apontadas não entram em conta com a imputação do crime através do art. 325.º, n.º 3.

(418) Na redacção que lhe foi dada recentemente pelo DL n.º 227/94, de 8 de Setembro (*DR*, n.º 208/94, I-A Série).

requerimento de algum credor ou por deliberação de todos os interessados, os termos do processo de falência adequados» (419-420).

Como a herança jacente é um património autónomo em sentido estrito, visto que «só responde e responde só ele por certas dívidas» (421), deverá ser a própria herança — e não, sublinhe-se, a empresa que eventualmente nela se inclua — a destinatária da declaração de insolvência e, eventualmente, de falência. Há como que uma «personificação» da herança que a torna em tudo análoga, *v. g.*, ao comerciante em nome individual: pelas dívidas contraídas no exercício da «empresa» respondem todos os seus bens, mesmo que não estejam afectados a esse exercício. O «devedor insolvente» é, portanto, a herança jacente (422).

3.2. Esta conclusão implica a seguinte consequência: o herdeiro que, com intenção de prejudicar os credores da herança jacente, destrói parte dos bens que compõem a massa, vindo a insolvência da herança a ser judicialmente reconhecida, não preenche o tipo objectivo do art. 325.º, n.º 1 — o herdeiro não é o «devedor insolvente» porque não é devedor nem destinatário da declaração de insolvência. Só através de uma analogia *contra reum*, proibida pelo art. 1.º, n.º 3, do CP, se poderia alcançar solução diversa.

Claro que nada obsta a que a dita conduta possa ser subsumida à norma do art. 325.º, n.º 3, do CP — mas terá, para tanto, de se subordinar aos requisitos específicos aí previstos para a punição das condutas de *terceiros* relativamente ao património do devedor insolvente.

A mesma relação de subordinação a previsões específicas regerá a imputação do crime ao agente através da aplicação do art. 12.º do CP. Na hipótese em apreço, por exemplo, é dificilmente concebível que a pura destruição de bens por parte do herdeiro possa subsumir-se à exigência de que a acção criminosa se produza «em representação legal ou voluntária de outrem». Não tanto porque essa representação deva entender-se de forma substancial, *sc.*, não que deva exigir-se que os actos praticados não exorbitem dos poderes do representante — pois, nesta perspectiva, tratando-se de poderes-deveres funcionalizados à conservação dos bens, a sua destruição nunca poderia considerar-se praticada em representação da herança (423) —, mas porque nos parece ser imprescindível que o agente, ao actuar, possa cobrir-se (ainda que só formalmente, ainda que só do ponto de vista de um observador externo) com a veste de representante da massa.

Diversamente, se o herdeiro tomar sobre os seus ombros a administração de uma empresa que faça parte da massa e dissimular bens com a intenção de prejudicar os credores da herança, parece-nos que preencherá o tipo do art. 325.º, n.º 1, conjugado com o art. 12.º do CP, e não o tipo do art. 325.º, n.º 3. A diferença entre esta situação e aquela que se descreveu *supra* está justamente na aparência social da «representação», que justifica a punição pelo tipo fundamental: a assunção da administração dos bens, ainda que não assente em um especial título jurídico, aproxima o herdeiro dos deveres que incumbem ao devedor insolvente e afasta-o da situação do terceiro que se limita a actuar em benefício do insolvente (424).

Em suma: quando uma herança jacente seja declarada insolvente ou falida, os actos dos herdeiros relativos aos bens que a compõem não integram o tipo do art. 325.º, n.º 1, ressalvada a possibilidade de imputação do facto por actuação em nome de outrem, quando se verifiquem os pressupostos de que esta depende.

3.3. Ocupemo-nos agora das formações sociais não personalizadas.

Também os patrimónios afectos às entidades sociais destituídas de personalidade jurídica podem ser declarados insolventes (425). Com efeito, o

(419) Note-se, aliás, que deve continuar a admitir-se a possibilidade de os credores (ou o Ministério Público) requererem, demandando-a nos termos gerais (arts. 6.º do CPCiv e 8.º do CFal), a declaração de insolvência da herança.

(420) Ao instituir o novo regime, o legislador parece não ter levado em conta as inovações substanciais introduzidas pelo CFal, limitando-se a adaptar-lhe a expressão verbal do antigo art. 1361.º do CPCiv. Na verdade, não se vê por que razão a massa da herança, uma vez declarada insolvente, *tem* que ser sujeita ao processo de *falência*. Coerente com a regulamentação do CFal seria admitir a instauração de um processo de recuperação de empresas *sempre que nela se inclua uma empresa economicamente viável*, à semelhança do que acontece com os outros devedores insolventes titulares de empresa.

(421) Cfr. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria*, I, p. 219.

(422) A mesma solução vale, *mutatis mutandis*, para os restantes patrimónios autónomos semelhantes; cfr. já *infra*, 3.3.

(423) Cfr., para os actos de «representação voluntária» (administração voluntária), o art. 2047.º do CCiv e, para os actos de «representação legal» (curadoria), o art. 2048.º do CCiv.

(424) Acerca das relações entre o n.º 1 e o n.º 3 do art. 325.º do CP, cfr. *infra*, Cap. II, 1.5., *c)*.

(425) Se se tratar de uma «pessoa colectiva ou sociedade irregular», nos termos do art. 8.º do CPCiv, então será ela a destinatária da declaração de insolvência, pois é a lei

património afecto às associações, comissões especiais e sociedades sem personalidade jurídica goza de uma autonomia *relativa* (só responde por certas dívidas, embora não responda só ele por essas dívidas — cfr., para as associações, os arts. 196.º, n.º 2, e 198.º; para as comissões especiais, o art. 200.º, n.º 2; e para as sociedades, os arts. 999.º e 997.º, n.ºs 1 e 2, todos do CCiv) e, consequentemente, de personalidade judiciária (cfr. art. 6.º do CPCiv).

Se, por um lado, a relativa autonomia dos patrimónios referidos postula, no plano processual, a necessidade de a acção ser dirigida contra eles, as regras da responsabilidade dos associados, membros e sócios daquelas entidades pelas dívidas contraídas em nome delas (subsidiária no caso das associações e das sociedades, solidária no caso das comissões especiais) impõem, no plano substantivo, que o dito património só possa ser declarado insolvente se aqueles associados, membros e sócios se encontrarem, eles próprios, em situação de insolvência. Caso contrário, os credores poderão ainda atingir, através dos meios comuns, patrimónios responsáveis solváveis. Assim se explica, por outro lado, que a declaração de insolvência desses patrimónios autónomos abranja as pessoas que participam da colectividade a que eles estão adstritos — aquilo a que podemos chamar «insolvência por arrastamento» (426).

Nestes casos, perante a declaração de insolvência do património autónomo e a concomitante declaração de insolvência das pessoas humanas responsáveis, haverá que distinguir, para efeitos da imputação de crimes falenciais, entre os actos praticados sobre o dito património *autónomo* e os actos praticados sobre o património *próprio* de cada um.

Relativamente aos primeiros, seguir-se-á a regra já apontada para as pessoas jurídicas e para a herança jacente: a subordinação da imputação do crime aos requisitos da actuação em nome de outrem do art. 12.º do CP, ou, eventualmente, aos requisitos do art. 325.º, n.º 3.

No que toca os segundos, parece que as pessoas humanas civilmente responsáveis pelo cumprimento das dívidas da entidade social têm o dever de entrar em linha de conta, na organização da sua esfera patrimonial, com a eventualidade de poderem ter que responder por aquele passivo. Assim, nada

que expressamente lhe confere personalidade judiciária passiva — e não já o património que se lhe encontra afecto. Assim sendo, valerão aqui as regras de imputação aplicáveis às pessoas jurídicas, nomeadamente as da actuação em nome de outrem.

(426) Este fenómeno também se produzirá nos casos dos sócios de responsabilidade ilimitada e, de um modo geral, sempre que um terceiro seja ilimitadamente responsável pelas dívidas imputáveis ao património directamente obrigado.

obsta a que aquelas pessoas venham a ser arguidas pelo cometimento de crimes falenciais, em virtude de condutas praticadas sobre o seu património, apesar de a declaração de insolvência as abranger «por arrastamento», desde que se verifiquem os requisitos gerais da imputação destes crimes.

4. O *devedor insolvente* (cont.): o caso especial do EIRL

4.1. O estabelecimento individual de responsabilidade limitada, sendo destituído de personalidade jurídica, constitui um património de afectação especial. Não é um verdadeiro património autónomo, análogo à herança jacente, porque, diversamente do que acontece com esta, o seu titular está determinado. Trata-se, por isso, de um *património separado*, já que *só ele* responde por certa espécie de dívidas do seu titular, desde que este respeite, na gestão do estabelecimento, o princípio da separação patrimonial (427): *«pelas dívidas resultantes de actividades compreendidas no objecto do estabelecimento individual de responsabilidade limitada respondem apenas os bens a este afectados»* (428).

Quer isto dizer que, em caso de insolvência do estabelecimento, e tendo havido respeito pela separação patrimonial, a declaração judicial que reconheça tal situação tem por destinatário, unicamente, o estabelecimento, não abrangendo o seu titular. Esta conclusão, que derivava já da interpretação dos n.ºs 1 e 2 do art. 11.º do DL n.º 248/86 *cit.* (429), é reafirmada *expressis ver-*

(427) Cfr. o art. 11.º, n.º 2, do DL n.º 248/86 *cit.* No mesmo sentido, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Estruturas*, p. 26, identificando embora os conceitos de património autónomo e de património separado. Para a distinção entre autonomia e separação patrimonial, cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria*, p. 125 s.

(428) Art. 11.º, n.º 1, do DL n.º 248/86 *cit.*

(429) Contra, OLIVEIRA ASCENSÃO (*Estruturas*, p. 28 ss.). A argumentação desenvolvida pelo Autor parte do texto do art. 11.º, n.º 2, do DL n.º 248/86, que reza: «em caso de falência do titular por causa relacionada com a actividade exercida naquele estabelecimento, o falido responde com todo o seu património pelas dívidas contraídas nesse exercício, contanto que se prove que o princípio da separação patrimonial não foi devidamente observado na gestão do estabelecimento». Assim, na opinião do A., a declaração de falência por causa da actividade exercida no âmbito do EIRL teria *sempre* por destinatário o titular: se este houvesse respeitado o princípio da separação patrimonial, só os bens adstritos àquele exercício responderiam perante as dívidas; caso contrário, todo o património do titular poderia ser agredido pelos credores. Ainda segundo o A., este resultado interpretativo seria a prova cabal de que o EIRL não goza de personalidade jurídica, continuando a lei a recusar a possibilidade de falência sem falido. Em com-

bis pelo art. 125.º, n.º 2, do CFal: «*no caso de insolvência do estabelecimento individual de responsabilidade limitada, a declaração de falência só abrange o estabelecimento; mas estender-se-á também ao seu titular, se a separação de patrimónios não tiver sido observada por ele*» (430).

O regime descrito é inteiramente coerente com o princípio da separação patrimonial que preside à regulamentação do EIRL. Na verdade, se o titular do estabelecimento não responde com o seu património pessoal (de afectação geral) pelas dívidas a que o exercício da empresa dá origem, podendo os credores «do EIRL» agredir *apenas* os bens que compõem o património separado, mal se compreenderia que, em caso de insolvência do EIRL, o reconhecimento judicial da insolvência e a declaração de falência abrangessem o seu titular. Solução diversa perverteria mesmo a limitação de responsabilidade que a criação desta figura procurou propiciar.

4.2. A especialidade do regime do EIRL para efeitos de imputação de crimes falenciais decorre imediatamente do que sucintamente se expôs: poderá

pensação, no caso de ter havido respeito pela separação patrimonial, haveria que admitir a existência de «falidos ricos».

Mostrámos já a nossa concordância com a ideia de que o EIRL não constitui uma pessoa jurídica. Todavia, este postulado não decorre da pretensa impossibilidade de declarar a falência do EIRL: como vimos, tanto o direito anterior como o direito actual admitem a falência de patrimónios (*v. g.*, a herança), pelo que este critério nada nos diz sobre a inexistência de personalidade jurídica. Por outro lado, o art. 11.º, n.º 2, refere a falência do titular *quando este não tenha respeitado o princípio da separação*: nesse caso, é inequívoco que a declaração de falência abrange o titular, *reflectindo a sujeição integral do seu património à satisfação dos credores*. Mas aquele dispositivo não contempla o caso de haver respeito pela separação, pelo que não é lícito empregá-lo como argumento para afirmar que, também aqui, o destinatário da declaração de falência é o titular e não o estabelecimento. Aliás, a construção que propomos no texto permite evitar a aporia do «falido rico» com que Oliveira Ascensão se debate e a «imoralidade» da situação que implicitamente condena: pode o titular apresentar-se à falência do EIRL «de Rolls Royce» (*ibid.*, p. 30), pois não é, ele próprio, um falido. Isto, claro está, no pressuposto de que o juízo condenatório do A. se restrinja ao facto de o titular ser um falido, e não se estenda à limitação da responsabilidade que a lei procurou assegurar. De todo o modo, o problema encontra-se ultrapassado pela nova regulamentação introduzida pelo CFal: cfr. já a seguir no texto.

(430) Repare-se que o art. 125.º se refere ao destinatário da declaração de *falência*, e não ao destinatário do reconhecimento judicial da insolvência. Julgamos, todavia, que, ao menos neste caso, é pacífico que o destinatário de ambas as decisões tem que ser o mesmo. E isto é tanto mais assim quanto a norma citada alude expressamente à «insolvência do estabelecimento».

o titular do EIRL cuja insolvência foi judicialmente reconhecida integrar a figura do *devedor insolvente* que os crimes falenciais pressupõem, apesar de não ser, ele próprio, declarado insolvente?

É de meridiana clareza que, não constituindo o EIRL uma pessoa jurídica, nem um património autónomo, mas sim um património separado titulado por uma pessoa determinada, o sujeito passivo das obrigações — e, logo, o *devedor* suposto pelos diversos crimes falenciais — é o titular, e não o estabelecimento.

Porém, não é menos certo que o titular não é, neste caso, declarado insolvente (431). Deverá então excluir-se liminarmente a possibilidade de aplicação das normas penais falenciais, na parte em que referem o devedor? Cremos que a resposta tem que ser, incontestavelmente, negativa. Com efeito, temos vindo a utilizar a expressão *devedor insolvente* porque, em regra, o devedor e o destinatário da declaração de insolvência coincidem e, também, porque é necessário vincar a ideia de que as normas penais falenciais, *maxime* a do art. 326.º, n.º 1, não visam punir a causação da insolvência de *outrem* (432). Simplesmente, como vimos, o elemento determinante do carácter específico destes crimes é a especial vinculação do agente ao dever de manter um património solvável. Ora, esse dever incumbe também, obviamente, ao titular do EIRL, ainda que relativamente a um património separado que lhe pertence. Nada justificaria, por isso, que o titular do EIRL insolvente se pudesse eximir a uma eventual responsabilidade penal originada por actos praticados *por si, sobre o seu próprio património*.

4.3. Mas, se as disposições dos arts. 325.º e 326.º, n.º 1, não põem qualquer entrave a este entendimento, por não referirem a insolvência à pessoa do agente — «o devedor é punido [...] *se ocorrer a situação* de insolvência» (art. 325.º); «o devedor que [...] *criar um estado* de insolvência é punido, se a falência vier a ser declarada» (art. 326.º, n.º 1) —, já as previsões dos arts. 326.º, n.º 2, e 327.º necessitam de um afeiçoamento interpretativo.

(431) O problema já não se põe no caso de o titular não ter respeitado a separação patrimonial, pois aí responde com *todos* os seus bens pelas dívidas contraídas no âmbito do estabelecimento; sendo caso disso, a sua insolvência deve ser reconhecida judicialmente e, eventualmente, deve ser declarado insolvente ou falido concomitantemente com o estabelecimento: cfr. os arts. 11.º, n.º 2, do DL n.º 148/86 *cit.*, e 125.º, n.º 2, 2.ª parte, do CFal.

(432) Cfr. *supra* [n. 399]. Exceptua-se, naturalmente, a norma do art. 325.º, n.º 3.

Efectivamente, a primeira daquelas disposições refere-se ao *devedor que vier a ser declarado falido*, enquanto que a segunda pune o devedor que conhece a *sua* situação de insolvência. Parece claro que o legislador não teve em mente o presente problema, limitando-se a regular os casos «normais», que também pressupusemos ao utilizar a expressão *devedor insolvente*. Pois bem: o *sentido* destas normas seria virtualmente o mesmo se se tivesse adoptado a formulação de que se lançou mão nos arts. 325.º e 326.º, n.º 1 — *v. g.*, no art. 326.º, n.º 2, «o devedor que tenha deixado [...], *se a falência vier a ser declarada*» e, no art. 327.º, «o devedor que, *conhecendo a situação de insolvência*» —, a qual abrange indubitavelmente o caso do titular do EIRL insolvente. Assim, julgamos que não é lícito extrair do elemento gramatical das previsões em causa consequências de regime inteiramente contrárias à *ratio* das normas que prevêem e punem os crimes falenciais, pelo que a responsabilização penal do titular do EIRL em caso de insolvência do estabelecimento decorre ainda de uma interpretação declarativa daqueles preceitos.

4.4. Uma última nota: no caso de o titular ser declarado insolvente ou falido por se encontrar impossibilitado de cumprir obrigações contraídas *fora do âmbito do estabelecimento*, poder-se-ia pensar que o princípio da separação patrimonial veda a possibilidade de as condutas praticadas sobre o estabelecimento, ou no seu âmbito, constituirem crimes falenciais, por não colocarem em perigo os direitos dos credores comuns.

Contudo, se o titular do estabelecimento, tendo embora respeitado o princípio da separação, for declarado insolvente ou falido em virtude de se encontrar impossibilitado de cumprir obrigações assumidas fora do âmbito do estabelecimento, o estabelecimento entra imediatamente em liquidação (433). Quer isto dizer que, em caso de insolvência do titular, cessa a separação e o património separado responde pelas dívidas alheias ao exercício da empresa. Assim sendo, o dito património separado constitui também garantia dos credores comuns, embora os «credores do estabelecimento» (*rectius*: os credores por dívidas contraídas no âmbito do estabelecimento) prefiram aos restantes no ressarcimento dos seus créditos (434).

Parece, então, que, apesar de a declaração de insolvência se fundar em uma impossibilidade de cumprir obrigações contraídas fora do âmbito do estabelecimento, os actos de disposição e gestão praticados pelo titular sobre os bens afectos ao exercício do estabelecimento poderão integrar as condutas típicas dos crimes falenciais — ainda que, por absurdo, *não exista qualquer credor por dívidas contraídas no âmbito do estabelecimento* —, já que esses actos podem diminuir a garantia patrimonial dos credores comuns.

(433) Cfr. o art. 24.º, alínea *c)*, do DL n.º 284/86 *cit.*

(434) Cfr. o art. 27.º, n.º 1, do DL n.º 284/86 *cit.* No mesmo sentido, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Estruturas*, p. 24.

5. A *ocorrência de um estado de insolvência e o seu reconhecimento judicial* (remissão).

O outro elemento comum a todos os crimes falenciais é a subordinação da punibilidade à ocorrência de um estado de insolvência e ao seu reconhecimento judicial, que há-de produzir-se nos termos do processo especial estatuído para o efeito.

Na doutrina e na jurisprudência portuguesas, italianas e alemãs (antes de 1976), perante textos legais muito semelhantes, formou-se, durante este século, uma verdadeira *communis opinio* em torno da seguinte tese:

A ocorrência da insolvabilidade e a respectiva declaração judicial não integram necessariamente o desvalor dos ilícitos-típicos dos crimes falenciais, nomeadamente nos casos em que as condutas incriminadas lhes são cronologicamente anteriores; por isso, a situação de insolvabilidade e a sentença judicial que a declara não contendem com o juízo de ilicitude vertido nos crimes falenciais, constituindo meras condições objectivas de punibilidade.

Os capítulos que se seguem destinam-se a mostrar a improcedência deste entendimento à luz do direito português.

CAPÍTULO II

OS ELEMENTOS ESPECÍFICOS

Os elementos específicos de cada um dos crimes falenciais prendem-se essencialmente com as modalidades da acção típica. A exposição seguinte tem por fim tornar claros os contornos das condutas previstas nos arts. 325.º, 326.º e 327.º do CP. Procurar-se-á realizar essa tarefa abstraindo, sempre que possível, do papel desempenhado pela ocorrência da situação de insolvência e respectivo reconhecimento judicial no seio dos tipos; além disso, a interpretação dos preceitos legais respeitará a hipótese de trabalho de que partimos, segundo a qual o bem jurídico protegido pelos crimes falenciais é o património dos credores. Este método — algo ínvio, mas ao que cremos, extraordinariamente fértil para os fins que nos propomos — permitirá mostrar, através das múltiplas dúvidas e aporias evidenciadas *pari passu*, a extrema importância da consideração daqueles dois aspectos para a correcta compreensão dos crimes falenciais.

Uma última explicação: tornar-se-ia fastidioso proceder ao rastreio genealógico de cada um dos actuais crimes falenciais, expondo em pormenor a evolução do regime respectivo. Essa história poderá surpreender-se através da comparação das várias normas que agrupámos no *Anexo* junto no fim deste estudo. Sem embargo, remeteremos em nota, a propósito dos elementos da acção típica de cada crime, para as normas do direito português pretérito e de direito estrangeiro cuja confrontação nos parece merecer interesse. Só não seguiremos este método no que toca os crimes falenciais dos não comerciantes previstos pelo direito anterior (*Insolvência fraudulenta* e, posteriormente, *Frustração de créditos*), cuja análise detém, a nosso ver, um particular relevo heurístico para a compreensão da generalidade dos crimes falenciais, e que por isso será objecto de tratamento autónomo no capítulo seguinte.

1. A *Insolvência dolosa* (art. 325.º do CP)

1.1. Este crime apelidava-se, no direito anterior, *Falência dolosa*. O tipo subjectivo do crime de insolvência dolosa compreende *a intenção de prejudicar os credores*.

Este elemento subjectivo da ilicitude surge na lei portuguesa, pelo menos de forma embrionária, com o Código de Falências de 1899. O art. 144.º deste diploma dispunha que a falência devia ser considerada fraudulenta «em geral, quando [o falido] acuse actos ou contratos simulados, falsamente datados, ou por qualquer outra forma *praticados de má-fé pelo falido em prejuízo dos credores*» (itálicos nossos) (435).

A verificação da intenção de prejudicar os credores também é exigida pela lei italiana relativamente à maior parte das modalidades de acção (436).

Na Alemanha, este elemento subjectivo surge no tipo da falência fraudulenta *(betrügerischer Bankrott)* com a KO de 1898 (§ 239, alínea 1.ª), presidindo a todas as acções típicas. A WiKG, ao reformular o tipo do actual § 283 do StGB, eliminou a referência à intenção de prejudicar os credores. E, segundo cremos, bem andou o legislador alemão. Na verdade, como afirma Tiedemann (437), para além da impraticabilidade da prova desta intenção — que levava a jurisprudência a satisfazer-se com a prova do dolo (directo) —, dificilmente ela existirá nos casos de falência fraudulenta: o devedor que oculta bens ou falsifica o balanço *«fá-lo, antes de mais, com a intenção de se enriquecer»*.

Com efeito, como veremos, só o entendimento que correntemente se dá à formulação do crime de insolvência dolosa explica (e torna porventura

(435) Luís Osório (*cit.*, p. 188), na esteira de alguma doutrina alemã que cita, retirava desta expressão a intenção de prejudicar os credores, ao considerar que o elemento moral do crime de falência fraudulenta era «a vontade de praticar os actos, ou celebrar o contrato e a ciência de que ele vai prejudicar os credores».

Embora com algumas dúvidas — a *ciência* de que o acto irá prejudicar os credores não equivale necessariamente a uma *intenção* de provocar esse prejuízo —, propendemos a aceitar esta interpretação da norma referida, sobretudo pela inclusão do elemento «má fé» e da sua conjugação com o prejuízo dos credores, que não existia na lei que imediatamente precedeu o CFal de 1899: com efeito, o art. 738.º do CCom de 1888 aludia apenas à «celebração de qualquer acto ou contrato simulado ou feito em prejuízo de terceiro».

(436) Cfr. o art. 216.º, n.ºs 1 e 2, do RD de 1942.

(437) Cfr. logo Tiedemann, *ZStW*, 26 (1976), p. 250, e, depois, Id., *LK*, vor. § 283, nm. 36.

imprescindível) a exigência da intenção de causar um prejuízo aos credores (438). Todavia, à luz da lei vigente, deve continuar a exigir-se, para o preenchimento do tipo subjectivo, a prova da intenção de prejudicar os credores (439), cabendo chamar a atenção para o particular relevo que aqui pode deter o princípio do *in dubio pro reo*.

1.2. As modalidades de acção típica do crime de *Insolvência dolosa* previsto no art. 325.º, n.º 1, do CP, obedecem à seguinte estrutura:

a) Destruição, danificação, inutilização ou causação do desaparecimento de parte do património (440);
b) Diminuição do activo (441) através de

aa) dissimulação de coisas (442),
bb) invocação de dívidas supostas (443),
cc) reconhecimento de créditos fictícios (444),
dd) incitamento de terceiros a apresentar créditos fictícios ou

(438) Cfr. já Mangano, *cit.*, p. 64.

(439) Assim, também, Bajo Fernández, *AnuDP*, 26 (1973), p. 536. Deste modo, se o agente criar artificialmente perdas com o fim de se enriquecer, acreditando porém que um negócio futuro, e com toda a probabilidade rendoso, lhe trará a possibilidade de satisfazer os seus débitos, não existirá intenção de prejudicar os credores, pelo que deverá ser absolvido.

(440) Cfr., no direito francês, o art. 197.º, alínea 2.ª, da L. n.º 85-98 *cit.* No direito italiano, cfr. o art. 216.º, alínea 1.ª, n.º 1, do RD de 1942. No direito alemão, cfr. o § 283, alínea 1.ª, n.º 1, *in fine*, e n.º 8, do StGB.

(441) Cfr. o art. 144.º do CFal de 1899 (reproduzido, neste ponto, pelos arts. 323.º do CPCom de 1905, 197.º do CFal de 1935, 1303.º do CPCiv de 1939 e 1277.º do CPCiv de 1961).

(442) A «ocultação» de coisas era um elemento constitutivo do crime de insolvência fraudulenta (art. 449.º do CP de 1852) até 1932.

Cfr., no direito francês, o art. 197.º, alínea 2.ª, da L. n.º 85-98 *cit.* No direito italiano, cfr. o art. 216.º, alínea 1.ª, n.º 1, e a norma (de aplicação subsidiária) do art. 220.º, ambos do RD de 1942. No direito alemão, cfr. o § 283, alínea 1.ª, n.º 1, do StGB.

(443) Cfr. o n.º 1149, 1.º e 4.º, do CCom de 1833.

Cfr., no direito francês, o art. 197.º, alínea 3.ª, da L. n.º 85-98 *cit.* No direito italiano, cfr. o art. 216.º, alínea 1.ª, n.º 1, e a norma (de aplicação subsidiária) do art. 220.º, ambos do RD de 1942.

(444) Cfr., no direito francês, o art. 197.º, alínea 3.ª, da L. n.º 85-98 *cit.* No direito italiano, cfr. o art. 216.º, alínea 1.ª, n.º 1, e a norma (de aplicação subsidiária) do art. 220.º, ambos do RD de 1942. No direito alemão, cfr. o § 283, alínea 1.ª, n.º 4, do StGB.

ee) simulação, por qualquer forma, de situação patrimonial inferior à realidade (445), nomeadamente através de

(i) contabilidade inexacta (446),
(ii) falso balanço (447),
(iii) destruição ou ocultação de documentos contabilísticos(448),

ff) não organização da contabilidade, apesar de devida (449);

c) Criação ou agravação artificiais de prejuízos ou redução artificial de lucros;

d) No intuito de retardar a declaração de falência (450),

aa) compra de mercadorias a crédito com o fim de as vender ou utilizar em pagamento por preço sensivelmente inferior ao corrente (451) ou

bb) angariação de fundos em condições ruinosas (452) (452*bis*).

(445) Cfr. o n.º 1149, 1.º, do CCom de 1833 e os arts. 738.º, § único, do CCom de 1888 e 144.º do CFal de 1899 (reproduzido, neste ponto, pelos arts. 323.º do CPCom de 1905, 197.º do CFal de 1935, 1303.º do CPCiv de 1939 e 1277.º do CPCiv de 1961).

(446) Cfr., no direito francês, o art. 197.º, alínea 4.ª, da L. n.º 85-98 *cit.*

(447) Cfr. o n.º 1149, 2.º, do CCom de 1833; cfr. também o art. 144.º do CFal de 1899 (reproduzido, neste ponto, pelos arts. 323.º do CPCom de 1905, 197.º do CFal de 1935, 1303.º do CPCiv 1939 e 1277.º do CPCiv de 1961).

(448) Cfr. o n.º 1149, 7.º, do CCom de 1833. Esta conduta não constava do elenco exemplificativo previsto pelo art. 325.º do CP, na sua redacção originária.

Cfr., no direito francês, o art. 197.º, alínea 4.ª, da L. n.º 85-98, *cit.* No direito italiano, cfr. o art. 216.º, alínea 1.ª, n.º 2, do RD de 1942. No direito alemão, cfr. o § 283, alínea 1.ª, n.º 6, do StGB.

(449) Esta conduta não constava do elenco exemplificativo previsto no art. 325.º do CP, na sua redacção originária.

Cfr., no direito francês, o art. 197.º, alínea 4.ª, da L. n.º 85-98 *cit.* No direito alemão, cfr. o § 283, alínea 1.ª, n.º 5, do StGB.

(450) Cfr., no direito francês, o art. 197.º, alínea 1.ª, da L. n.º 85-98 *cit.*

(451) Cfr. os arts. 738.º, § único, do CCom de 1888 e 144.º do CFal de 1899 (reproduzido, neste ponto, pelos arts. 323.º do CPCom de 1905, 197.º do CFal de 1935, 1303.º do CPCiv de 1939 e 1277.º do CPCiv de 1961).

Cfr., no direito francês, o art. 197.º, alínea 1.ª, da L. n.º 85-98 *cit.* No direito alemão, cfr. o § 283, alínea 1.ª, n.º 3, do StGB.

(452) Esta previsão não constava do art. 325.º do CP na sua redacção originária.

(452 *bis*) *(Nota de actualização)* O DL n.º 48/95 *cit.* eliminou esta disposição do elenco das condutas puníveis: cfr. o actual art. 227.º, n.º 1, alínea *d)*, do CP.

e) Não justificação, pelo devedor concordatário, da regular aplicação dos valores do activo existentes à data da concordata (453).

As modalidades de acção referidas podem reconduzir-se a quatro grupos: *a)* os actos que conduzem a uma *diminuição real* do património; *b)* os actos que conduzem a uma *diminuição fictícia* do património; *c)* os actos que visam *ocultar uma situação de insolvência* conhecida do devedor; e *d)* o caso especial da *não justificação da aplicação regular dos valores pelo devedor concordatário.*

1.3. Os actos que conduzem a uma diminuição *real* do património compreendem as acções descritas *supra* na alínea *a)*. O tipo legal parece não exigir a causação de um prejuízo efectivo aos credores, nem, tão pouco, a verificação de um perigo concreto para o seu património. Aparentemente, *qualquer* diminuição real do património integra o ilícito-típico, desde que conseguida através de actos de destruição, danificação, inutilização ou causação do desaparecimento de bens (454).

1.4. Os actos que conduzem a uma diminuição *fictícia* do património compreendem as acções descritas *supra* nas alíneas *b)* e *c)*. Trata-se de condutas através das quais o devedor simula uma situação de insolvência inexistente, para assim, à custa dos créditos insatisfeitos, se locupletar ocultamente com os bens subtraídos à acção dos credores.

(453) Cfr. os arts. 117.º do CFal de 1899 (reproduzido pelos arts. 296.º do CPCom de 1905, 154.º do CFal de 1935 e 1250.º do CPCiv 1939) e 1165.º, n.º 2, do CPCiv 1961.

No direito italiano, cfr. o art. 217.º, alínea 1.ª, n.º 5, do RD de 1942.

(454) LEAL-HENRIQUES/SIMAS SANTOS (*cit.*, p. 240) consideram que a expressão «fazer desaparecer» significa *dissipar* bens, que por sua vez se traduz em «gastar o que se deve conservar [...] (p. ex., com recurso à prática de negócios jurídicos simulados)». A redacção do preceito é, a este respeito, algo ambígua. Todavia, temos por certo que a prática de negócios simulados não constitui uma diminuição real do património, como pretendem aqueles AA., mas sim uma sua diminuição fictícia. A expressão «fazer desaparecer» parece antes talhada para os casos em que, pura e simplesmente, não se descobre o paradeiro de bens que supostamente se deviam encontrar na titularidade do devedor: não importa se eles foram objecto de uma alienação real, ou tão-só fictícia. Na verdade, como a diminuição fictícia postula a prova, *a posteriori*, da ficção do acto, a parte final da alínea *a)* permite cobrir os casos em que a aparente diminuição real não é infirmada pela prova de uma diminuição fictícia, fundamentando assim uma punição autónoma.

A sistematização legal das condutas que conduzem a uma diminuição fictícia do património põe algumas questões que talvez valha a pena esclarecer:

a) Em primeiro lugar, a lei só quis punir a *diminuição* fictícia do património, e já não o seu *aumento* fictício (455). O aumento fictício do património não releva *autonomamente*, em caso algum, como acção típica da insolvência dolosa, podendo, quando muito, consubstanciar um crime de burla — será esse, *v. g.*, o caso do devedor que, conhecendo as graves dificuldades económicas em que se encontra, apresenta um activo superior (ou um passivo inferior) ao real para assim conseguir determinar outrem a conceder-lhe um financiamento (456).

b) Mas, se a intenção de punir a diminuição fictícia do *património* é confirmada pela previsão da alínea *c)* do art. 325.º — a criação e o agravamento artificiais de prejuízos e a redução artificial de lucros representam indubitavelmente uma diminuição fictícia do património —, já a estrutura a que obedece a hipótese da alínea *b)* suscita várias reservas.

Com efeito, a *subordinação* das várias acções aí descritas à diminuição do *activo*, que o emprego dos vários gerúndios — «o devedor que diminuir ficticiamente o seu activo, dissimulando [...], invocando [...], reconhecendo [...], incitando [...], simulando [...], não organizando [...]» — torna inequívoca (457), é infeliz. Há que ver: a invocação de dívidas supostas, o reconhecimento de créditos fictícios e o incitamento de terceiros a apresentar esses créditos não podem reconduzir-se a uma diminuição fictícia do activo

(455) O direito anterior ao CP de 1982 (art. 144.º do CFal de 1899, reproduzido, neste ponto, pelos arts. 323.º do CPCom de 1905, 197.º do CFal de 1935, 1303.º do CPCiv de 1939 e 1277.º do CPCiv de 1961) incriminava também o aumento fictício do património («descrição de créditos fictícios no balanço»): cfr. LUÍS OSÓRIO, *cit.*, p. 192.

(456) A simulação de um activo superior à realidade pode constituir um *meio* de angariar fundos em condições ruinosas, como forma de protelar a declaração de insolvência (art. 325.º, alínea *d)*). Se assim for, *concorrerá* para o cometimento de um crime de insolvência dolosa — mas não constituirá, *a se*, um crime de insolvência dolosa. Por isso sublinhámos no texto o advérbio autonomamente.

(457) A alínea *b)* do art. 325.º não obedece à técnica dos «exemplos-padrão», pois a enumeração das condutas que «diminuem o activo» é taxativa. A técnica dos exemplos-padrão é utilizada apenas para definir a simulação de uma situação patrimonial inferior à realidade: a contabilidade inexacta, o balanço falso, etc., não implicam necessariamente que se esteja perante uma simulação e esta pode ocorrer por outras formas.

(património bruto) — trata-se, evidentemente, de formas de *agravação artificial do passivo*, que, à semelhança da criação ou agravamento de prejuízos punidos pela alínea *c)*, em nada contendem com o activo. Em verdade, o que se quis tipificar como modalidade-base da acção típica foi a diminuição fictícia do *património líquido*; e é claro que essa diminuição pode ser conseguida tanto através da diminuição fictícia do activo (*v. g.*, da dissimulação de coisas ou créditos), como através do agravamento fictício do passivo (*v. g.*, da invocação de dívidas inexistentes). Mas o legislador, ao restringir a punição às condutas que interferem no activo, disse menos do que queria — ou, o que leva ao mesmo, definiu mais do que devia.

Este facto põe o intérprete perante a inevitável necessidade de optar por uma de duas leituras. Ou toma o vocábulo «activo» no seu correcto sentido de *património bruto* — e consequentemente reconhece a absoluta inaplicabilidade da norma do art. 325.º, n.º 1, alínea *b)*, na parte em que prevê condutas referidas ao passivo (incluindo a simulação de situação patrimonial inferior à realidade que se traduza em manobras fraudulentas sobre o passivo), já que elas não levam, por definição, a uma diminuição fictícia do activo. Ou toma o dito vocábulo em um sentido impróprio, como *património líquido* — e pode deparar com os obstáculos postos pelas exigências de interpretação estrita das normas incriminadoras, já que esta solução alarga incontestavelmente a punibilidade.

Tudo pesado, cremos — digamo-lo: com dúvidas — ser esta última a melhor opção. É certo que o legislador, querendo designar o «património», ou a «situação patrimonial», não devia referir-se ao «activo», que constitui um conceito com um significado técnico preciso, sobretudo em um contexto onde abundam os conceitos técnicos utilizados na linguagem contabilística («balanço», «contabilidade inexacta», «contabilidade devida», «prejuízos», «lucros», etc.). Todavia, a consideração global do tipo da alínea *b)*, nomeadamente da previsão da simulação, «por qualquer outra forma», de uma situação patrimonial inferior à realidade, parece justificar a interpretação proposta, que ainda encontra correspondência na letra da lei, sendo no entanto conveniente emendar este lapso na sede adequada (458).

(458) A tipificação da «diminuição do activo» nos termos descritos é, ao que sabemos, uma originalidade do CP de 1982 e provém do ProjCP Correia (art. 226.º, alínea *b)*). Com efeito, não conhecemos outro diploma legislativo, português ou estrangeiro, que alguma vez a tenha configurado como modalidade-base a que se devam referir as condutas que se lhe seguem.

Do que fica dito decorre já que se deve admitir que a invocação de dívidas supostas, o reconhecimento de créditos fictícios, o incitamento de terceiros a apresentá-los e a simulação, por qualquer forma (nomeadamente através dos meios enumerados), de uma situação patrimonial inferior à realidade (459) podem integrar a previsão da alínea *b)* do art. 325.º, quando constituam diminuições fictícias do *património*, posto que não se traduzam, necessariamente, em uma diminuição do *activo*.

c) Uma palavra ainda no que toca a acção de *incitar terceiros a apresentar créditos fictícios* (460).

A autonomização desta acção típica, no n.º 1 do art. 325.º, é assaz peculiar. Ela visa punir a título de autoria imediata condutas que estariam, em princípio, abrangidas pelas regras da instigação, se tivermos em atenção a norma do n.º 3 do mesmo artigo. Analisemos mais pormenorizadamente a articulação destas disposições.

aa) Vimos que, em geral, os crimes falenciais constituem crimes específicos do devedor. Contudo, o n.º 3 do art. 325.º introduz uma excepção à regra, punindo autonomamente, como *autor imediato*, o terceiro que praticar os factos previstos no n.º 1, desde que o faça com conhecimento ou em benefício do devedor. A razão de ser desta solução parece residir no facto de que grande parte das condutas típicas podem ser praticadas, com êxito, por terceiros *ao serviço da vontade do devedor* — e por isso se exige que as condutas sejam conhecidas do devedor, ou levadas a cabo em seu benefício (461) —, tornando-se todavia muito difícil provar a comparticipação criminosa para os efeitos do art. 28.º do CP. Deste modo, dado o carácter específico do crime, seria bastante fácil frustrar a proibição: bastaria provar, *v. g.*, que a apresentação de contabilidade inexacta se deve à iniciativa do contabilista, mesmo que conhecida do devedor, para que tanto um como outro permanecessem impunes. Assim, por um lado, a forte probabilidade de certas condutas integradoras do tipo objectivo praticadas por um terceiro serem produto de um qualquer *consilium fraudis* e, por outro, o carácter específico do crime e as dificuldades na prova da comparticipação criminosa, levaram o legislador a punir autonomamente, como autor imediato — embora com uma pena especialmente atenuada —, o terceiro que, segundo as regras gerais, não seria punido, ou que, quando muito, integraria a figura de co-autor ou de cúmplice, nos termos do art. 28.º do CP (462).

Pois bem: revertendo ao incitamento de terceiro previsto no n.º 1, damo-nos conta de que a tipificação desta conduta como crime do devedor significa punir nos quadros da autoria imediata o devedor-instigador do crime do terceiro. Conclusão que nos põe três ordens de problemas: o momento da consumação do crime, a influência das regras da instigação na determinação do regime aplicável e a possível concorrência de dois critérios de imputação do crime ao devedor.

bb) Como é manifesto, o incitamento, só por si, não pode conduzir à *diminuição fictícia do património* a que se encontra subordinado. Para que essa diminuição fictícia ocorra é imprescindível — embora não suficiente — que os créditos venham a ser apresentados.

Assim, o simples facto de incitar um terceiro a apresentar créditos falsos não consuma o crime previsto pela alínea *b)* do art. 325.º, podendo, quando muito, consubstanciar uma *tentativa* de provocar uma diminuição fictícia do activo. Contra esta asserção parece não valer o argumento de que ela viola o princípio da culpa por fazer depender o grau da punição de um facto de terceiro. Com efeito, mesmo para quem entenda que a ocorrência da insolvabilidade não interessa à consumação, é forçoso admitir que o ilícito-típico, se não se completa com a acção de incitar, também não erige em resultado punível a efectiva apresentação dos créditos por terceiro: a consumação dar-se-á, quando muito, com a *diminuição fictícia do património de que tal apresenta-*

(459) Uma vez desvinculada da diminuição do *activo* e referida à diminuição (fictícia) do *património*, a simulação punida pela norma em apreço constitui um verdadeiro *Auffangtatbestand*, onde se acolherão as hipóteses não especificadas nas previsões que a precedem.

(460) Trata-se de outra originalidade do direito português contemporâneo, de que não encontramos rasto anterior ao ProjCP Correia.

(461) O § 283d do StGB *(Schuldnerbegünstigung)*, que contém uma disposição análoga à do art. 325.º, n.º 3, exige que a conduta seja praticada com o acordo ou em benefício do devedor. Na prática, o conhecimento exigido pela lei portuguesa traduzir-se-á também, pelo menos, num acordo tácito.

(462) Neste sentido, MAIA GONÇALVES, *cit.*, 325.º [3]. A participação criminosa é bastante frequente nos crimes falenciais. A verificação desse facto levou logo a nossa legislação mais antiga a prever especificamente a punição dos comparticipantes da bancarrota — muitas vezes com as penas aplicáveis aos autores — e, mesmo, a tipificar as respectivas condutas em disposições autónomas: cfr. o n.º 6 do Título 66 do Livro V das OrdFil, o Título 41, § 4, do ProjCC Melo Freire, o n.º 1150 do CCom de 1833 e os arts. 447.º, § 2.º, do CP de 1852, 742.º do CCom de 1888 e 198.º, § único, do CFal de 1935. Cfr. ainda a acurada resenha de FURTADO SANTOS, *cit.*, p. 338 ss.

ção é simples meio. Ora, se a apresentação de créditos inexistentes por terceiro levará, quase inevitavelmente, ao resultado proibido, nem por isso os dois factos deixam de ser lógica e normativamente distintos. Pense-se, *v. g.*, no seguinte caso (463): *A* incita *B* a apresentar créditos fictícios, para assim provocar uma diminuição artificial do seu património; *B*, tendo inicialmente acedido a essa solicitação, é todavia assaltado, no derradeiro momento, pelo receio de incorrer em responsabilidade criminal e, ao apresentar os créditos inexistentes, reconhece simultaneamente dívidas fictícias, *no mesmo montante*, para com *A*. Aumentou-se ficticiamente o passivo, mas não se produziu, em virtude do idêntico aumento artificial do activo, uma diminuição fictícia do património, pelo que o crime não se consumou (464). Assim, nesta hipótese, *B* não deverá ser punido, por força do art. 24.º, n.º 1, do CP, enquanto que *A* deverá ser punido a título de tentativa, nos termos do n.º 1 do art. 325.º

cc) O facto de a presente incriminação constituir, aparentemente, uma adaptação da instigação às formas da autoria imediata não implica forçosamente que o seu regime seja condicionado pelas regras próprias daquela forma de comparticipação.

A expressão *incitamento* do art. 325.º, n.º 1, alínea *b)*, parece coincidir com a noção de *determinação dolosa* do art. 26.º, acentuando talvez uma ideia de insistência que, contudo, não se afigura dotada de suficiente relevo normativo para a autonomizar da segunda.

Mas existe no art. 325.º um importante desvio relativamente aos pressupostos da punibilidade da instigação: a responsabilidade do devedor não depende de um começo de execução por parte do terceiro. Por isso, o incitamento recusado por terceiro, ou aceito mas não posto em prática, consubstancia uma tentativa *punível* do crime de insolvência dolosa por parte do devedor. Poder-se-ia questionar, atendendo ao princípio da necessidade da intervenção penal consagrado no art. 18.º da CRP, a legitimidade desta desvinculação completa do princípio da acessoriedade, *sc.*, da dispensa de um começo de execução por parte do «instigado», que consubstancie, pelo menos, um início de perigo. Sem razão porém. Vejamos.

(463) Admitimo-lo: de dificílima — mas possível — verificação.

(464) Não podem, por isso, transpor-se para esta sede as críticas que dirige A. M. ALMEIDA COSTA (*cit.*, p. 188 s.) à concepção bilateral do crime de corrupção, nomeadamente à necessidade de aceitação da peita por parte do funcionário para a consumação do crime de corrupção activa: é que aí, diversamente do caso do texto, o acto de terceiro — a aceitação — seria verdadeiramente o resultado típico.

Esta disposição, que, como vimos, provém do ProjCP Correia, tem que compreender-se à luz do raciocínio vertido no art. 31.º do mesmo, o qual, traduzindo o «parágrafo Duchesne» (actual § 30 do StGB), punia quem tentasse determinar outrem à prática de um crime com a pena correspondente à da tentativa desse crime (465). Por isso, a punição do devedor pelo simples facto de incitar um terceiro a apresentar créditos falsos, independentemente de um começo de execução por parte deste, decorreria logo da aplicação das regras gerais. Contudo, o Projecto previa já, no seu art. 226.º, n.º 3 (actual 325.º, n.º 3), uma atenuação da pena relativamente ao crime fundamental do respectivo n.º 1. O que significa que a tentativa frustrada de instigação por parte do devedor deveria ser punida, de acordo com o art. 31.º do ProjCP Correia, *na moldura atenuada do n.º 3 do art. 325.º* Ora, foi provavelmente essa responsabilidade atenuada que se quis afastar com a autonomização do incitamento como crime próprio do devedor no n.º 1 (466).

Todavia, como se sabe, a punição da tentativa de participação não foi acolhida pelo texto definitivo do CP de 1982. Como explicar, então, a desvinculação do incitamento do princípio da acessoriedade? Cremos que, apesar de a *previsão genérica* de um preceito com o conteúdo do art. 31.º do ProjCP Correia ser de bondade algo duvidosa (467), casos há em que o simples incitamento à prática de um crime constitui já, *ele próprio*, uma ofensa a um bem jurídico, em virtude de circunstâncias particulares: assim, o *carácter público* da instigação/incitamento nos crimes dos arts. 186.º, 285.º, n.º 1, 357.º, n.º 1, e 364.º, n.º 1, do CP, adscreve às respectivas condutas uma perigosidade intrínseca para os bens jurídicos protegidos por esses tipos. No art. 325.º, n.º 1, alínea *b)*, passa-se algo de semelhante: é o devedor quem detém o controle total sobre a viabilidade da conduta criminosa empreendida pelo terceiro, só ele gozando do poder de contestar ou de reconhecer os créditos falsos. Então, facilmente se compreende que o simples incitamento

(465) Cfr. *Actas PG*, p. 206 ss.

(466) Curiosamente, o devedor, para quem é talhado o crime específico, assume nesta hipótese o papel de *extraneus* face ao facto do terceiro, já que não é, evidentemente, um terceiro relativamente ao próprio património.

(467) Cfr. logo a viva oposição de GOMES DA SILVA à norma do art. 31.º, in *Actas PG*, p. 207 ss. No sentido de que, «de um ponto de vista político-criminal, não se suscitam objecções decididas contra a possibilidade [punibilidade?] de uma tentativa falhada de instigação» (interpolação nossa), cfr. FIGUEIREDO DIAS, *DP 1976*, p. 88, concordando embora, em tese geral, com o carácter «altamente contestável» da regulamentação contida no art. 31.º do ProjCP Correia (*ibid.*, p. 8).

à apresentação dos créditos fictícios consubstancie logo um elevado perigo de ofensa para o bem jurídico protegido, pois representa uma *disponibilidade de princípio por parte do devedor de não obstar à produção do perigo que só ele pode evitar.* O que nos leva a concluir que o incitamento de terceiro a apresentar créditos fictícios não integra uma mera forma de comparticipação, antes consubstancia um desvalor criminal autónomo, susceptível de se reconduzir à noção de crime de perigo abstracto (468).

dd) Por outro lado, no caso de haver um começo de execução, pode pôr-se um problema de concorrência de *critérios de imputação* do crime ao devedor. Com efeito, vimos que o n.º 3 do art. 325.º pune «o terceiro que praticar algum dos factos descritos no n.º 1 deste artigo com o conhecimento do devedor ou em benefício deste». Assim, ao lado da punição fundada na alínea *b)* do n.º 1, perfila-se a possibilidade de punição do devedor nos quadros da comparticipação, como *instigador* (art. 26.º do CP), pois quem incita também determina dolosamente (469); de outra parte, o começo de execução pelo terceiro, subsequente ao incitamento por parte do devedor, é, ao menos, conhecido deste último, pelo que a conduta do terceiro preenche o n.º 1, alínea *b),* e o n.º 3 do art. 325.º e constitui, simultaneamente, execução do crime para efeitos do art. 26.º Como articular, então, nestes casos, a imputação do crime ao devedor nos quadros da autoria simples imediata (art. 325.º, n.º 1, alínea *b),* do CP), com a imputação do crime nos quadros da comparticipação (art. 325.º, n.º 3, e art. 26.º do CP)?

Cremos poder afirmar que, havendo começo de execução, a responsabilidade do devedor-instigador deve fundamentar-se na alínea *b)* do art. 325.º, n.º 1, pelo que o seu facto não deve ser tratado nos quadros da comparticipação criminosa, mas sim como verdadeiro caso de autoria imediata. Na verdade, não se compreenderia que o devedor beneficiasse da atenuação da pena prevista no n.º 3 do art. 325.º pelo simples facto de conseguir o resultado proibido — a diminuição fictícia do património — através da colaboração de terceiro.

(468) Daqui se retira que a instigação ao incitamento do art. 325.º, n.º 1, alínea *b),* constitui um facto punível nos termos dos arts. 26.º e 28.º do CP, e não uma instigação à instigação: cfr., a propósito, as *Actas PG,* p. 196, onde o Sr. Prof. Doutor Eduardo Correia explica a razão por que o art. 27.º, n.º 4, do Projecto de 1963 exigia que a determinação fosse *directa.*

(469) O problema pôr-se-á também, havendo começo de execução, para quem não identifique as duas expressões, sempre que a determinação dolosa constituir um verdadeiro incitamento.

Em resumo:

— O devedor que incite um terceiro a apresentar créditos fictícios comete uma tentativa de insolvência dolosa sempre que os créditos não venham a ser efectivamente apresentados, ou, havendo apresentação, sempre que ela não provoque uma diminuição fictícia do património. É dizer: o crime do devedor não se consuma antes de a apresentação dos créditos falsos provocar uma diminuição fictícia do seu património (470).

— O devedor que determine dolosamente um terceiro a apresentar créditos fictícios deve ser considerado autor imediato do crime de insolvência dolosa previsto no art. 325.º, n.º 1, alínea *b),* e não instigador do crime de insolvência dolosa punido pelo n.º 3 do mesmo artigo, em conjugação com o art. 26.º, mesmo que haja começo de execução por parte do terceiro.

d) A incriminação da não organização da contabilidade devida, nos termos em que a lei a prevê, é supérflua (471). Com efeito, a pura omissão da organização da contabilidade, com intenção de prejudicar os credores, não tem, por si só, qualquer ligação com a diminuição fictícia do património a que está subordinada. Tal conexão só existirá quando a dita omissão constituir o *meio fraudulento* por que se consegue a diminuição fictícia. E, nesse caso, a norma é inútil. Vejamos.

A manifestação em juízo de determinado estado patrimonial deve ser comprovada através da exibição da contabilidade legalmente exigida. Perfilam-se então várias hipóteses: se a contabilidade for exacta e corresponder à situação manifestada, não haverá crime; se a contabilidade for exacta, mas não corresponder à situação manifestada, poderá estar-se perante uma diminuição fictícia do património através de uma das formas previstas no art. 325.º, n.º 1, alínea *b)* — excluída, naturalmente, a parte em que se refere a apresentação de contabilidade inexacta; se a contabilidade for falsa e corresponder à situação manifestada, poderá estar-se perante a simulação de uma

(470) E, como veremos, consuma-se até em momento posterior.

(471) A diferença de redacção entre o art. 325.º, n.º 1, alínea *b)* («contabilidade devida»), e o art. 326.º, n.º 2, 1.ª parte («disposições que a lei estabelece para regularidade da escrituração e das transacções comerciais»), mostra que o âmbito da incidência subjectiva da primeira norma é mais amplo do que o da segunda: aquela é aplicável a todos os sujeitos legalmente obrigados a manter uma contabilidade, enquanto que esta se aplica apenas aos sujeitos obrigados a manter uma escrituração das transacções comerciais, *sc.,* aos comerciantes; desenvolvidamente, *infra,* 2.6.

situação patrimonial inferior à realidade através da «apresentação de contabilidade inexacta».

Ora, se a contabilidade não estiver organizada, tornar-se-á muito difícil reconstruir a actividade económica do devedor e controlar a exactidão dos dados por ele manifestados em juízo. Porém, como a lei relega a não organização da contabilidade para o estatuto de simples *meio* de conseguir uma diminuição fictícia do património, não basta provar aquela omissão para se considerar preenchido o tipo; é necessário provar a inferioridade do património manifestado em relação ao património realmente existente. Só assim se poderá provar que a não organização da contabilidade foi o expediente utilizado pelo agente para tentar impedir o controle do estado patrimonial fictício por si apresentado. Mas, justamente, a previsão em apreço é perfeitamente supérflua para abranger esta hipótese: sempre que aquela última prova se faça, o facto cai inevitavelmente na previsão da simulação, *por qualquer forma*, de uma situação patrimonial inferior à realidade, constante da mesma alínea.

Tudo seria diferente, é claro, se o tipo não vinculasse a não organização da contabilidade à diminuição fictícia do património, subordinando-a apenas à intenção de prejudicar os credores. Mas esse não é o caso.

1.5. Os actos que visam *ocultar uma situação de insolvência conhecida do devedor* compreendem as condutas descritas *supra* na alínea *d)*. A sua punição está subordinada à presença de uma intenção específica — a intenção de retardar o reconhecimento da insolvência ([472]-[472bis]). Vale por dizer que a

([472]) A lei refere-se à *declaração de falência*, mas trata-se certamente de um resquício do direito anterior que o legislador se esqueceu de eliminar (cfr. o texto do preceito antes da nova redacção introduzida pelo CFal). Realmente, à luz do novo direito concursual, não faria sentido algum referir as condutas típicas ao intuito de retardar a declaração de *falência:* cfr. *infra*, B), Cap. III, 1. Em sentido diferente, aparentemente, CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *cit.*, p. 36.

([472bis]) *(Nota de actualização)* O DL n.º 48/95, ao aprovar a revisão do CP, substituiu a expressão «para retardar a declaração de falência» por «para retardar falência» (cfr. o art. 227.º, n.º 1, alínea *d)*, do CP).

No que toca o emprego do vocábulo falência por insolvência, vale o que escrevemos na nota anterior. Relativamente à ablacção dos termos «a declaração de», cremos que se trata de um novo lapso, desta feita originado pela redacção da L. n.º 35/94, de 15-09-1994 (*DR*, n.º 214/94, I-A Série), que autorizou o dito Decreto-lei. Quem entender que a modificação foi intencional — e, portanto, não aceitar que vale ainda o que a seguir se expende no texto a propósito da necessidade de o devedor se encontrar já incurso numa situação de insolvência para que as condutas se tornem tipicamente relevantes — deverá acautelar o perigo

compra de mercadorias a crédito com o fim de as alienar por preço sensivelmente inferior ao corrente e a angariação de fundos em condições ruinosas ([473]), efectuadas com a intenção de prejudicar os credores, só preencherão o tipo do art. 325.º, n.º 1, alínea *d)*, quando praticadas com o específico fim de protelar o reconhecimento judicial da situação de insolvência.

A exigência da intenção de *retardar a declaração* de insolvência reflecte-se também no tipo objectivo e mostra-nos que a situação prevista é substancialmente diversa das anteriores. Já não se trata de punir diminuições, reais ou fictícias, do património. É verdade que aquelas condutas importarão, normalmente, um prejuízo real para o devedor e, consequentemente, uma depreciação efectiva do seu património. Mas a verificação do prejuízo do devedor não é, para os efeitos desta norma, um elemento tipicamente relevante. O suposto implícito da norma é o de que o devedor se encontra em uma situação de insolvência, conhece essa situação e, apesar disso, mantém uma actividade económica aparentemente normal, lançando mão de «balões de oxigénio» que lhe permitam evitar a *revelação* do estado de insolvência e a respectiva declaração ([474]). Ainda a este propósito, há que ter em conta que a lei não se basta com uma *situação de insolvência iminente*, cuja *ocorrência* as condutas criminosas pretendem evitar: o emprego da expressão «*retardar a declaração*» de insolvência impõe que o devedor se encontre já em uma *situação de impossibilidade de cumprir as suas obrigações*. Assim, diversamente do que acontece nas hipóteses precedentes, a lei define inequivocamente o lapso de tempo em que as condutas descritas são tipicamente relevantes: estamos perante condutas necessariamente praticadas depois da ocorrência da insolvência e antes do respectivo reconhecimento judicial (crimes falenciais «pós-insolvenciais»).

1.6. A conduta prevista pelo n.º 4 do art. 325.º constitui também um crime doloso ([475]); aquela norma pune o devedor concordatário, já declarado

de conceder relevância típica às condutas praticadas por devedores a braços com meras dificuldades financeiras. A exigência da intenção de *retardar* a situação de insolvência apontará então, ao menos, para a contemporaneidade das condutas com a situação de *insolvência iminente* de que fala o actual art. 229.º do CP (cfr. *infra*, 3.2. e B), Cap. II, 4.1.).

([473]) *Vd. supra* [n. 452*bis*].

([474]) O direito italiano conhece uma incriminação semelhante, ao punir, no art. 218.º do RD de 1942, o recurso abusivo ao crédito do devedor que «recorre ao crédito dissimulando a própria ruína». Todavia, esta norma não exige uma específica intenção de retardar a declaração de falência, nem que o crédito seja obtido em condições ruinosas.

([475]) Assim, FORNASARI, *cit.*, p. 663 ss.

insolvente, que não justificar a regular aplicação dada aos valores do activo existentes à data da homologação da concordata durante a vigência da mesma. O modo de aplicação desta norma, nomeadamente do ponto de vista da sua articulação com o processo concursual, não é evidente.

Por um lado, não cabe ao tribunal civil pronunciar-se, oficiosamente ou a requerimento, sobre a regular aplicação dos valores patrimoniais pelo devedor concordatário: a sua intervenção nesta fase do processo limita-se à anulação da concordata ou à declaração de falência do devedor, a requerimento dos credores, uma vez verificados os pressupostos exigidos pela lei (respectivamente, arts. 72.º e segs. e 76.º e segs. do CFal). Parece, então, que nada obsta a que os credores, adquirindo conhecimento da prática do crime em virtude dos poderes de fiscalização que a lei lhes confere (art. 68.º, n.º 2, do CFal), dêem notícia dela às autoridades judiciais, que deverão actuar nos termos que a lei processual penal prevê para a perseguição dos crimes públicos (476). O exercício da acção penal não depende, portanto, do requerimento de uma providência ou decisão ao tribunal civil, pelo que o tribunal criminal poderá ter que apreciar *substancialmente* a justificação da aplicação dos valores pelo devedor em qualquer momento da vigência da concordata.

Por outro lado, a formulação da conduta proibida (omissão pura) suscita algumas objecções. Antes de mais, não pode confundir-se a não justificação da aplicação regular dos valores com o simples incumprimento das obrigações assumidas na concordata pelo devedor, o qual tem por sanção a anulação da mesma (477), sob pena de se tornar a sanção penal em mero suplemento (não necessário) da sanção civil. Em segundo lugar, não pode cometer-se aos credores a competência para o juízo sobre a regularidade ou irregularidade da aplicação dos valores. A vaguidade da expressão utilizada aconselha que se adoptem tópicos interpretativos objectivos, e, tanto quanto possível, estritos, tais como a dissipação e a sonegação de bens, tomando por parâmetro as exigências de uma actividade económica regular.

Enfim, resta aplaudir sem reservas o parecer de Fornasari (478) sobre a

(476) A mesma solução vale, evidentemente, para os casos em que as autoridades judiciárias adquirem conhecimento da prática do crime pelos seus próprios meios — hipótese estritamente académica, ao que julgamos, no que a este crime diz respeito.

(477) Cfr. o art. 66.º, n.º 1, alínea *b)*, do CFal. Diversamente, o art. 217.º, alínea 1.ª, n.º 5, do RD de 1942, incrimina o puro incumprimento das obrigações assumidas pelo devedor concordatário: cfr. já a seguir no texto.

(478) FORNASARI, *cit.*, p. 651 (n. 3) e 663 ss.

incriminação semelhante acolhida no art. 217.º, alínea 1.ª, n.º 5, do RD de 1942: «trata-se de uma hipótese tão anómala e anacrónica que merece sem meios termos a qualificação de 'resto de velhas e superadas concepções jurídicas' que lhe foi atribuída por F. Antolisei». É claro que os credores merecem tutela contra os comportamentos fraudulentos do devedor concordatário, até por força da densidade da relação corporizada na concordata: a renovada manifestação de confiança num devedor que já deixou de cumprir (479). Simplesmente, essa tutela não deveria ser conseguida através de uma formulação típica que lembra irresistivelmente formas passadas de responsabilidade penal por presunção: da não justificação da aplicação dos valores patrimoniais «presume-se» *de jure* a sonegação ou a dissipação de bens, remetendo por isso a norma de sanção para o n.º 1 do mesmo artigo.

Se se quer ameaçar com pena a sonegação e a dissipação de bens pelo devedor concordatário, devem ser essas, e não outras que meramente as indiciem, as condutas puníveis. Se a simples não justificação dos valores do activo constitui já ela própria, na óptica do legislador, um facto merecedor de reprovação, julgamos que o emprego da sanção penal é desnecessário e desproporcionado; a repressão dessa conduta deveria então fazer-se sob a forma de contraordenação, como se chegou a propor no seio da 2.ª Comissão Revisora do CP (480).

1.7. A consideração sumária da caracterização dos ilícitos-típicos sugerida pela letra do art. 325.º suscita imediatamente algumas perplexidades:

— de que forma (i) a diminuição real do próprio património, (ii) a simulação de situação patrimonial inferior à realidade, (iii) a compra de bens a crédito para revenda abaixo do preço corrente e a angariação de fundos em condições ruinosas que visam retardar a declaração de uma situação de insolvência já existente e (iv) a não justificação da regular aplicação dos valores do activo pelo devedor concordatário *ofendem o património dos credores?*

— como articular o direito de disposição sobre o próprio património e o direito de livre iniciativa privada com a incriminação de condutas (arts. 325.º, n.º 1, alíneas *a)* e *d)*) que se encontram, em princípio, *cobertas pelo exercício desses direitos*, sem admitir que a qualificação penal do facto se encontra na *intenção de prejudicar?*

(479) Cfr. *infra*, B), Cap. II, 5.5.

(480) Cfr. *Actas Proj91*, p. 349.

— qual o conteúdo do conceito «património», como entidade para cuja destruição, etc., o art. 325.º, n.º 1, alínea *a)*, comina uma pena?

— onde pode fundar-se o desvalor material criminalmente relevante da simulação de uma situação patrimonial inferior à real, a que podem reconduzir-se todas as condutas das alíneas *b)* e *c)* do art. 325.º?

— por que razão estes últimos normativos punem como crimes falenciais condutas que, em princípio, não levam a uma *verdadeira* situação de insolvência?

— por que razão à declaração de falência *causada* pelas condutas típicas faz incorrer o agente em uma pena agravada?

2. A *Falência não intencional* (art. 326.º do CP)

2.1. A *Falência não intencional* apelidava-se, no direito anterior, *Falência por negligência.* Este ilícito-típico apresenta a seguinte estrutura:

a) Criação de um estado de insolvência por

aa) grave incúria ou imprudência ([481]),
bb) prodigalidade ou despesas manifestamente exageradas ([482]),
cc) especulações ruinosas ([483]) ou
dd) grave negligência no exercício da actividade;

([481]) Cfr. os arts. 737.º do CCom de 1888 e 143.º do CFal de 1899 (reproduzido, neste ponto, pelos arts. 322.º do CPCom de 1905, 196.º do CFal de 1935, 1302.º do CPCiv de 1939 e 1276.º do CPCiv de 1961).

No direito italiano, cfr. o art. 217.º, alínea 1.ª, n.º 2, do RD de 1942. No direito alemão, cfr. o § 283, alínea 1.ª, n.º 2, e alínea 2.ª do StGB.

([482]) Cfr. o n.º 1147, 1.º, do CCom de 1833 e os arts. 737.º do CCom de 1888 e 143.º do CFal de 1899 (reproduzido, neste ponto, pelos arts. 322.º do CPCom de 1905, 196.º do CFal de 1935, 1302.º do CPCiv de 1939 e 1276.º do CPCiv de 1961). Apesar de a insolvência civil «não fraudulenta» nunca ter sido punida no direito português, a *prodigalidade manifesta* também constituía, na vigência do D. n.º 21 758, de 22-10-1932 (art. 20.º), uma das modalidades do crime de insolvência *fraudulenta*, ao lado do jogo de fortuna ou azar.

No direito italiano, cfr. o art. 217.º, alínea 1.ª, n.º 1, do RD de 1942. No direito alemão, cfr. o § 283, alínea 1.ª, n.º 2, e alínea 2.ª do StGB.

([483]) Cfr. o n.º 1147, 3.º, do CCom de 1833.

No direito italiano, cfr. o art. 217.º, alínea 1.ª, n.º 2, do RD de 1942. No direito alemão, cfr. o § 283, alínea 1.ª, n.º 2, e alínea 2.ª do StGB.

b) Incumprimento das disposições legais relativas à regularidade da escrituração e das transacções comerciais ([484]-[484*bis*]);
c) Não apresentação à falência nem aos processos de recuperação, apesar do conhecimento da situação de insolvência ([485]-[485*bis*]).

A enumeração precedente mostra bem a heterogeneidade das condutas punidas pelo(s) tipo(s) do art. 326.º Procuremos reduzi-las a unidades mais simples e deslindar o seu sentido.

2.2. As condutas enumeradas na alínea *a)* têm em comum o serem *causas de um estado de insolvência.* Estamos, pois, perante crimes de resultado, resultado esse que há-de ser imputado à conduta de acordo com as regras da causalidade adequada ([486]).

A expressão legal das várias condutas através de conceitos normativos, que requerem um importante labor de concretização judicial perante o caso em juízo, torna, mais do que fastidiosa, praticamente inútil a apresentação de situações em que se verifique cada uma das previsões.

Poderia parecer, à primeira vista, que o n.º 1 do art. 326.º se limita a *exemplificar* espécies de condutas *negligentes* que, segundo as regras da experiência, podem provocar a insolvência do devedor: com efeito, todas elas, da grave incúria às especulações ruinosas, parecem ser subsumíveis à expressão «grave negligência no exercício da sua actividade», que constituiria, por isso,

([484]) Cfr. o n.º 1148, 1.º, do CCom de 1833, e os arts. 737.º do CCom de 1888, 143.º do CFal de 1899 (reproduzido pelo art. 322.º do CPCom de 1905), 196.º do CFal de 1935, 1302.º do CPCiv de 1939 e 1276.º do CPCiv de 1961.

No direito francês, cfr. o art. 197.º, alínea 4.ª, da L. n.º 85-98, *cit.* No direito italiano, cfr. o art. 217.º, alínea 2.ª, do RD de 1942. No direito alemão, cfr. o § 283, alínea 1.ª, n.º 5, e alínea 2.ª do StGB.

([484*bis*]) *(Nota de actualização)* O DL n.º 48/95 *cit.* eliminou esta disposição do elenco das condutas puníveis: cfr. o actual art. 228.º do CP.

([485]) Cfr. o n.º 1148, 2.º, do CCom de 1833 e os arts. 697.º e 737.º, § único, do CCom de 1888, 6.º e 143.º, § 2, do CFal de 1899 (reproduzido pelos arts 188.º e 322.º, § 2, do CPCom de 1905), 5.º e 196.º, § 2, do CFal de 1935, 1139.º e 1302.º do CPCiv de 1939, 1140.º, n.º 1, e 1276.º do CPCiv de 1961.

No direito italiano, cfr. o art. 217.º, alínea 1.ª, n.º 4, do RD de 1942.

([485*bis*]) *(Nota de actualização)* O DL n.º 48/95 *cit.* eliminou esta disposição do elenco das condutas puníveis, retomando assim a solução do ProjCP Correia e do CP de 1982: cfr. o actual art. 228.º do CP; cfr. também *infra*, [n. 511].

([486]) Assim, CARLOS ALEGRE, *cit.*, p. 146.

mais do que um *Auffangtatbestand*, a verdadeira conduta típica no que diz respeito à criação da insolvência.

Todavia, não cremos que assim seja, desde logo no que toca as alíneas *bb)* e *cc)*. Na verdade, a prodigalidade, as despesas manifestamente exageradas e as especulações ruinosas que causam a situação de insolvência são *condutas dolosas*, de acordo com o art. 13.º do CP, pois não são especialmente punidas a título de negligência pelo art. 326.º, n.º 1, nem a expressão verbal da sua descrição permite concluir por uma punibilidade a esse título (487). Assim, o comportamento pródigo, as despesas *e* o seu carácter manifestamente exagerado, as especulações *e* a sua índole ruinosa, bem como, em qualquer caso, *a criação do estado de insolvência*, devem ser representadas e queridas pelo agente (ou, pelo menos, deve ser-lhe indiferente a sua ocorrência após aquela representação), sob pena de não poder afirmar-se o preenchimento do tipo subjectivo (art. 14.º do CP).

Relativamente à *grave incúria ou imprudência*, em rigor, a construção será a mesma (488): assim, a conduta do devedor que não cobra atempadamente os seus créditos, apesar de conhecer a sua exigibilidade e a situação de insolvência que dessa omissão pode advir, preenche o tipo doloso do art. 326.º Todavia, se o agente não cobrou os créditos por não saber — ainda que tal erro se deva à sua negligência — que o podia fazer, ou se não os cobrou porque acreditou — embora laborando em erro censurável — que essa omissão não acarretaria um estado de insolvência, então o tipo subjectivo da *criação de um estado de insolvência por grave incúria ou imprudência* do art. 326.º não fica preenchido (489). Aliás, esta solução é a única que permite compreender a autonomia desta fattispecie em face da incriminação da grave negligência tipificada no mesmo normativo: se por grave incúria ou imprudência se designassem condutas negligentes, estaríamos perante uma inexplicável

(487) Uma resenha da discussão em que se envolveu a doutrina italiana a propósito da natureza dolosa ou negligente da *bancarotta semplice* pode ver-se em CONTI, *DP Com*, II, p. 265 ss. No sentido do texto, CONTI, *cit.* nesta nota, p. 276 s., e FORNASARI, *cit.*, p. 672 ss.

(488) Contra, todavia, CONTI, *DP Com*, II, p. 274 s.

(489) Assim, também FORNASARI, *cit.*, p. 688 s., embora a invocação tenha que se circunscrever à natureza dolosa da *conduta*, já que a lei italiana não inclui no tipo, como se disse, o *resultado* da insolvência — facto que, segundo cremos, redobra a força do argumento em face da lei portuguesa. Uma exposição do panorama doutrinal e jurisprudencial acerca da natureza (dolosa ou negligente) do crime de *bancarotta semplice* no direito italiano pode ver-se em FERRI, *cit.*, p. 211 ss.

duplicação de previsões, pois as expressões teriam um sentido em tudo coincidente. Enfim, a solução que propomos é a única que escapa ao absurdo de se punirem condutas negligentes deixando impunes... as condutas dolosas homólogas! Efectivamente, a solução contrária levaria a que o devedor que, *v. g.*, deixa de cobrar os créditos com o fim de provocar a sua insolvência não pudesse ser punido por a sua conduta não integrar nenhum dos tipos negligentes previstos pelo art. 15.º do CP.

2.3. Esta parece-nos ser a única interpretação do art. 326.º compatível com o art. 13.º do CP.

De toda a maneira, parece que o agente que praticar, sem dolo, uma das condutas referidas — condutas que representem uma grave incúria ou imprudência, prodigalidade ou despesas excessivas, ou especulações ruinosas —, criando assim um estado de insolvência, actuará quase inevitavelmente com grave negligência. Para o preenchimento do tipo negligente bastará, então, que a violação do dever de cuidado seja causa adequada da situação de insolvência.

Ainda aqui, julgamos não ser esta a melhor interpretação do tipo legal. A junção da expressão «no exercício da sua actividade» à incriminação da grave negligência aponta inquestionavelmente para um círculo específico de agentes: aqueles que exercem profissionalmente uma actividade económica em nome próprio, *sc.*, os comerciantes (490). Com efeito, se a lei quisesse abranger todos os devedores, bastar-lhe-ia punir «quem, por grave negligência, criar um estado de insolvência». E isto é tanto mais assim quanto o legislador teve de se debater com o problema, já que a lei aludia, na redacção anterior ao CFal, ao «devedor *comerciante* que, por [...] grave negligência de exercício da *profissão*»; por isso, a manutenção da cláusula restritiva mostra que não se quis alargar a punição da causação negligente da insolvabilidade a todos os devedores. A substituição da palavra *profissão* por *actividade* deve-se, certamente, a uma preferência de estilo do legislador, ou, então, destina-se a desobrigar a lei penal de se imiscuir na querela acerca da *profissionalidade* do exercício do comércio como requisito da qualidade de comerciante.

Assim, é seguro que a punição da criação negligente da situação de insolvência não se aplica a quem não exerça uma actividade económica em nome próprio (*v. g.*, os trabalhadores por conta de outrem), sob pena de a positi-

(490) Cfr. *infra*, B), Cap. II, 1.11.

vação deste requisito se mostrar incompreensível e, portanto, inteiramente inútil.

2.4. A alteração da epígrafe do art. 326.º, de «falência por negligência» para «falência não intencional» (491), não é certamente estranha à previsão, por esta norma, de condutas dolosas. Mas a denominação encontrada não é feliz: efectivamente, se é verdade que a tipificação das condutas descritas se mostra inequivocamente talhada para a forma do dolo eventual (492) — o agente representa a possibilidade de a conduta vir a causar a insolvência e, não tendo embora a «intenção» de provocar esse evento, conforma-se com a representação e leva a conduta por diante —, nem por isso o art 326.º deixa de punir a insolvência «intencionalmente» (493) provocada, *sc.*, a conduta praticada com dolo directo. Efectivamente, a heterogeneidade das previsões contidas no art. 326.º dificilmente permitirá uma epígrafe diferente de «insolvência simples» (494).

2.5. O § 283 do StGB contém disposições que conduzem, de alguma forma, a resultados semelhantes aos proporcionados pela interpretação que propusemos para a incriminação da negligência no art. 326.º, apresentando porém uma diversa (e complexa) estrutura, repleta de remissões internas. Vejamos.

Nos vários números da alínea 1.ª descrevem-se condutas puníveis a título de dolo, desde que praticadas em uma situação de insolvência *stricto sensu*, ou de insolvabilidade existente ou iminente, conhecidas do devedor. Na alínea 2.ª pune-se a prática dolosa das ditas condutas, fora das situações de insolvência ou de insolvabilidade, desde que a elas conduzam, devendo, por isso, a sua ocorrência ser abrangida pelo dolo do agente. Seguidamente, na

(491) Apesar de, em rigor, se dever falar de «*insolvência* não intencional».

(492) Cfr. FORNASARI, *cit.*, p. 688 s., e CARLOS ALEGRE, *cit.*, p. 144.

(493) Note-se que a intenção de provocar a insolvência não é, aqui, um elemento subjectivo da ilicitude, diferente do dolo, mas tão-só a pura vontade de obter o resultado, identificando-se por isso com o elemento volitivo do dolo directo. Por isso, onde se escreve, no texto, *intenção*, pode ler-se, sem repercussões de qualquer espécie, *vontade*.

(494) A epígrafe proposta pelo Sr. Prof. Doutor Eduardo Correia na apresentação do artigo homólogo do ProjCP Correia (art. 227.º) era, justamente, a de «falência simples», à semelhança da que encimava o § 240 da KO *(Einfacher Bankrott)* então vigente na Alemanha. Contudo, a Comissão Revisora aprovou a sua substituição pela de «falência por negligência».

alínea 4.ª, n.º 2, punem-se as mesmas condutas dolosas quando conduzam à insolvência ou à insolvabilidade do devedor, desde que este represente, pelo menos levianamente, a sua ocorrência.

Por último, na alínea 5.ª, n.º 2, punem-se, a título de negligência, as condutas descritas nos n.os 2, 5 e 7 da alínea 1.ª (495) — mas tão-só essas — que conduzam à insolvência ou à insolvabilidade do devedor, desde que este represente, pelo menos levianamente a sua ocorrência.

Quer dizer: enquanto que a norma do art. 326.º pune *toda* a causação de um estado de insolvabilidade por grave negligência do devedor no exercício da sua actividade, a norma alemã correspondente (§ 283, alínea 5.ª, n.º 2, conjugada com a alínea 1.ª, n.os 2, 5 e 7, e com a alínea 2.ª) *enumera taxativamente* as condutas que tornam punível o mesmo crime negligente. E a consideração dessas condutas puníveis a título de negligência aponta também para um círculo delimitado de agentes: *inequivocamente* nos casos de violação de deveres de escrituração comercial (alínea 1.ª, n.os 5 e 7) (496) e *tendencialmente*, por força da natureza comercial de tais actos, no caso de celebração, contra os ditames de uma actividade económica regular, de negócios deficitários ou especulativos, ou reportes com mercadorias ou títulos de crédito (alínea 1.ª, n.º 2, 1.ª parte). Fora desse círculo ficam apenas os gastos ou endividamento exagerados, devidos a despesas improdutivas, a jogo ou a apostas (alínea 1.ª, n.º 2, 2.ª parte) (497). O que mostra que a lei alemã, descontadas as condutas por último descritas, também configura tendencialmente a causação

(495) São elas:

— a celebração, contra os ditames de uma administração regular, de negócios deficitários ou especulativos, ou de reportes com mercadorias ou títulos de crédito, e o gasto ou endividamento exagerados, devidos a despesas improdutivas, a jogo ou a apostas (n.º 2);

— a omissão da escrituração comercial legalmente exigida, ou a sua execução ou alteração por forma tal que a visão de conjunto do estado patrimonial do devedor resulte dificultada (n.º 5);

— a apresentação de balanços por uma forma tal que a visão de conjunto do estado patrimonial do devedor resulte dificultada, violando as regras do direito comercial (n.º 7, alínea *a)*), e a não apresentação do balanço patrimonial ou do inventário nos prazos prescritos pelo direito comercial (n.º 7, alínea *b)*).

(496) Assim, BÖHLE-STAMSCHRÄDER, *KO*12, § 283, anot. 3).

(497) Criticamente sobre a punibilidade, a título de negligência, de grande parte das condutas previstas na alínea 1.ª, n.º 2, TIEDEMANN, *LK*, § 283, nm. 208. Na opinião do A., a negligência só é pensável relativamente aos gastos e endividamento exagerados e às despesas improdutivas.

negligente de um estado de insolvência ou de insolvabilidade como crime específico dos comerciantes (498).

2.6. O segundo grupo é composto por uma única conduta: o incumprimento de deveres de escrituração comercial impostos por lei (499).

É importante notar que este preceito não se aplica a todos os sujeitos obrigados a manter uma escrituração, mas apenas àqueles que devem manter uma escrituração das suas *operações comerciais* — é dizer, aos comerciantes (500) (arts. 29.º e segs. do CCom). Deste modo, estão fora do âmbito da norma, entre outros, as sociedades civis sob forma comercial, que, por definição, não exercem uma actividade comercial.

Trata-se, pois, de um crime específico dos comerciantes e, além disso, de um crime doloso (501). A nua consideração da factualidade típica leva-nos a caracterizá-lo, *provisoriamente*, como um crime formal (omissão pura): o ilícito-típico parece esgotar-se no incumprimento de um dever extrapenal, cuja punição depende da declaração de falência do devedor.

2.7. A norma do art. 326.º, n.º 2, pune ainda o devedor que, apesar de conhecer a sua situação de insolvência, não se apresenta em juízo nem requer qualquer providência de recuperação (502). Encontramo-nos, uma vez mais, perante um crime inequivocamente doloso, próprio dos «empresários» (503).

O ponto de partida deste tipo tem em comum com o do art. 325.º, n.º 1, alínea *d)*, o facto de o devedor conhecer a situação de insolvência, já existente, em que se encontra. É, por assim dizer, um crime falencial «pós-insolvencial», singularizando-se de alguma forma, juntamente com aquela disposição referente à insolvência dolosa e o favorecimento de credores (504), relativamente aos restantes crimes falenciais.

(498) Há que notar que o § 283 do StGB prevê a imputação de outros crimes falenciais a título de negligência (cfr., *v. g.*, alínea 5.ª, n.º 1), que não depõem no sentido do texto. Todavia, a análise comparativa proposta restringe-se às *condutas negligentes* que causam um estado de insolvência, pois só estas são previstas pelo art. 326.º do CP, e, portanto, as conclusões alcançadas valem apenas em esse contexto.

(499) *(Nota de actualização)* Vd. *supra* [n. 484*bis*].

(500) Cfr. TIEDEMANN, *LK*, vor § 283, nm. 56 e 96 e segs.

(501) Assim, FORNASARI, *cit.*, p. 660 ss.

(502) *(Nota de actualização)* Vd. *supra* [n. 485*bis*].

(503) Cfr. *supra*, Parte II, Cap. III, 2.6. *in fine*, e *infra*, B), Cap. II, 1.11.

(504) Embora relativamente a este último crime a situção de insolvência não tenha que existir já, bastando a sua iminência: cfr. *infra*.

2.8. Contudo, diversamente da situação prevista no art. 325.º — em que o devedor insolvente não só não se apresenta em juízo, como também, visando prejudicar os credores, pratica determinadas acções para protelar a revelação do seu estado —, a previsão do art. 326.º, n.º 2, *in fine*, incrimina a omissão pura do cumprimento de um dever.

A este propósito, põe-se um delicado problema de interpretação. O tipo legal parece bastar-se com o conhecimento da situação de insolvência para fazer surgir o dever de apresentação em juízo. Quer dizer: a interpretação literal da norma penal leva à conclusão de que o devedor consuma o crime se não se apresentar ao tribunal imediatamente após ter conhecimento da sua situação de insolvência. A ser assim, haveria que concordar com a conclusão a que chegam Carvalho Fernandes/João Labareda (505): o devedor que se encontra em situação de insolvência, embora ainda não tenha cessado pagamentos, tem o dever de requerer a falência ou a aplicação de uma providência de recuperação, sob pena de incorrer em responsabilidade criminal. Note-se, todavia, que esta conclusão seria imposta, não, como pretendem aqueles AA., por força do art. 5.º do CFal — que, como vimos, não impõe dever de espécie alguma (506) —, *mas pela autónoma consideração do tipo legal do art. 326.º* Estaríamos então perante um dever criado através de uma autónoma valoração penal, mais exigente do que o dever estatuído pela lei civil.

É justamente aqui que vemos a primeira — e decisiva — razão de ser da improcedência de tal resultado interpretativo. Se a lei civil impõe o dever de apresentação ao devedor insolvente *apenas quando tenha cessado pagamentos* (507) e, mais do que isso, apenas quando essa cessação de pagamentos seja não só indiciadora, mas efectivamente resultado da sua situação de insolvência, então dificilmente se compreenderia que a lei penal fosse mais longe na

(505) CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *cit.*, 5.º [2]. Cfr. também *supra*, Parte II, Cap. III, 2.6.

(506) Sem receio da acusação de «legalismo» que impenda sobre esta afirmação, temos por absolutamente seguro que uma norma cujo comando se inicia pelo verbo *poder* — recordemo-la: «a empresa insolvente que se considere economicamente viável e julgue superável a deficiente situação financeira em que se encontra pode requerer em juízo a providência de recuperação adequada» — *não é apta, em caso algum, para impor um dever penalmente relevante.* Para além do argumento literal — insistimos: só por si decisivo —, cfr. *supra*, Parte II, Cap. III, 2.5. e segs., a exposição das razões substanciais que levam a distinguir a *faculdade* conferida pelo art. 5.º do CFal do *dever* imposto pelo art. 6.º do mesmo diploma.

(507) Cfr. o art. 6.º do CFal.

protecção dos interesses que justificam o dever de apresentação e impusesse ao insolvente que se apresentasse em juízo *imediatamente* após o conhecimento da insolvência, *ainda que não tivesse cessado pagamentos*, sob pena de estar a cometer um crime.

É curioso notar que a aceitação da solução em crítica equivaleria *exactamente*, no que toca o problema do surgimento do dever de apresentação ([508]), a repor o regime contido no CCom de 1888. Com efeito, apesar de o art. 687.º daquele diploma só impor o dever de apresentação após a cessação de pagamentos, «sob pena de se presumir culpa na quebra», o art. 737.º, § único, referia-se à «presunção de culpa resultante da falta de apresentação voluntária no tribunal no decêndio posterior à cessação dos pagamentos *ou ao reconhecimento da insolvabilidade* [pelo próprio devedor]» (interpolação nossa). Ouçamos só, a este propósito, as sábias palavras de Barbosa de Magalhães ([509]): «havia entre estas duas disposições uma contradição flagrante. Se só era obrigatória a apresentação do estado de quebra pelo próprio falido nos dez dias seguintes à cessação de pagamentos, como seria justo presumir culpa na falência pela falta de apresentação do falido nos dez dias posteriores ao reconhecimento da sua insolvabilidade?».

Em segundo lugar, seria extremamente difícil obter um critério para aferir o momento da consumação do crime. Na verdade, na falta de disposição expressa, parece que o crime se consumaria logo que o devedor não se apresentasse em juízo no dia imediato ao conhecimento da insolvência — solução que é manifestamente irrazoável, até pela dificuldade de provar o momento em que o devedor adquire aquele conhecimento. Além disso, e mais uma vez, a norma penal seria incongruente com o regime civil, pois, como é sabido, o art. 6.º do CFal concede ao devedor um prazo de 60 dias, após a cessação de pagamentos, para se apresentar em juízo.

Por último, existe ainda um argumento histórico que não pode deixar de pesar contra a interpretação estrita do art. 326.º do CP.

A previsão da não apresentação em juízo por parte do falido como crime de falência «culposa» é uma das poucas constantes do direito penal falencial português. Todos os diplomas que regularam os crimes falenciais (*sc.*, o CCom de 1833, o CCom de 1888, o CFal de 1899, o CPCom de 1905, o CFal

([508]) Não já, evidentemente, no que toca a presunção de culpa, que constituía, verdadeiramente, uma inversão do ónus da prova (cfr. *infra* [n. 511]), inadmissível à luz do direito penal actual (cfr. só FIGUEIREDO DIAS, *RDES*, 17 [1970], p. 18 da sep.)

([509]) BARBOSA DE MAGALHÃES, *CFal Anot.*, p. 48.

de 1935, o CPCiv de 1939 e o CPCiv de 1961) continham uma disposição análoga ([510]), à excepção do CP de 1982 ([511]). E todos eles subordinavam a incriminação da não apresentação em juízo à violação do dever de apresentação nos termos estatuídos pelas respectivas normas civis, nomeadamente no que dizia respeito ao prazo que estas concediam para o cumprimento desse

([510]) Cfr. *supra* [n. 485].

([511]) O ProjCP Correia também não punia a não apresentação do falido e as *Actas* não fornecem qualquer explicação para tal descriminalização (cfr. *Actas PE*, p. 160 s.). Este facto é tanto mais estranho quanto em todos os diplomas anteriores a não apresentação do falido, não só era punida, como «fazia presumir a culpa» (sobre a origem das presunções de culpa nos crimes falenciais, que parece remontar à Ordenança de Luís XIV, de 1673, a qual, por sua vez, terá incorporado os ensinamentos de Benvenuto Stracca, cfr. PUNZO, *Delitto*, p. 9 ss., e *infra*, B), Cap. II, 1.2.).

Desde o CCom de 1888 até ao CPCiv de 1939, a presunção de culpa referia-se à não apresentação, e não à causação da falência propriamente dita, pois, de uma forma ou de outra, todos os pertinentes preceitos ligavam a prova em contrário (cujo ónus incumbia ao falido) à prova de um legítimo impedimento que justificasse a violação do dever de apresentação (cfr., por todos, BARBOSA DE MAGALHÃES, *CFal Anot.*, p. 332). Quer dizer: presumia-se que o falido que não se apresentava voluntariamente tinha «culpa» em não o fazer, pelo que essa omissão constituía, *de per si*, um tipo legal do crime de «falência culposa», mesmo que a falência, dadas as circunstâncias em que ocorrera e à parte a não apresentação, pudesse ser qualificada como casual. Em boa verdade, a «presunção de culpa» assim encarada não constituía uma presunção de prática de um crime (cujo ilícito-típico se preenchia com o facto notório da não apresentação), antes consubstanciava uma regra (processual) de inversão do ónus da prova.

Curiosamente, o CPCiv de 1961 regressou, de certa forma, ao regime do n.º 1148, 2.º, do CCom de 1833 («são igualmente reputados em quebra culposa, salva sua defesa [...] os que se não apresentarem falidos em tempo e na forma da lei»), limitando-se a dispor, no seu art. 1275.º, que «a falência [...] do comerciante que se não apresenta voluntariamente nos termos do artigo 1140.º presume-se culposa». À luz destes dois normativos, é lícito perguntar qual o facto em relação ao qual o falido devia provar a inexistência de culpa: a não apresentação ou a falência? A opção pela segunda alternativa levantaria graves objecções, pois representaria a afirmação de uma responsabilidade penal por presunção: da não apresentação no tempo devido, a lei inferia a culpa do arguido na causação da falência; por outras palavras, a não apresentação não seria já o ilícito-típico, mas apenas a base a partir da qual se presumia o seu preenchimento.

Seja qual for a resposta, a inversão do ónus da prova em caso de não apresentação do falido, em todos os diplomas referidos, é um forte indício de que o legislador considerava a violação daquele dever particularmente grave, pelo que a sua descriminalização no ProjCP Correia, acolhida pelo CP de 1982, constitui uma ruptura importante com o direito anterior.

dever (512). Quer isto dizer que — sem querer adiantar ideias acerca da autonomia do direito penal falencial relativamente ao processo concursual civil — o escopo da sanção penal da não apresentação do comerciante à falência foi sempre o de garantir o cumprimento do dever civil legalmente previsto, nos termos em que a lei civil entende proteger os credores e o comércio em geral.

Assim, o argumento histórico abona também no sentido de se interpretar o art. 326.º, n.º 2, da seguinte forma: «aos factos indicados no número anterior é equiparado o caso do devedor que vier a ser declarado falido, [...] quando, tendo conhecimento da situação de insolvência, não se apresentar à falência nem requerer qualquer providência de recuperação *no prazo legalmente previsto para o cumprimento desse dever*». Tudo o que nos leva a concluir que se incrimina com este preceito a omissão pura de um dever extrapenal.

2.9. Por último, há que notar que a punibilidade de todas as condutas descritas no art. 326.º se encontra subordinada à declaração de falência. Diversamente da norma do art. 325.º, não basta aqui o reconhecimento judicial da insolvência para desencadear a sanção penal, pelo que o devedor insolvente a cuja empresa se aplique uma providência de recuperação não poderá ser punido por crimes de falência não intencional.

2.10. O exame das condutas previstas no art. 326.º não se afigura suficiente para responder às seguintes questões:

— de que forma (i) a produção dolosa ou negligente de uma situação de insolvência, (ii) o incumprimento da escrituração comercial e (iii) a não apresentação nos termos e prazos previstos pelo processo concursual *ofende o património dos credores*?

(512) Vimos já que a norma penal do CCom de 1888 punia a não apresentação, não só nos casos em que o devedor violasse o dever de se apresentar no decêndio posterior à cessação de pagamentos, imposto pelo art. 687.º, mas também nos casos em que o devedor se não apresentasse no decêndio posterior ao reconhecimento da sua insolvabilidade. Porém, para além da bem fundada crítica de BARBOSA DE MAGALHÃES (*supra* no texto), há que ver que um dos fundamentos da declaração de falência no CCom de 1888 era a manifesta insuficiência do activo para prover ao passivo (art. 692.º, § único). Deste modo, sendo possível declarar a falência sem que tivesse ocorrido a cessação de pagamentos, a consequência natural seria a imposição, no art. 687.º, de um dever *civil* de apresentação assim que o devedor reconhecesse a sua situação de insolvência, independentemente da cessação. Se assim fosse — *sc.*, se não se quebrasse aqui a lógica interna do regime civil —, a norma do art. 737.º, § único, inserir-se-ia, de pleno direito, no grupo dos restantes diplomas referidos no texto.

De toda a maneira, o que é importante frisar é que aquela norma penal, apesar de não limitar a punição à violação do dever imposto pela norma civil, «jogava» com o regime do processo civil de falência, e por isso não a consideramos uma excepção.

— por que razão o n.º 1 do art. 326.º confere à situação de insolvência o estatuto de resultado típico, não o fazendo no art. 325.º?

— por que razão o mesmo dispositivo legal restringe a punição da causação negligente da insolvência às condutas praticadas por comerciantes?

— por que razão o n.º 2 do art. 326.º ressalva a impunidade do comerciante que possui um comércio exíguo e habilitações literárias rudimentares?

— por que razão o art. 326.º exige, além do reconhecimento judicial da insolvência, a declaração de falência do devedor, para que os ilícitos-típicos sejam puníveis?

3. O *Favorecimento de credores* (art. 327.º do CP)

3.1. O *Favorecimento de credores* era já previsto pelo direito anterior como crime comum. A distinção entre comerciantes e não comerciantes importava apenas para efeitos de punição, mais grave no caso de o agente ser comerciante.

A autonomização formal deste tipo-de-crime só se deu, no direito português, com o CP de 1982, já que, até aí, as condutas que agora o integram inseriam-se no tipo da falência fraudulenta (513).

3.2. O primeiro elemento do tipo legal é o conhecimento, por parte do agente, da situação de insolvência, ou a previsão da sua iminência. Analogamente ao tipo do art. 325.º, n.º 1, alínea *d)*, o favorecimento de credores é também um crime exclusivamente *doloso*, pois não prevê a punição a título de negligência (514). Porém, diversamente do que com aquele sucede, não é necessário, para o preenchimento deste tipo, que o devedor

(513) Nem as Ordenações, nem o CCom de 1833 incriminavam, com um mínimo de especificidade que as distinguisse de outras fraudes, as condutas de favorecimento de credores. Este ilícito-típico só ganhou autonomia material, no direito português, com o CCom de 1888, onde constituía a conduta principal do crime de quebra fraudulenta, ocupando, por inteiro, o proémio do art. 738.º Cfr. também os arts. 144.º do CFal de 1899, 197.º do CFal de 1935, 1303.º do CPCiv de 1939 e 1277.º do CPCiv de 1961.

(514) No mesmo sentido, por todos, TIEDEMANN, *LK*, § 283c, nms. 1 e 27.

saiba que se encontra insolvente — basta que conheça a iminência dessa situação, *sc.*, basta que preveja, segundo as regras da experiência comum e os seus conhecimentos, a proximidade temporal da superveniência da insolvência (515).

3.3. Analogamente ao crime de insolvência dolosa, o favorecimento de credores também constitui um delito de intenção (516). Mas, onde aquele tipo-de-ilícito exige a intenção de prejudicar os credores, o tipo do art. 327.º exige a intenção de favorecer certos credores em prejuízo de outros. Assim, enquanto que as condutas que consubstanciam os crimes de insolvência dolosa são praticadas para atingir, virtual e indistintamente, os direitos de todos os credores, o favorecimento de credores visa ofender apenas os direitos de alguns credores. Sublinhe-se ainda que o tipo objectivo só se preencherá se as acções típicas favorecerem pessoas que já gozavam da qualidade de credor *pelo menos* ao tempo da conduta (517).

(515) A suficiência da *previsão da iminência* da situação de insolvência para a verificação do primeiro elemento subjectivo do tipo constitui uma novidade no direito português. Todo o direito anterior — à semelhança do direito alemão pretérito e actual (§ 241 da KO e § 283c do StGB: cfr. TIEDEMANN, *LK*, § 283c, nms. 1 e 27), do direito suíço (art. 167.º do SStGB) e do direito austríaco (§ 158 do ÖStGB) — exigia o *conhecimento* da situação de insolvabilidade e, portanto, a sua existência efectiva. A lei italiana (art. 216.º, alínea 3.ª, do RD de 1942) incrimina a conduta do devedor «que, antes ou durante o processo de falência, com intenção de favorecer alguns credores em prejuízo dos restantes, prossegue com os seus pagamentos ou simula garantias». Como o momento relevante a que a lei italiana alude é a abertura do processo de falência, é duvidoso se se deve exigir como «momento mínimo», atento o elemento subjectivo da ilicitude, um estado actual de falência, ou se se deve admitir a relevância típica da sua iminência. Defendendo esta última hipótese, PUNZO, *Delitto*, p. 181 s., e CONTI, *DP Comm*, II, p. 192.

(516) A intenção de favorecer certos credores começou a integrar o tipo legal apenas a partir do CP de 1982, na esteira do que se previa no ProjCP Correia (art. 228.º). Aliás, este artigo traduz, praticamente sem alterações, o § 241 da KO, vigente na Alemanha até 1976. Solução idêntica é acolhida pelo § 283c do StGB.

(517) Assim, de forma unânime, a doutrina alemã: cfr., por todos, TIEDEMANN, *LK*, § 283c, nm. 8. É duvidoso se a qualidade de credor deve ser (logo) contemporânea da situação de crise que antecede a conduta (respondendo afirmativamente, VORMBAUM, *cit.*, p. 107, e LACKNER, *cit.*, § 283c, anot. 2; em sentido negativo e, ao que cremos, fundadamente, S./S./STREE, *cit.*, § 283c, nm. 12, DREHER/TRÖNDLE, *cit.*, § 283c, nm. 4, e TIEDEMANN, *LK*, § 283c, nm. 8).

3.4. A estrutura das acções típicas é a seguinte:

a) Pagar dívidas ainda não vencidas;
b) Solver dívidas de maneira diferente do pagamento em dinheiro ou valores usuais;
c) Garantir as suas dívidas, quando a tanto não se era obrigado.

Apesar de as três condutas serem muito semelhantes, levantam alguns problemas específicos, pelo que as analisaremos separadamente.

3.5. A conduta descrita na primeira alínea reconduz-se ao cumprimento, por qualquer forma, de dívidas ainda não vencidas.

A primeira ideia a reter é a de que a incriminação não abrange o pagamento de créditos exigíveis, ainda que o agente se encontre já em uma situação de insolvência de si conhecida (518). O critério de aferição da exigibilidade terá que ser, evidentemente, aquele que as normas civis pertinentes puderem proporcionar (519).

Em segundo lugar, parece claro que a incriminação abrange todas as espécies de dívidas, porque «solver dívidas» é também, na linguagem jurídica e na linguagem corrente, «cumprir obrigações» (520), não se justificando uma restrição da previsão às obrigações pecuniárias.

Por outro lado, não importa o meio utilizado para o cumprimento, desde que ele se mostre «idóneo para antecipar a deslocação patrimonial em prejuízo dos credores» (521). Assim, o tipo abrange a conduta do devedor insolvente que,

(518) Assim, para a disposição homóloga do direito alemão, TIEDEMANN, *LK*, § 283c, nm. 1. A incriminação do pagamento de dívidas *exigíveis* foi objecto de alguma controvérsia durante os trabalhos da Comissão Revisora, acabando por vingar a tese da sua impunidade: cfr. *Actas PE*, p. 168 ss.; cfr. todavia *infra*, 3.6.

(519) Assim, CARLOS ALEGRE, *cit.*, p. 148 ss. Cfr. no entanto as pertinentes observações de LOPES DO REGO (*cit.*, p. 124 s.) relativamente à necessidade de se tomar como ponto de referência, para determinar a exigibilidade do crédito, o regime da obrigação à data em que a situação de crise se torna conhecida do devedor, tornando-se irrelevantes as alterações convencionais de prazos que visam forjar fraudulentamente uma dívida vencida.

(520) Cfr. *supra* [n. 312].

(521) LOPES DO REGO, *cit.*, p. 124 (n. 2). Coincidentemente, MAIA GONÇALVES, *cit.*, 327.º [2].

conhecendo a sua situação e com intenção de favorecer certo credor, entrega antecipadamente ao credor as mercadorias que se havia obrigado a prestar em data posterior, bem como a daqueloutro que, na mesma situação e com a mesma intenção, satisfaz uma *dívida pecuniária não vencida* através de uma dação em cumprimento de mercadorias. Além disso, convém não esquecer que a relevância de qualquer tipo de dívidas para o preenchimento deste tipo é a solução que melhor se adequa aos termos do processo concursual civil, já que, como vimos, a declaração de insolvência pode ter como fundamento a impossibilidade de cumprir obrigações não pecuniárias. A mesma solução vale para a conduta descrita na alínea *b)*, apesar de a letra da lei sugerir que o legislador teve apenas em vista as dívidas de natureza pecuniária, ao punir expressamente o cumprimento «de maneira diferente do pagamento em dinheiro ou valores usuais».

3.6. No que diz respeito à segunda *fattispecie*, Lopes do Rego (522) sustenta (manifestando embora algumas dúvidas) que a solução de dívidas *de maneira diferente do pagamento em dinheiro ou valores usuais* se refere também às dívidas já vencidas, pois, a restringir-se esta previsão ao pagamento de dívidas não vencidas, ela seria inútil por se encontrar abrangida pela *fattispecie* antecedente. Assim, segundo o A., a presente incriminação abarca o «cumprimento de dívidas já vencidas através da entrega de objecto diferente do devido e de maior valor que este». Tal interpretação, que acrescenta ao tipo a exigência de que o valor da prestação seja superior ao devido, afigura-se bem fundada. Na verdade, o meio por que o devedor satisfaz a dívida não vencida é, como se disse, absolutamente irrelevante para os efeitos da primeira previsão, pelo que a especificação desta segunda conduta seria supérflua se cingida à satisfação de dívidas ainda não vencidas. Deste modo, a presente incriminação aproxima-se mais da «prestação de garantia a que não se era obrigado» — de que curaremos já a seguir — do que do «cumprimento de dívidas não vencidas».

3.7. A terceira conduta proibida consiste na prestação de garantia, relativa a dívidas próprias, quando a tal não se era obrigado.

É duvidoso qual o exacto sentido que deve dar-se à expressão «dar garantias». Perante a formulação da lei alemã (523), Tiedemann (524) sustenta que

(522) Lopes do Rego, *cit.*, p. 125; no mesmo sentido, Carlos Alegre, *cit.*, p. 148.

(523) «Quem, conhecendo a sua situação de insolvência, oferecer a um credor o cumprimento ou uma garantia que aquele não pode exigir, ou exigir dessa forma ou em esse momento, e assim o favorecer, intencional ou conscientemente, em relação aos restantes credores, será punido [...]».

(524) Tiedemann, *LK*, § 283c, nm. 12.

(525) Nem constitui, à luz do art. 325.º, um crime de insolvência dolosa, ainda que praticada com intenção de prejudicar os credores. Com efeito, querer subsumir tal conduta à previsão do n.º 1, alínea *a)*, daquele artigo seria forçar inadmissivelmente a letra da lei. Note-se que a mesma conduta seria punida como crime de falência fraudulenta em todo o direito anterior ao CP de 1982, porque caberia seguramente no *Auffangtatbestand* que incriminava as «abusivas práticas contrárias à boa-fé própria e indispensável ao comércio» (art. 738.º, § único, *in fine*, do CCom de 1888), ou «os actos praticados de má fé pelo falido em prejuízo dos seus credores», (art. 144.º do CFal de 1899, *in fine*, e todo o direito posterior até ao CP de 1982).

(526) Assim, também Lopes do Rego, *cit.*, p. 126.

o âmbito da norma não se restringe à outorga (negocial) de garantias em sentido técnico (penhor, hipoteca, etc.), devendo antes estender-se a todos os «comportamentos jurídicos» que resultem em um prejuízo para a massa (por exemplo, a transmissão da posse sobre um bem). Parece dever aceitar-se, como boa, a primeira ideia: «dar garantias» significa *prestar um reforço juridicamente relevante à posição do credor.* Mas a exigência de que os comportamentos *resultem* em prejuízo (ou, pelo menos, em um perigo de prejuízo) da massa não é imposta pela lei portuguesa.

As dívidas garantidas têm que ser próprias. Assim, a prestação, ainda que gratuita, de garantias a favor de terceiro por parte do devedor insolvente não integra o tipo do favorecimento de credores (525). Da mesma maneira, o tipo não abrange a prestação de garantias aos credores por parte de terceiro (526).

Por último, não é líquido o significado a atribuir à expressão «a que não era obrigado». Pode mesmo dizer-se que esta formulação se compreende com dificuldade, já que a constituição de garantias nasce, normalmente, da vontade do devedor, no exercício da sua liberdade negocial. Uma interpretação estrita do preceito levaria a excluir do âmbito da previsão *apenas* as garantias cuja constituição é imposta ao devedor por força de uma norma imperativa (*v. g.*, as hipotecas legais: arts. 704.º e segs. do CCiv) ou de um acto praticado por uma autoridade (*v. g.*, as hipotecas judiciais: arts. 710.º e segs. do CCiv).

Esta interpretação do art. 327.º é, em definitivo, improcedente. Desde logo, porque a expressão «a que não era obrigado» seria totalmente redundante, já que a constituição legal ou judicial de garantias, sendo imposta por norma

ou acto imperativo, não é uma prestação de garantia por parte do devedor, pelo que estaria desde o início excluída da previsão legal («o devedor que [...] der garantias [...]». Não parece possível inferir da norma, com segurança, um critério abstracto, devendo a expressão em análise ser sempre integrada pelo juiz no caso concreto. Podem, no entanto, sugerir-se algumas linhas de orientação para interpretar esta norma e assim distinguir a prestação de garantias permitida da proibida.

No nosso modo de ver, deverá começar-se por atender ao momento da constituição da garantia relativamente ao da assunção da dívida (527). Destarte, as garantias dadas pelo devedor que se encontra em uma situação de insolvência existente ou iminente, *posteriores ao surgimento das dívidas garantidas*, serão, em regra, prestações a que o agente «não era obrigado», por não implicarem, normalmente, um correspectivo por parte do credor (528).

Relativamente às garantias dadas pelo devedor que se encontra naquela situação de crise económica *contemporâneas do surgimento das dívidas garantidas*, há que ajuizar com grande cautela: em regra, estar-se-á perante actos de disposição cobertos pela liberdade negocial, cujo exercício auto-vincula o devedor, não sendo, por isso, lícito falar-se de garantias a que o devedor «não era obrigado», já que o contrato institui a lei das partes. Porém, se se provar que a garantia foi dada com o fim precípuo de reforçar a posição do credor relativamente aos restantes, *v. g.*, porque este não exigiu a constituição da garantia para a celebração do negócio, então deve considerar-se que o devedor «não era obrigado» a outorgar a garantia naqueles termos.

3.8. Resta referir a distinção estabelecida pelo art. 327.º para efeitos de punição, consoante venha a ser reconhecida a insolvência (pena de prisão até 1 ano ou de multa até 120 dias) ou declarada a falência (pena de prisão até 2 anos ou de multa até 240 dias) (529).

(527) Em sentido próximo, embora não totalmente coincidente, LOPES DO REGO, *cit.*, p. 126, e, implicitamente, CARLOS ALEGRE, *cit.*, p. 148.

(528) Esta ideia de ausência de um correspectivo é vincada pela literatura alemã por intermédio do conceito de *incongruência*: incongruente é «a prestação que não corresponde ao dever obrigacional» (TIEDEMANN, *LK*, § 283c, nm. 17). Cremos, porém, que a incongruência não pode servir, à luz do direito português, como critério exclusivo: a prestação de garantia «congruente» pode constituir um favorecimento de credores (cfr. já a seguir no texto).

3.9. A pura análise da factualidade típica prevista no art. 327.º não satisfaz o intérprete no que toca as seguintes questões:

— de que forma o (i) pagamento de dívidas não vencidas e (ii) a prestação de garantias a que não se era obrigado *ofendem o património dos credores?*

— como articular a punição da satisfação parcial das pretensões creditícias dos credores com a protecção do seu património?

(529) Sobre a inconsistência desta distinção, cfr. *infra*, B), Cap. III, 6.

B) INSOLVÊNCIA, FALÊNCIA E CRIME

Die etwas beschwerliche Darstellung der bestehenden Rechtsgrundlagen macht uns den Weg für deren kritische Überprüfung frei. Passen sie sich ohne Schwierigkeiten in das Gesamtsystem unseres Strafrechts wie auch unseres Zivil- und Verfassungsrechts ein oder kommen in ihnen Irrationalismen zum Ausdruck, die auf eine schleunige Reform, wenn nicht Abschaffung dringen lassen?

W. DÄUBLER

CAPÍTULO I

O BEM JURÍDICO PROTEGIDO E O CONTEÚDO DO ILÍCITO NOS CRIMES FALENCIAIS

1. Síntese e justificação do caminho percorrido

1.1. Ao longo do capítulo precedente, lançaram-se várias interrogações e recorreu-se frequentemente à remissão dos problemas para uma posterior dilucidação.

Ao escolher aquele método, foi nossa intenção fazer o leitor partilhar as dificuldades e as aporias encontradas por quem, confrontado com as formulações positivas dos tipos legais, procura compreender a natureza dos crimes falenciais. Com efeito, perante a análise esboçada, são pouco menos que inextrincáveis as razões pelas quais conglobámos os crimes previstos nos arts. 325.º, 326.º e 327.º do CP sob a designação de *crimes falenciais* — ressalvada a explicação formal de que todos eles subordinam a punibilidade ao reconhecimento judicial do que sempre constituíu o estado de falência e a que o legislador do CFal decidiu chamar insolvência (530).

---

(530) Cfr. *supra*, Parte II, Cap. II, 4.4., e Cap. III, 2.2.

Pois bem: as considerações seguintes, partindo desta perplexidade, visam mostrar, em sucessivas aproximações, que *só uma situação de impotência económica pode emprestar sentido e unidade ao desvalor que aqueles tipos exprimem* e que, além disso, *a situação de crise é, ela própria, o elemento material fundante de todos os crimes falenciais, embora o seu conteúdo e a forma da sua relevância sejam variáveis.* Procurar-se-á mostrar, seguidamente, como as soluções encontradas constituem um critério adequado para interpretar o direito positivo português.

2. O crédito como ponto de partida da compreensão dos crimes falenciais

2.1. Os crimes falenciais revestem a especificidade de constituirem, no seio dos crimes patrimoniais, condutas abstractamente legitimadas pelo direito de disposição sobre o próprio património e pelo direito de livre iniciativa privada, ou, então, condutas juridicamente irrelevantes, ou, ainda, condutas que, apesar de anti-jurídicas, são inócuas para o património dos credores (531).

Assim, as diminuições reais do património previstas no art. 325.º, n.º 1, alínea *a)*, são *condutas* praticadas imediatamente sobre o *próprio* património, ao contrário da generalidade das *condutas* previstas pelos restantes crimes patrimoniais, que pressupõem, de formas diversas, uma acção imediata sobre o património *alheio* (paradigmaticamente nos crimes de furto, abuso de confiança, dano, receptação, etc.), sem prejuízo de a consumação do crime poder depender da colaboração da vítima (burla, usura, extorsão).

Da mesma forma, as *operações* previstas nos arts. 325.º, n.º 1, alínea *d)*, 326.º, n.º 1, e 327.º, encontram-se, via de regra, cobertas pelo direito de livre iniciativa privada e pelo direito de dispor dos próprios bens.

Os restantes crimes falenciais integram condutas mais ou menos contrárias às regras «deontológicas» do comércio (art. 325.º, n.º 1, alíneas *b)* e *c)*), ou condutas violadoras de específicos deveres extrapenais (arts. 325.º, n.º 4, e 326.º, n.º 2), mas cuja configuração como crimes contra o património se apresenta dificilmente compreensível (532).

(531) Cfr. já PEDRAZZI, *RIDProcP*, 32 (1989), p. 902 ss.; chegando a conclusão semelhante, sem todavia daí retirar qualquer consequência, MANGANO, *cit.*, p. 21.

(532) Ainda que possam constituir *outros* ilícitos criminais, como será o caso da apresentação de falso balanço, punível como falsificação de documentos (art. 228.º do CP). Mas aí é a falsificação que se pune, não a dissimulação de bens que ela possibilita.

2.2. É manifesto que a possibilidade de ofender o património alheio por intermédio da generalidade das condutas descritas nos crimes falenciais só surge com o *crédito.* E a importância decisiva do crédito na incriminação destas condutas reflecte-se logo na determinação da incidência do respectivo âmbito subjectivo, igual em todos os tempos e lugares: a ofensa ao património dos credores supõe a existência de um *devedor*, elemento sem o qual a insolvência e a respectiva declaração não são pensáveis. Com efeito, só quem se encontra obrigado a efectuar uma prestação a terceiros pode, através de certos comportamentos, lesar ou pôr em perigo os direitos correlativos das suas dívidas.

Via de regra, o direito penal não incrimina o simples incumprimento contratual, o qual deve encontrar remédio nos meios processuais civis (533). Simplesmente, esse incumprimento torna-se em ofensa *criminal* ao património dos credores no exacto momento em que os meios civis são insuficientes para o remediar (534). Num plano categorial, esse momento ocorre, *pelo menos*, quando o devedor se coloca numa situação em que o seu activo já não é suficiente para prover ao passivo, *violando o dever de manter um volume patrimonial suficiente para a completa satisfação dos credores* (535). Na verdade, a insuficiência do activo (insolvência *stricto sensu) realmente existente* resulta num *dano*

(533) Cfr. ARZT/WEBER, *LH 4*, nm. 306.

(534) Neste preciso sentido, DELITALA, *cit.*, p. 281 s. Aqui se exprimem, de forma particularmente nítida, os princípios da necessidade e da subsidiariedade do direito penal (no caso, relativamente à sanção civil): utilizando o exemplo da insolvência para ilustrar o primeiro, BELEZA DOS SANTOS, *cit.*, p. 81; cfr. também, no que toca o segundo, FIGUEIREDO DIAS, *DP 1975*, p. 9.

(535) É provável que, historicamente, a protecção do crédito civil, que se tem em mente na exposição subsequente, tenha derivado, por mimetismo, da protecção do crédito comercial. Não que aquele não existisse antes do surgimento do comércio: simplesmente, a fraca intensidade do fenómeno não impunha ao direito a tutela específica que veio a realizar-se através do direito comercial. Aliás, como vimos, a protecção *concursual* do crédito foi, historicamente, obra do direito dos comerciantes (cfr. *supra*, Parte II, Excurso, 2.), fenómeno que é paradigmaticamente demonstrado pela diferença de séculos que separa, no nosso direito, a organização do concurso comercial da instituição do concurso civil (cfr. *supra*, Parte II, Cap. I).

Todavia, como os quadros em que se move o pensamento jurídico actual — que são também os nossos — persistem em encarar o direito comercial como um direito especial em face do direito civil, é normal que se procurem neste último ramo as *categorias* jurídicas elementares, em relação às quais se procurarão identificar as especialidades introduzidas pelo comércio; no fundo, um método semelhante ao que seguimos *supra*, Parte II.

para a *globalidade* dos credores, o qual se traduz na impossibilidade de estes satisfazerem integralmente os direitos de crédito que titulam. Assim, parece lícito concluir que a causação da própria insolvência *stricto sensu* provoca uma ofensa ao bem jurídico património.

2.3. Aparentemente, nenhum dos crimes falenciais do direito português actual toma por referência a insolvência *stricto sensu*, enquanto insuficiência do activo. Porque cremos ser este o ponto de partida necessário, dada a sua utilidade heurística, para a correcta compreensão dos crimes de que curamos, examinaremos agora, muito rapidamente, o regime dos crimes de *Insolvência fraudulenta* e *Frustração de créditos* do direito anterior, os quais se referiam à *insolvência* de acordo com a noção então vigente: insuficiência do activo para satisfazer o passivo. Nas considerações seguintes será este o sentido que daremos ao vocábulo, optando por retomar o termo *insolvabilidade* para designar o estado de impossibilidade de cumprir que, no direito anterior, dava corpo ao estado de falência.

3. Os crimes «insolvenciais» dos não comerciantes no direito anterior: a *Insolvência fraudulenta* e a *Frustração de créditos*

3.1. A insolvência dos não comerciantes começou por ser punida com o CP de 1852 (536), o qual dispunha, no seu art. 449.º: «todo o devedor

(536) SILVA FERRÃO (*cit.*, p. 149) considera que a incriminação da insolvência era «desconhecida» do direito português até ao CP de 1852. Na verdade, as Ordenações Filipinas (Livro V, Título 66, n.º 10) puniam apenas o *levantamento com bens alheios* — não a insolvência — praticado por «qualquer pessoa, posto que mercador não seja».

Porém, não é seguro que não se possa encontrar já nas mesmas Ordenações a proto-história da punição da insolvência. Com efeito, se os restantes números daquele título se referiam sistematicamente aos «mercadores», o n.º 7 punia «as pessoas» que, por sua culpa, perdessem «sua fazenda, jogando, ou gastando demasiadamente», e mandava graduar a punição segundo «a quantidade das dívidas, com que quebrarem, e se levantarem». Como as condutas descritas consubstanciam uma inequívoca diminuição real do património, conducente a uma insuficiência do activo para prover ao passivo, e se prevê expressamente, para além da quebra, o levantamento, é possível que esta norma se aplicasse também aos não comerciantes. De toda a forma, notar-se-á que, ainda que assim seja, não estamos perante a extensão de um crime de falência em sentido estrito aos não comerciantes: o que se punia era a causação «culpável» de uma insuficiência do activo para solver o passivo, perfeitamente enquadrável, do ponto de vista substancial, no conceito de insolvência.

não comerciante, que se constituir em insolvência, ocultando ou alheando maliciosamente os seus bens, será punido com prisão de 3 meses a 3 anos» (537). Ora, até ao CCiv de 1867, a única referência legal à insolvência constava do n.º 1122 do CCom de 1833; e a formulação deste preceito (538) podia fazer crer que, ao menos para efeitos penais, o estado de insolvência tinha o mesmo conteúdo do estado de falência dos comerciantes. Todavia, já Silva Ferrão (539) alertava: «[esta disposição] usa da expressão *insolvência*: 1.º, porque é a expressão de que se serve o Cód. Com., art. 1:122.º, para qualificar o estado dela entre pessoas não comerciantes; 2.º, porque a expressão *quebra* não importa precisamente o estado de *insolvência*, porque o homem comerciante que suspende os seus pagamentos pode, apesar disso, ter bens móveis ou de raiz que, realizados, satisfaçam a todos os seus credores». Assim, *a contrario sensu*, é lícito deduzir que, mesmo antes da definição dada pelo art. 1036.º do CCiv de 1867, já a doutrina via na insolvência dos não comerciantes uma insuficiência do activo para cobrir o passivo e, portanto, um estado diverso da «quebra».

3.2. Deste modo, até 1932, a insolvência fraudulenta era punida pelo art. 449.º do CP de 1852 — que definia ele próprio o ilícito-típico, diversamente do que sucedia com os crimes de quebra, tipificados nos sucessivos diplomas de direito comercial e de processo civil e em relação aos quais os arts. 447.º e 448.º se limitavam a fornecer as molduras penais —, em conjugação com o art 1036.º do CCiv de 1867, que definia o estado de insolvência (540).

O D. n.º 21 758, de 22-10-1932, ao introduzir o processo concursual aplicável aos devedores insolventes, terá revogado (541) o art. 449.º do CP de 1886 na parte em que tipificava o crime, ao dispor, no seu art. 20.º, que «a insolvência será casual quando devida a causas estranhas à vontade do insolvente e fraudulenta quando houver sido motivada por jogo de fortuna ou azar, por manifesta prodigalidade, ou quando se verifiquem actos simulados,

(537) Formulação muito próxima pode encontrar-se no art. 271.º do ProjCP Jordão.

(538) Relembremo-la: «Para ser constituído e declarado em estado de quebra com aplicação da presente legislação é absolutamente necessário que o devedor seja comerciante. O devedor não comerciante achar-se-á em estado de insolvência, mas não em estado de quebra ou falência segundo a lei».

(539) SILVA FERRÃO, *cit.*, p. 119.

(540) Dispunha este artigo: «Dá-se insolvência, quando a soma dos bens e créditos do devedor, estimados no seu justo valor, não iguala a soma das suas dívidas».

(541) O art. 26.º do mesmo diploma revogava «a legislação em contrário».

falsamente datados, ou de qualquer forma praticados de má-fé em prejuízo dos credores», mandando punir o crime, no § único daquele artigo, com «a pena cominada no artigo 449.º» do CP de 1886.

3.3. O CPCiv de 1939 revogou, por sua vez, o D. n.º 21 758 *cit.*, ao regular *ex novo* o processo de insolvência. O art. 1355.º manteve a definição do estado de insolvência válida para todo o direito anterior e o art. 1357.º mandava aplicar à insolvência (e não apenas ao respectivo *processo*) as disposições relativas à falência «na parte não relacionada com o exercício da profissão de comerciante», limitando-se a cominar, no art. 1367.º, a pena de prisão de 1 a 2 anos para a *Insolvência fraudulenta*. Assim, o CPCiv de 1939 *equiparou*, quanto às modalidades de acção (mas só quanto a elas), o tipo de crime da insolvência fraudulenta ao da falência fraudulenta, previsto no art. 1303.º do mesmo diploma (542). O mesmo regime transitou para o CPCiv de 1961 (respectivamente, arts. 1313.º, 1315.º, 1324.º e 1277.º).

3.4. O CP de 82 revogou os preceitos criminais do CPCiv de 1961, incriminando no art. 324.º a *Frustração de créditos*. Aí se punia com pena de prisão até 1 ano o «devedor sujeito a uma execução já instaurada que destruir, danificar ou fizer desaparecer parte do seu património, para dessa forma intencionalmente frustrar, total ou parcialmente, a satisfação de um crédito de outrem», desde que a sua insolvência viesse a ser declarada. O n.º 2 do mesmo artigo previa a punição do terceiro que praticasse o facto com o conhecimento ou a favor do devedor, desde que a insolvência deste último viesse a ser declarada. Enfim, esta norma tornou expressa, pela primeira vez, a subordinação da punibilidade à declaração judicial de insolvência. O art. 324.º do CP foi revogado, como se disse, pelo art. 9.º do DL n.º 132/93.

3.5. Podemos concluir que, até ao CPCiv de 1939, a lei portuguesa exigia um nexo causal entre as condutas típicas e a situação de insolvência, que surgia portanto como verdadeiro *resultado típico*. Assim, *aparentemente*, tanto o art. 449.º do CP de 1852 e do CP de 1886, como o art. 20.º do D. n.º 21 758 *cit.*, configuravam o crime de insolvência fraudulenta como crime de *dano*, pois à consumação interessava a lesão efectiva do património dos credores, consubstanciada na situação de insolvência.

(542) Assim, DUARTE FAVEIRO/SILVA ARAÚJO, *cit.*, p. 767.

Mas conferir ao estado de insolvência o estatuto de resultado típico não implica qualificar os ilícitos-típicos respectivos como crimes de dano (543). Efectivamente, a verificação daquele resultado nem sempre representa um dano para os credores: a lesão efectiva só ocorre no caso de o activo apurado não ser suficiente para satisfazer o passivo (544). Contudo, é pensável (e frequente) que o devedor seja declarado insolvente com base na apresentação de dados simulados, nomeadamente através da ocultação de bens. Nesse caso, é possível que, depois da declaração de insolvência mas ainda durante o processo concursual, se descubram os bens dissimulados, ou se recuperem os bens alheados de má fé, cujo englobamento na massa (545) permita, a final, a integral satisfação dos credores. Por isso, se o resultado típico fosse exclusivamente a insolvência *real*, a causação da insolvência que vem a mostrar-se *fictícia* só poderia ser eventualmente punida a título de tentativa, dada a inexistência de um dano para os credores, que se ressarciram por completo dos seus créditos (546).

Todavia, a particular dificuldade em conseguir recuperar, colocando-os à mercê dos credores, os bens ocultados ou fraudulentamente alienados pelo devedor e a alta probabilidade de dano que dela deriva aconselharam desde sempre que se antecipasse a tutela penal para aquém da lesão efectiva. Deste modo, à consumação do crime deve bastar que o activo manifestado pelo

(543) Sobre os critérios que presidem à classificação dos tipos como crimes materiais/crimes formais e crimes de dano/crimes de perigo, *vd.*, por todos, EDUARDO CORREIA, *DC*, I, p. 286 s.

(544) Contra, DELITALA (*cit.*, p. 286 s.), que assinala aos actos de disposição ilícita sobre o próprio património o carácter de crime de dano, «pouco importando que o efeito danoso possa ser posteriormente eliminado com a aplicação dos remédios concedidos pela lei civil». Resta saber qual o critério que permite estabelecer a ilicitude de tais actos, sobretudo para quem, como o A., defende que a situação de crise patrimonial não pertence ao tipo-de-ilícito.

(545) Cfr., *v. g.*, para o direito actual, os arts. 156.º e segs. do CFal.

(546) DELITALA (*cit.*, p. 287) sustenta que os crimes de invocação de dívidas inexistentes constituem crimes de tentativa, construção que, segundo cremos, valerá, na óptica do A., para todas as condutas em que o devedor simula uma insolvabilidade inexistente. Mas tal entendimento parece padecer de dois vícios: em primeiro lugar, não explica a razão de ser da «assimilação», do ponto de vista da punição, destes delitos aos «crimes de dano» de disposição ilícita do próprio património; em segundo lugar, não permite compreender de que «crimes consumados» aquelas condutas constituem uma tentativa, já que o A., em outro local, antecipa o dano para um momento anterior ao não ressarcimento dos credores e, mesmo, à ocorrência da situação de insolvabilidade.

devedor seja insuficiente para satisfazer o passivo, não importando se a insuficiência é real ou fictícia: a inexistência de bens suficientes ao alcance dos credores (a falta de bens *ostensivos*) constitui uma ofensa que exige a tutela penal. Neste sentido, a situação de insolvência não tem que exprimir uma situação patrimonial deficitária *real*: basta que o défice seja tão-só *aparente*. Por essa via, a situação de insolvência, por si só, não constitui necessariamente um dano para os credores, mas apenas um estado potencialmente perigoso para a sua satisfação, o qual, uma vez declarado, integra a consumação do crime. É justamente a possibilidade de se declarar insolvente quem, de facto, não se encontra nessa situação que explica a punição do devedor que oculta os seus bens e vem a ser declarado insolvente.

Por outras palavras: a insolvência, sendo um *facto juridicamente qualificado*, não releva, por assim dizer, do real-verdadeiro, mas antes do real-construído. O perigo reside na *inexistência de bens ostensivos suficientes para satisfazer o passivo* — não apenas na *verdadeira* insuficiência do activo, nem, obviamente, no reconhecimento judicial da insolvência (547). Com efeito, tão perigosa é, do ponto de vista dos credores, a insolvência efectiva, como a fictícia, já que, em ambos os casos, «o património aparece sem bens suficientes para prover ao pagamento das obrigações vencidas. Quando isto ocorrer, há esse desequilíbrio entre as prestações exigíveis e os valores realizáveis, porque o credor não encontra no património do devedor os bens ocultados» (548). Deste modo, tem todo o sentido punir a criação artificial de um estado de insolvência, por isso que, sendo a simulação bem sucedida, o perigo daí resultante para os credores é o mesmo que advém da «verdadeira» insolvência.

Daí que possamos qualificar o crime de insolvência fraudulenta, pelo menos na formulação que lhe era dada no CP de 1852, no D. n.º 21 758 *cit.* e no art. 324.º do CP de 1982, como um crime de perigo abstracto.

3.6. A partir do CPCiv de 1939 e até ao CP de 1982, a ocorrência da situação de insolvência parece desaparecer do ilícito-típico, por força da assimilação da insolvência fraudulenta à falência fraudulenta (549) e da interpretação que se dava aos tipos que continham este último crime (550).

(547) Cfr. *infra*, Cap. II, 1.2.

(548) BAJO FERNÁNDEZ, *AnuDP*, 26 (1973), p. 544 s. (n. 38). No mesmo sentido, cfr. logo LONGHI, *Bancarotta ed Altri*, p. 63 s., e DELITALA (*cit.*, p. 281), que refere «o interesse dos credores na conservação e ostensibilidade do património do devedor».

(549) Nos termos descritos *supra*, 3.3.

(550) Cfr. *infra*, Cap. II.

Porém, tal interpretação dos preceitos legais que disciplinaram a matéria naquele período de tempo era improcedente. Com efeito, a suficiência da prática das acções típicas para o preenchimento do tipo de *Insolvência fraudulenta* representaria a incriminação, a título de consumação, de um *perigo de perigo*, pois as condutas descritas provocavam apenas um perigo de ocorrência da situação de insolvência, que por sua vez constituía o perigo penalmente relevante para os direitos dos credores. Na verdade, não era legítimo inferir imediatamente da destruição, ocultação, etc., dos próprios bens um perigo para o bem jurídico protegido: tornava-se necessário convocar a ocorrência da situação de insolvência para a valoração do ilícito, pois só com ela se violava o dever de manter um património solvente e, portanto, só com ela se consumava o crime. Era a partir dela, portanto, que deveria estabelecer-se o âmbito da tentativa e da consumação.

Assim, em nossa opinião, a ocorrência da situação de insolvência constituíu, em todo o direito anterior ao CP de 1982, o resultado típico das condutas descritas, ainda que tenha desaparecido do *texto* legal a partir do CPCiv de 1939. A causa determinante desse desaparecimento foi, indubitavelmente, a assimilação da *insolvência* fraudulenta à *falência* fraudulenta, atenta a particular evolução que os crimes de falência sofreram neste ponto (551).

Por fim, sublinhe-se que o art. 324.º do CP de 1982 introduziu uma importante novidade: a relevância típica das condutas era limitada pela exigência de que o devedor se encontrasse sujeito, ao tempo da prática daquelas, a uma acção de execução (552). Supomos que o crime de frustração de créditos já não devia ser qualificado como um crime de resultado (553). Todavia, tal não significa que a força normativa da insolvência tenha desaparecido do tipo-de-ilícito: a sujeição a uma execução permitia conferir uma indubitável densidade perigosa às condutas praticadas. Com efeito, é sabido que o processo de insolvência era antecedido, na esmagadora maioria dos casos, por acções executivas movidas ao devedor (554). Assim, a destruição e danificação de bens por quem se encontrava sujeito a uma execução podiam legitimamente con-

(551) Cfr. *infra*, Cap. II, 1.2.

(552) O ProjCP Correia previa a «sujeição a uma execução iminente», expressão que, se houvesse vingado, teria provocado certamente sérias dificuldades de interpretação.

(553) Contra, todavia, LOPES DO REGO, *cit.*, p. 109, e CARLOS ALEGRE, *cit.*, p. 136.

(554) A prova de que a insolvência se encontrava intimamente ligada a acções executivas é-nos dada pelo art. 1314.º, alínea *a)*, do CPCiv, que mandava presumir a insolvência quando contra o devedor pendessem, pelo menos, duas execuções não embargadas.

siderar-se perigosas para o ressarcimento dos credores. Além disso, esta interpretação do art. 324.º permitia punir os agentes que já se encontrassem insolventes ao tempo da prática das condutas — embora ainda não tivessem sido declarados nesse estado —, solução que, evidentemente, não poderia alcançar-se com a construção de um crime de resultado. Por último, a declaração de insolvência integrava uma condição objectiva de punibilidade (555), em termos análogos à declaração de falência prevista no art. 325.º (556).

A terminar, pode concluir-se que o crime de frustração de créditos do art. 324.º constituía um crime de perigo abstracto, fundado na legítima presunção de que a prática das condutas típicas, posterior à sujeição a uma acção de execução, constitui uma ofensa (de perigo) aos direitos dos credores e de que a conexão entre os dois elementos legitima a incriminação no plano do ilícito material (557).

4. As relações entre os crimes «insolvenciais» e os crimes «falenciais»

4.1. O fundamento da presunção de perigo construída a partir da situação de insolvência não satisfaz integralmente a questão homóloga posta pelos crimes de *falência* (558). Com efeito, se a situação patrimonial deficitária (real ou fictícia) do devedor, que funda a declaração de insolvência, importa, por definição, um elevado perigo para os direitos dos credores, a impossibilidade de cumprir as obrigações, que funda a declaração de falência, não permite presumir o mesmo perigo, pois pode até acontecer que o falido apresente, logo no início do processo concursual, um activo largamente suficiente para satisfazer as suas dívidas. Nessa hipótese, nada parece justificar a dita presunção, porque os credores poderão ressarcir-se por inteiro dos seus créditos. Além disso, o devedor não infringiu o dever de manter a garantia patrimonial dos credores que cria o desvalor próprio do crime de insolvência. A ser assim, os crimes de falência *stricto sensu* deveriam referir-se, também eles, à situação

(555) Assim, CARLOS ALEGRE, *cit.*, p. 136, e MAIA GONÇALVES, *cit.*, 324.º [2].

(556) Cfr. *infra*, Cap. II, 6.

(557) O que leva a admitir que o facto de o devedor se encontrar sujeito a uma acção de execução constituía um elemento do tipo e não uma condição de punibilidade; contra, CARLOS ALEGRE, *cit.*, p. 136.

(558) Temos em vista os crimes de falência de todo o direito anterior, como crimes próprios dos comerciantes. Só abstraindo da nova regulamentação da matéria podemos isolar os elementos que nos permitirão avaliar as inovações introduzidas pelo DL n.º 132/93.

de insolvência *stricto sensu* como último ponto até onde a intervenção penal se afigura legítima.

4.2. Porém, em verdade, a consagração legal da insolvência *stricto sensu* como elemento fundamental dos crimes de *falência* desconsideraria as reais necessidades de tutela penal.

O primeiro aspecto a ter em consideração é o facto de que a falência — enquanto processo de execução universal e colectiva que assenta, não no défice patrimonial exibido pelo devedor, mas sim na *impossibilidade de cumprir pontualmente* em que este se encontra — surge como uma protecção *especial* da *par condicio creditorum* justificada pelo interesse em uma *especial celeridade no ressarcimento dos créditos* (559). E a tutela deste interesse, como vimos, levaria, em rigor, a conceber o processo (civil) de falência a partir da qualidade dos *credores* e não a partir da qualidade de comerciante do *devedor:* com efeito, o que dá sentido à organização daquela protecção especial a partir do devedor comerciante é a justificada suposição de que, em regra, os *credores* do comerciante falido são, eles próprios, comerciantes, congruentemente com a regulamentação «classista» do direito comercial e, consequentemente, do processo de falência (560).

Daí que se afirme correntemente que o regime especial da falência visa proteger o *crédito*, embora nem sempre se alcance a inteira compreensão do

(559) Cfr. *supra*, Parte II, Cap. II, 4.5.

(560) Esta presunção é bem sensível no facto de a lei portuguesa anterior ao CFal de 1935 restringir a possibilidade de requerer a falência apenas aos casos em que o comerciante cessava os seus pagamentos *comerciais* (cfr. o art. 185.º do CPCom de 1905 e a respectiva anotação de BARBOSA DE MAGALHÃES, *CPCom Anot.*, p. 181 s.; criticamente sobre a distinção, *de jure condendo*, PALMA CARLOS, *cit.*, p. 108 ss.; cfr. também PEDRO DE ALBUQUERQUE, *cit.*, p. 189 (n. 26)).

O direito francês só abandonou a distinção entre cessação de pagamentos civis e comerciais em 1967, com a introdução da L. n.º 67-563 *cit.;* até aí, a doutrina e a jurisprudência viram-se obrigadas a debater-se com os paradoxos provocados pela separação das duas espécies (*vd.*, sobre a polémica, DELMAS, *cit.*, p. 644 ss.). Sublinhe-se a coincidência de tal solução diferenciada com a primazia concedida pelo direito francês ao carácter repressivo e infamante da falência (cfr., por todos, HOUIN, *RTDC*, 8, p. 481 ss.; *vd.* também *supra*, Parte II, Cap. II, 2.2.): só deviam ser «punidos» com a declaração de falência os comerciantes que perturbassem o giro comercial (*sc.*, que deixassem de honrar os seus compromissos *comerciais*); por isso mesmo, o credor civil só podia requerer a falência do devedor comerciante *se* e *quando* provasse a cessação de pagamentos (objectiva ou acessoriamente) *comerciais* (DELMAS, *cit.*, p. 647 s.).

conteúdo desta proposição: o *critério definitório* do estado pressuposto pelo processo de falência — a impossibilidade de cumprir pontualmente toda a espécie de obrigações — e o *interesse* que com ele se prossegue — a celeridade no ressarcimento dos créditos com respeito pela *par condicio* — constituem uma protecção do comerciante *credor*. Por outro lado, a restrição histórica da aplicabilidade do processo de falência ao devedor comerciante deve-se à *desnecessidade* de lhe subordinar o devedor civil, dada a exiguidade dos seus débitos para com os credores comerciantes, e, sobretudo, à *ilegitimidade* de aplicar o critério da impossibilidade de cumprir a quem não tem acesso ao crédito próprio do comércio. Por isso, as legislações que não distinguem as duas classes de devedores, sujeitando ambas a este critério, representam um inequívoco (e quiçá ilegítimo) *favor mercatorum* (561).

Pois bem: é justamente a forma específica da actividade comercial e a preponderância que o crédito aí assume que permitem configurar a tutela civil e penal do património dos comerciantes de modo diverso da protecção que se concede ao património dos não comerciantes. Com efeito, a impossibilidade de o devedor cumprir pontualmente, se não implica, de forma necessária, um perigo para os *direitos de crédito* titulados pelos credores comerciantes relativamente ao falido, implica seguramente um elevado potencial de perigo para o seu *património globalmente considerado*. Não podem olvidar-se os princípios de optimização e de máxima racionalização do aproveitamento dos recursos que presidem à organização da actividade comercial. Assim, a impossibilidade de cumprir pontualmente as obrigações por parte do devedor constitui imediatamente, por si só e independentemente da insuficiência do activo para prover ao passivo, um factor de elevada perturbação, um perigo «disparado» em várias direcções para os comerciantes credores, os quais, por força daquela circunstância, podem ver-se obrigados a afectar ao pagamento das suas dívidas recursos que haviam destinado a outras operações, a cancelar operações já planeadas, perdendo *chances* e lucros, ou mesmo a angariar — onerosamente — meios que lhes permitam cumprir, por sua vez, as obrigações assumidas.

Aliás, se o bem protegido fosse visto apenas *através* dos direitos de crédito titulados pelos credores, a incriminação da diminuição real ou fictícia do

(561) No sentido de que a extensão do processo concursual da falência aos não comerciantes na legislação alemã e anglo-saxónica se deve a uma atenuação ou eliminação do seu aspecto repressivo naqueles ordenamentos, cfr. VASCO XAVIER, *Polis*, 2, p. 1364.

património que causa uma situação de insolvabilidade mostrar-se-ia *desnecessária:* bastaria configurar um crime de dano, incluindo no tipo, como resultado, a não-satisfação integral dos credores. Ou, então, se se entendesse dever punir o simples pôr em perigo daqueles direitos, prescindindo do dano efectivo, bastaria construir um crime de perigo concreto: «quem diminuir, real ou ficticiamente, o seu património, causando por essa forma a sua insolvabilidade, *e assim puser em perigo a integral satisfação dos seus credores*, será punido...». Esta formulação permitiria punir todos os devedores que manifestassem um activo inferior ao passivo (por força de diminuições *reais* ou *fictícias* do próprio património), ainda que os direitos viessem a ser efectivamente satisfeitos, *v. g.*, por se descobrirem os bens que o agente havia ocultado. Do mesmo passo, excluir-se-ia a incriminação da causação da insolvabilidade sempre que, apesar dela, o activo manifestado fosse suficiente para prover integralmente aos direitos dos credores, já que, nesses casos, nem se vislumbra um perigo penalmente relevante para os créditos.

E, no entanto, os tipos legais dos crimes falenciais — aí se compreendendo a lei portuguesa vigente — nunca exigiram, sequer, o surgimento de um perigo concreto para a satisfação dos direitos dos credores: da insolvabilidade presume-se, *de jure*, um perigo. Teremos então de admitir que tais incriminações violam o princípio da necessidade da lei penal? Julgamos que não. A resposta encontra-se na correcta consideração do bem jurídico protegido e nas formas por que ele pode, segundo as circunstâncias, ser ofendido. Com efeito, diversamente do que faz crer a epígrafe do capítulo do Código Penal onde se englobam os crimes falenciais, a *ratio* destas normas não se encontra sempre na protecção dos simples *direitos de crédito* titulados pelos credores — casos há em que se procura proteger o seu *património como um todo*.

4.3. Na verdade, o património dos comerciantes, não constituindo um bem diverso do património dos não comerciantes, *pode ser ofendido de forma diferente*, dados os especiais componentes que o formam e as específicas regras que presidem à actividade a que se encontra afectado. Não se trata, pois, de proteger um bem diferente, mas de levar em consideração, no desenho da tutela típica, a especialidade das condutas que podem ofendê-lo. Efectivamente, o estado de falência do devedor, *sc.*, a sua impossibilidade de cumprir pontualmente as obrigações, é potencialmente perigoso para o património dos credores comerciantes, porque afecta a planificação da actividade económica por eles desenvolvida, conduzindo virtualmente a *prejuízos difusos e inumeráveis* que transcendem a pura lesão dos créditos. Por aqui se compreende a importância que a perspectiva personalista do bem património tem

para o problema: é a ligação a determinado tipo de portadores, a especificidade das relações patrimoniais de certa classe de pessoas que impõe certas injunções à tutela típica do bem.

Contudo, a ser assim, a construção dos crimes falenciais que visam proteger em especial o património dos comerciantes deveria partir, aparentemente, não da consideração da qualidade do devedor, mas sim da qualidade dos credores afectados. Todavia, duas razões obstam a esta arquitectura dos crimes falenciais — as mesmas que aconselham a restrição dos pressupostos do processo civil de falência aos comerciantes, embora em veste diferente.

Em primeiro lugar, a intervenção dos devedores não comerciantes no tráfico jurídico é, por definição, relativamente reduzida, pelo que a impontualidade no cumprimento não acarretará, para o património dos credores comerciantes, o perigo que a lei presume existir na insolvabilidade dos devedores comerciantes.

Mas existe uma outra razão, bem mais ponderosa, para que os crimes falenciais que tomam por referente a insolvabilidade não possam aplicar-se aos devedores não comerciantes. Ainda que se considere que a insolvabilidade de um não comerciante pode pôr em perigo os patrimónios dos seus credores comerciantes, a lei penal não pode impor-lhe o dever de manter a capacidade de cumprir pontualmente as suas obrigações *quando se sabe que o devedor civil está excluído do recurso sistemático ao crédito.* Neste sentido, vale aqui, por inteiro, a ideia antiga de que só quem vive do crédito tem a obrigação de o honrar rigorosamente: como bem acentuou Eduardo Correia durante as sessões da Comissão Revisora do Código Penal (562), existe uma «diferença estrutural, no plano do ilícito criminal, entre o devedor comerciante e o devedor não comerciante» — proposição que, no contexto, pretendia justificar a distinção dos regimes dos crimes de insolvência e dos crimes de falência, convocando embora aspectos que, a nosso ver, são estranhos ao conteúdo do ilícito dos crimes falenciais na sua configuração *histórica* e *actual,* nomeadamente, o «interesse público da confiança nas relações do comércio» (563).

4.4. A influência da consideração do crédito no desenho dos crimes falenciais específicos dos comerciantes não passa despercebida à maioria dos autores. Simplesmente, por não se apreender a inerência de certos interesses patrimoniais indeterminados, gerados pela especial actividade desenvolvida,

(562) *Actas PE,* p. 159.

(563) *Actas PE,* p. 158.

à composição do património dos comerciantes — inerência que justifica plenamente a diversidade do desenho da tutela, tratando-se embora do mesmo bem protegido pelos crimes insolvenciais —, procura-se remeter as especificidades do regime (564) para a protecção simultânea de outros bens jurídicos, como a capacidade de funcionamento da economia creditícia (565), o funcionamento da ordem económica global (566), o interesse público da confiança nas relações comerciais (567), o exercício ordenado da actividade económica (568), etc.

Ora, por um lado, não vemos como o perigo criado por estes crimes — insistimos: na sua configuração positiva, histórica e actual, no direito nacional — pode transcender a ofensa provocada aos patrimónios dos credores, a não ser que se levem em linha de conta «custos sociais» que exorbitam dos tipos legais, tais como a diminuição da capacidade produtiva do país e a potenciação do desemprego (569). Mas, neste sentido, muitos dos crimes contra o património — senão mesmo os crimes graves contra a integridade física, que importem, *v. g.,* incapacidade permanente da vítima — deveriam classificar-se (também) como crimes contra bens supra-individuais: assim, o

(564) A tese de que o direito penal falencial constituiria um ramo de direito autónomo relativamente aos princípios do direito penal geral procurava explicar as soluções abnormes impostas por aquela regulamentação, *maxime* em matéria de causalidade, culpa e regras processuais. A existência de um direito penal especial traduzir-se-ia aqui, como veremos, na legitimação da derrogação sistemática das mais elementares garantias que fornece o direito penal actual. Não deixa de surpreender que, na viragem do século XX, MANGANO (*cit.,* p. 1) continue a questionar-se, no prefácio da sua obra, sobre se os princípios que regem o direito penal falencial são ou não «autónomos relativamente aos que governam o direito penal comum».

(565) Assim, TIEDEMANN, *ZStW,* p. 26 (1976) e 237, e ID., *LK,* vor § 283, nm. 50 e segs.; OTTO, *GS-Bruns,* p. 266 (em estudo anterior [ID., *Grundkurs,* p. 284], o A. considerava que os crimes falenciais ofendem exclusivamente a «ordem económica vigente» *[bestehende Wirtschaftsordnung]*; recentemente, OTTO [*Grundkurs*³, p. 277] reafirmou a sua adesão à concepção dual [«os bens jurídicos protegidos pelos crimes falenciais são os *interesses patrimoniais dos credores* e o *funcionamento da economia creditícia*»]); DREHER/TRÖNDLE, *cit.,* vor § 283, nm. 3; e BÖHLE-STAMSCHRÄDER, *KO*¹², p. 526.

(566) Assim, DÄUBLER, *cit.,* p. 3; S./S./STREE, vor § 283, nm. 3.; e E. SCHLÜCHTER, *JR* (1979), p. 515, 1.ª col.

(567) Assim, EDUARDO CORREIA, in *Actas PE,* p. 158, LEAL-HENRIQUES/SIMAS SANTOS, *cit.,* p. 238, e MAIA GONÇALVES, *cit.,* 325.º [2].

(568) Assim, MANGANO, *cit.,* p. 33 ss., esp. p. 39.

(569) Com excepção do art. 325.º, n.º 2: cfr. *infra,* Cap. III.

crime de dano simples previsto no art. 308.º do CP, sobretudo se praticado contra unidades produtivas (570), a burla relativa a seguros prevista no art. 315.º do CP, etc. — solução que se afigura de todo incorrecta (571). Há que conservar com o rigor possível a distinção entre o património como bem pessoal e o funcionamento da economia como bem supra-individual, sob pena de as injunções de sentido que o bem jurídico impõe à tutela típica se diluirem, ou entrarem mesmo em indesejável contradição (572). Assim, a título de exemplo, as construções que vêem nos crimes falenciais específicos dos comerciantes delitos pluriofensivos não explicam a plena eficácia do consentimento, própria dos interesses livremente disponíveis, que todavia admitem (573).

Por fim, a *punição agravada* dos crimes que ofendem o património dos comerciantes não precisa de se fundamentar na pluriofensividade do crime. Basta lembrar que, nestes casos, a ofensa atinge, virtualmente, *todo o património* das vítimas e não apenas, como nos crimes insolvenciais, os específicos *direitos de crédito* detidos pelos credores contra o devedor (574-575).

(570) Não obsta à validade do exemplo a agravação prevista no art. 309.º, n.º 3, alínea *d)*, aplicável aos casos em que a coisa danificada tenha particular importância para o desenvolvimento económico. Na verdade, não se trata aí de um mero efeito lateral e eventual do crime, já que o desvalor agravado pelos reflexos do crime no funcionamento da economia resulta expressamente da lei.

(571) Neste exacto sentido, escreve DELITALA (*cit.*, p. 285): «não pode classificar-se a bancarrota como um crime contra a economia, a indústria ou o comércio. É claro que, tutelando-se o crédito, faz-se uma coisa vantajosa para o comércio e, consequentemente, para a economia da nação, mas isso não impede que o objecto imediato da tutela seja constituído pelo direito subjectivo dos credores».

(572) Neste sentido, cfr. de novo HUERTA TOCILDO, *cit.*, p. 473 ss. Em outro plano, a natureza do bem jurídico importará um tratamento diferencial dos diversos institutos que compõem a doutrina do crime: sobre a autonomia dogmática do direito penal secundário, onde se enquadra a protecção do funcionamento da economia creditícia, cfr. FIGUEIREDO DIAS, *RLJ*, 116 (1983-4), p. 299 ss.

(573) Cfr., *v. g.*, TIEDEMANN, *LK*, vor § 283, nm. 54.

(574) Contra, ARZT/WEBER (*LH*, 4, nm. 309), que vêem o bem protegido exclusivamente no «*direito* dos credores ao ressarcimento proporcional no processo de execução colectiva falencial» (itálicos nossos). Como veremos, esta é apenas uma das vertentes do bem protegido pela generalidade dos crimes falenciais, sem embargo de encontrar tutela específica no crime de favorecimento de credores: cfr. *infra*, Cap. II, 4.

(575) Problema diferente é o de saber se a causação da própria insolvabilidade por parte de certos agentes económicos não deverá fundamentar um específico crime contra a economia, dada a intolerabilidade dos danos sociais que provoca. Simplesmente, a construção desse ilícito-típico requereria uma estrutura bem diversa da prevista pelos crimes falenciais tradicionais, porventura semelhante ao normativo do § 192 AE *(Konkursträchtiges Verhalten)*: cfr. *infra*, Cap. IV, 7.

4.5. Tudo quanto se expôs permite-nos já descrever as relações entre os crimes «insolvenciais» e os crimes falenciais.

Assim, o núcleo categorial dos crimes insolvenciais reside na violação «culpável» do dever jurídico de manter a garantia patrimonial dos credores através da causação ou agravamento da própria insolvência *stricto sensu* (576). A insuficiência (real ou fictícia) do activo consubstancia uma situação perigosa para o património dos credores, por via da impossibilidade potencial de ressarcimento integral dos direitos de crédito.

Seguidamente, a consideração da actividade económica desenvolvida pelos comerciantes e das regras que a orientam mostra que o património destes agentes económicos pode ser ofendido em virtude da simples insolvabilidade do devedor, mesmo quando se encontre assegurada a satisfação integral dos créditos por intermédio da liquidação concursual. O estado de insolvabilidade apresenta-se como uma situação perigosa para o património dos credores comerciantes, por via dos prejuízos difusos que a perturbação da planificação da actividade pode acarretar.

Destarte, é lícito concluir, no mesmo plano categorial, que a incriminação das condutas que tomam a insolvabilidade por referência constitui uma forma especial de protecção dos credores comerciantes relativamente à incriminação da insolvência, justificável pela predominância, no seu património, de componentes via de regra ausentes do património dos não comerciantes. Então, para se construir a tutela penal do património dos comerciantes, parte-se da (legítima) presunção empírica de que só a insolvabilidade dos devedores comerciantes, dada a frequência e o relevo da sua intervenção no comércio jurídico, pode causar um perigo criminalmente relevante para o património dos comerciantes, culminando este raciocínio na especificação do agente — e não da vítima — do crime: o *devedor* comerciante.

A construção do crime falencial como crime específico, baseada na dita presunção, é confortada por considerações de índole normativa. Com efeito, os agentes económicos que desenvolvem uma actividade que tem

(576) Neste exacto sentido, também FARIA COSTA (*Crimes*, p. 3) configurava a frustração de créditos como «o eixo sobre o qual vão girar todos os outros crimes» contra direitos patrimoniais.

no crédito a própria seiva estão seguramente constituídos no *dever de manter a capacidade de cumprir pontualmente as diversas espécies de obrigações por si contraídas* (577). Na verdade, como vimos, a violação desse dever provoca um perigo dotado de força irradiante no seio da economia creditícia, organizada de acordo com padrões de optimização e racionalização dos recursos, que não se compadece com a incapacidade de cumprir tempestivamente os negócios que lhe dão vida. Será desnecessário lembrar, a este propósito que foram justamente as necessidades próprias da tutela do crédito que, reivindicando uma regulamentação especial, deram origem ao direito comercial (578).

4.6. O entendimento que aqui se perfilha — *sc.*, a restrição interpretativa do sentido do elemento típico «insolvência» à insuficiência do activo no que diz respeito aos devedores não comerciantes — encontra o seu lugar diametralmente oposto na construção avançada por Otto (579).

Com efeito, o A. critica a adopção da insolvência *stricto sensu (Überschuldung)* como situação de crise penalmente relevante (contexto e resultado das acções típicas) no que toca as condutas das pessoas humanas, advogando uma interpretação restritiva dos respectivos preceitos (alíneas 1.ª e 2.ª do § 283 do StGB), segundo a qual a insuficiência do activo só pode valer como elemento típico nos casos em que valha também como pressuposto do processo concursual. Ora, como se sabe, a insolvência *stricto sensu* não constitui, à luz da KO, um pressuposto processual aplicável às pessoas humanas (comerciantes e não comerciantes), fundamentando apenas o processo concursual instaurado contra sociedades de capitais, corporações sem personalidade jurídica e sociedades de pessoas em que não exista um sócio pessoalmente responsável pelas dívidas (580). Otto justifica a sua tese com a ideia de que a insuficiência do activo das pessoas humanas é uma situação normal do tráfico jurídico e não representa, portanto, um perigo para os interesses dos credores, pelo

(577) Neste sentido, a tutela penal do crédito constitui «um privilégio odioso para os comerciantes» (DELITALA, *cit.*, p. 282).

(578) Exemplos do regime especial imposto pela tutela do crédito podem ainda encontrar-se na derrogação da moratória *favor matrimonium* prevista no art. 1696.º, n.º 1, do CCiv, quando se esteja perante obrigações emergentes de actos de comércio (art. 10.º do CCom) e na regra da solidariedade passiva nas obrigações comerciais (art. 100.º do CCom).

(579) OTTO, *GS-Bruns*, p. 273 ss.

(580) Cfr. TIEDEMANN, *LK*, vor § 283, nm. 137.

que as condutas praticadas nessa situação, ou que a ela conduzam, não realizam concretamente o perigo proibido. Deste modo, a sua incriminação transporia em muito os limites da dignidade penal, violando do mesmo passo os princípios do respeito pela liberdade e pela dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade constitucionalmente acolhidos. Consequentemente, a interpretação restritiva que propõe seria uma «interpretação conforme à Constituição».

Todavia, este entendimento não parece colher. Em primeiro lugar, há que dizer que aquela restrição, aplicando-se embora a todas as pessoas humanas, tem sobretudo em vista o caso dos devedores não comerciantes, como mostram as citações que o A. transcreve no seu estudo (581). Por isso começámos por afirmar que esta solução colide frontalmente com a proposta que temos vindo a expor. Reduzidos os termos da questão, não se afigura que as preocupações de Otto tenham razão de ser. Assim, no exemplo citado pelo A., o jovem dentista que se vê obrigado a contrair um empréstimo bancário a fim de poder iniciar a sua actividade profissional não se torna, *ipso facto*, insolvente: a dívida assumida é, se bem vemos, compensada pela entrada no activo do valor do equipamento adquirido. Este tipo de operações não contende com o saldo patrimonial, provocando apenas um aumento simétrico do passivo e do activo. Em circunstâncias normais, o exercício da profissão tenderá a proporcionar um rendimento superior à amortização do empréstimo. Todavia, se assim não acontecer, e o montante das dívidas vier a superar o activo, não se vê por que razão a insolvência do dito agente não há-de ser penalmente relevante, já que constitui seguramente um perigo para o ressarcimento dos credores.

Cremos que a insubsistência daquela posição provém de uma compreensão equívoca do papel da insolvência *stricto sensu* no seio dos processos concursuais. Parece esquecer-se que a aplicação especial deste critério às pessoas jurídicas (comerciantes) no seio de ordenamentos que erigem a impossibilidade de cumprir pontualmente em pressuposto da execução colectiva e universal — seja o processo de aplicação genérica adoptado pela KO, seja o processo de falência dos comerciantes de raiz latina — parte da ideia caduca de que aquelas entidades, não constituindo pessoas humanas, não gozam do crédito próprio do comércio (582). O que mostra, uma vez mais, que, se faz

(581) *Ibid.*, p. 274 s.

(582) Cfr. *supra*, Parte II, Cap. III, 3.3.

sentido tomar a insolvência como pressuposto do processo concursual em relação a alguma categoria de devedores, esta é a daqueles devedores que estão excluídos do recurso sistemático ao crédito — e esses não são, seguramente, as pessoas jurídicas, mas sim os não comerciantes.

4.7. Resta alertar para que não existe uma correspondência exacta entre as duas espécies de deveres e as duas espécies de devedores apontadas.

Assim, ao devedor não comerciante incumbe o dever genérico de manter a garantia patrimonial dos credores — *sc.*, de manter um património solvente. Dele decorrem os deveres específicos de *não causar* a insolvência (cuja infracção está na base das fattispecie em que a insolvência assume o papel de *resultado típico*) e de, encontrando-se já insolvente, *não agravar* a lesão dos direitos dos credores (dever cuja infracção está na base dos tipos em que a insolvência desempenha o papel de *contexto factual* onde se produzem as acções típicas).

Ao devedor comerciante incumbe o dever específico de *manter a capacidade de cumprir pontualmente as diversas espécies de obrigações por si contraídas* (solvabilidade) (583). Mas nem por isso o comerciante se encontra eximido, enquanto *devedor*, da obrigação genérica de manter um património solvente. O que se passa é que, diversamente do que acontece com o não comerciante, o simples défice patrimonial não constitui infracção imediata desse dever genérico, dada a dinâmica própria que o crédito introduz na actividade comercial (584). Por isso, há que distinguir: nos casos em que a

(583) Assim, também MANGANO (*cit.*, p. 45), citando Pedrazzi.

(584) A desconsideração deste aspecto pela lei alemã, que incorpora a insolvência *stricto sensu* como situação-contexto (§ 283, alínea 1.ª, do StGB) e como resultado das condutas (§ 283.º, alínea 2.ª, do StGB) *mesmo em relação a devedores comerciantes*, tinha que conduzir, atenta a mobilidade dos valores contidos nos respectivos patrimónios, à inevitável proliferação de teorias acerca dos critérios pelos quais se deve aferir o défice patrimonial dos devedores comerciantes (cfr. entre muitos outros, E. SCHLÜCHTER, *MDR*, 32 [1978], p. 265 ss., HOFFMANN, *MDR*, 33 [1979], p. 93 ss., RICHTER, *cit.*, p. 139 ss., OTTO, *Grundkurs*³, p. 278, TIEDEMANN, *GS-Schröder*, p. 289 ss., e ID., *LK*, vor § 283, nm. 137 e segs., esp. nm. 140 e segs.). Daí que a doutrina se veja obrigada a admitir que, «permanecendo por resolver o problema da verificação jurídico-penal da situação de insolvência» (TIEDEMANN, *ibid.*, nm. 147), «basta que não se esteja perante uma situação de insolvência de acordo com uma das teorias aplicáveis, para que não exista insolvência no sentido do § 283, ainda que o direito concursual considere preenchido esse elemento» (OTTO, *GS-Bruns*, p. 271).

insolvabilidade constitui o resultado típico da conduta, a violação do dever de manter um património solvente só releva *mediatamente*, como uma das formas possíveis da infracção do dever específico de manter a capacidade de cumprimento das obrigações; mas nos casos em que a insolvabilidade é pressuposto da acção típica, a situação de crise económica manda que o dever de manter um património solvente regresse ao primeiro plano e justifica a imposição do *dever de não agravar o perigo de lesão dos direitos dos credores.*

4.8. A lei penal falencial vigente nem sempre alude à ocorrência dos estados de insolvência e de insolvabilidade. Além disso, quando o faz, não distingue insolvência de insolvabilidade, referindo-se exclusivamente à insolvência, que no direito concursual actual, equivale à noção de insolvabilidade que adoptámos (*sc.*, à antiga falência).

Esta verificação conduz, aparentemente, a duas conclusões que entram em absoluta contradição com o que se acabou de expor: em primeiro lugar, a ocorrência do estado de impotência económica nem sempre integra o ilícito-típico; em segundo lugar, a transposição para as normas penais do conceito de insolvência acolhido pelo CFal e o novo âmbito de aplicação desse conceito implicam a necessidade de tratar uniformemente todos os devedores de acordo com os parâmetros da insolvabilidade.

Procuraremos mostrar, nos capítulos seguintes, a improcedência destas asserções.

CAPÍTULO II

O ESTATUTO DOS ESTADOS DE *INSOLVÊNCIA* E DE *INSOLVABILIDADE* E DO SEU RECONHE-CIMENTO JUDICIAL NOS CRIMES FALENCIAIS PREVISTOS PELO DIREITO VIGENTE

O presente capítulo destina-se a caracterizar o papel desempenhado pela insolvência e pela insolvabilidade nos vários crimes falenciais previstos na lei vigente. Procurar-se-á analisar, em primeiro lugar, o estatuto dos estados de «insuficiência do activo para cobrir o passivo» e de «impossibilidade de cumprir pontualmente obrigações de qualquer espécie» no seio dos tipos legais, para depois qualificar dogmaticamente o reconhecimento judicial da insolvência e da insolvabilidade.

1. A (aparente) exclusão da ocorrência da situação de crise da valoração jurídico-penal nos crimes previstos no art. 325.º, n.º 1, alíneas *a), b)* e *c),* do CP

1.1. As condutas descritas nestes normativos representam, como vimos, *diminuições reais ou fictícias* do património do devedor e são porventura, numa perspectiva histórica, os crimes falenciais mais emblemáticos.

O devedor que praticar as condutas previstas no art. 325.º, n.º 1, alíneas *a), b)* e *c)* «é punido, se ocorrer a situação de insolvência e esta vier a ser declarada». Com esta formulação *condicional* a lei parece adscrever a ambos os factos (*sc.*, à *ocorrência* e ao *reconhecimento judicial* da situação de insolvência) o mesmo estatuto, qual seja, o de *meras condições objectivas de punibilidade, sc.*, «elementos adicionais requeridos para a punibilidade da conduta, que não prejudicam — por absolutamente independentes — a qualidade ilícita e culposa

da mesma» e que por isso «estão excluídas da necessidade de representação» (585). O juízo de ilicitude parece esgotar-se, portanto, nas condutas descritas, que preencherão integralmente o tipo, permanecendo todavia impunes sempre que a insolvência do devedor não seja judicialmente reconhecida. Um rápido bosquejo da evolução histórica da punição dos crimes falenciais permitir-nos-á compreender a génese do equívoco que esta interpretação representa.

1.2. O sentido histórico da punição dos bancarroteiros ou falidos partiu sempre da causação da falência (586). Se tomarmos como ponto de referência o conhecido aforismo de Baldo — *decoctor, ergo fraudator* — e a punição de todos os falidos independentemente das circunstâncias da falência (587), fácil se torna compreender que a progressiva tipificação de certas condutas falenciais constituíu *apenas* uma forma de selecção das falências puníveis (588). Daí derivou a distinção entre falências casuais, culposas e fraudulentas, levada a cabo por Stracca (589), a qual, atendendo às circunstâncias em que a falência havia ocorrido, revelava a exigência de um nexo entre o resultado proibido e a actuação criminosa do agente. Porém, tal exigência, embatendo contra a dificuldade de prova de uma relação causal entre as condutas bancarroteiras e a falência, foi torneada através do sistema das presunções: estabelecida a ocorrência da falência (através da respectiva declaração) e provada a prática das condutas previstas, *presumia-se* que o estado de falência se devia a esta última (590).

(585) EDUARDO CORREIA, *DC*, I, p. 370. Acolhendo esta definição, também FIGUEIREDO DIAS, *Problema*, p. 473 (n. 81). Para a distinção entre elementos do tipo, circunstâncias agravantes da punição, condições objectivas de punibilidade e pressupostos da acção penal, cfr. logo o estudo de FINGER, *GA*, 50 (1903), p. 32 ss.

(586) Sobre a evolução histórica dos crimes falenciais, cfr. a importante obra de NEUMEYER, *cit.*

(587) Como informa FERRARA, (*Fallimento*, p. 57), mesmo a cessão de bens aos credores (único meio de evitar a prisão) por parte dos falidos de boa fé (os únicos que dela podiam beneficiar) «era feita por forma ignominiosa» (os falidos eram obrigados a despir-se, junto ao pelourinho, e a gritar, por três vezes, que cediam os bens aos credores) «e não evitava a infâmia» (os falidos eram obrigados a usar um barrete de cor, não podiam exercer cargos públicos, nem trazer armas ou roupas de certo valor, e era-lhes interdito o exercício do comércio).

(588) Neste preciso sentido, ROCCO, *Fallimento*, p. 122 s.; LONGHI, *Bancarotta*, p. 72 s.; DÄUBLER, *cit.*, p. 1 s.; e BAJO FERNÁNDEZ, *AnuDP*, 26 (1973), p. 541.

(589) *Apud* PUNZO, *cit.*, p. 8 ss.

(590) Neste sentido, figurando embora diversamente o papel das presunções, ROCCO, *Fallimento*, p. 124, e LONGHI, *Bancarotta ed Altri*, p. 75 s. Para a exposição crítica de ambas as teorias, pode ver-se CONTI, *DP Comm*, II, p. 110, e BAJO FERNÁNDEZ, *AnuDP*, 26 (1973), p. 542. Uma excelente imagem do sistema das presunções é-nos dada por uma frase atribuída a Napoleão (cfr. DELMAS-MARTY, *cit.*, p. 411): «uma falência é um naufrágio; em caso de naufrágio, começa-se por prender o comandante [...]; ele pode defender-se e, se provar que cumpriu o seu dever, é libertado; não há menos razão para não começar por encarcerar o falido e libertá-lo depois se ele conseguir desculpar-se». O sistema das presunções encontrou a sua consagração mais acabada, no direito nacional, com o CCom de 1833. Aí se previam condutas que faziam presumir *de jure* a culpa (n.º 1147), outras que faziam presumir a culpa do comerciante «salva sua defesa» (n.º 1148) e, finalmente, as que faziam presumir *de jure* a fraude (n.º 1149). Não pode esquecer-se, contudo, que a relevância criminal destas condutas pressupunha a exclusão da possibilidade de a quebra ser classificada como casual (n.º 1146): cfr. *infra*, 1.3.

Além disso, a crescente mobilidade do comércio italiano dos séculos XII e seguintes levou a que surgisse, ao lado da figura do falido, um fenómeno criminológico diferente, qual fosse, o do comerciante que foge com os seus bens e/ou com os bens que lhe haviam sido confiados para revenda (591). O fugitivo era declarado falido, apesar de poder não se encontrar nesse estado, e penalmente perseguido como tal, chegando mesmo a incriminar-se como falido o suspeito de fuga, em relação ao qual os estatutos italianos estabeleciam frequentemente presunções com eficácia civil e criminal (592). O que levou a que o termo *fugitivus* se tornasse sinónimo de falido (593). E este fenómeno representou uma segunda *nuance* para os crimes falen-

(591) Seguimos de perto, na exposição desta ideia, FERRARA, *cit.*, p. 55 ss.

(592) É curioso notar que o direito português sempre distinguiu a falência criminosa do *levantamento com bens alheios*. Assim, o Título 66 do Livro V das Ordenações Filipinas tinha por epígrafe «Dos Mercadores, que quebram: E dos que se levantam com fazenda alheia». Um exame atento do regime deste Título mostra que os mercadores podiam ser punidos, tanto por induzirem fraudulentamente a própria quebra, como por perderem, com culpa, sua fazenda, por jogo ou gastos excessivos, como por se levantarem com fazenda alheia; diversamente, os não comerciantes só podiam ser punidos por força destes dois últimos factos: cfr. Livro V, Título 66, n.º 7 («as pessoas») e n.º 10 («qualquer pessoa, posto que mercador não seja»). A distinção ganha contornos mais nítidos no ProjCC Mello Freire: no Título XLI, significativamente denominado «dos mercadores que quebram», apesar de se admitir a punição dos mercadores que se levantam com fazenda alheia (Título XLI, § 1), manda-se punir como *burlão e iliçador* a pessoa que praticar o mesmo facto, «não sendo mercador, nem feitor, ou administrador» (Título XLI, § 10). Por último, o CCom de 1833, no seu n.º 1153, dispunha que «o comerciante que se alevantar com fazenda alheia será processado sem privilégio algum, e nos termos ordinários, pelo juízo criminal competente».

(593) FERRARA, *cit.*, p. 54; cfr. também TIEDEMANN, *LK*, vor § 283, nm. 32, e BAJO FERNÁNDEZ, *AnuDP*, 26 (1973), p. 557.

ciais: o bancarroteiro deixou de ser, necessariamente, alguém que se encontra num *estado* de falência.

Isto é: se as razões que inicialmente haviam ditado a punição dos crimes falenciais se prendiam, indubitavelmente, com a causação fraudulenta, ou tão-só culposa, da situação de falência, a evolução descrita acabou por subverter essa intenção ao excluir da valoração criminal as circunstâncias em que a falência ocorreu, bastando-se com a declaração judicial da mesma. E como «parece aberrante pensar que um crime se complete em virtude de uma sentença do juiz» (594), fechava-se o círculo que permitiu erigir as condutas típicas dos crimes falenciais em elemento suficiente para o preenchimento do ilícito-típico, já que a declaração de falência é uma mera condição objectiva de punibilidade em relação à qual não se requer um nexo causal (595), nem, evidentemente, a congruência do tipo subjectivo (596).

1.3. A subordinação da punibilidade dos crimes falenciais à *declaração judicial* da insolvência ou da falência é invariante no direito português, pelo

(594) CONTI, *RIDP*, 5 (1952), p. 470, retomando a lição de Candian e Nuvolone; assim também, desenvolvidamente, SARACENO, *cit.*, p. 475 ss. Uma exploração *ad nauseam* deste argumento pode encontrar-se em ALIMENA, *cit.*, p. 51 ss. e 57. Em estudo posterior, CONTI (*DP Comm*, II, p. 109), pondo já em relevo a necessidade de distinguir entre «o estado de insolvência falencial e a declaração de falência enquanto sentença que o verifica», continua porém a confundir os dois fenómenos: depois de analisar a «posição da *declaração* de falência» nas várias fattispecie previstas (*ibid.*, p. 118 ss.), resume a investigação com conclusões que misturam indistintamente a falência e a respectiva declaração (*ibid.*, p. 129). Note-se que o A. admite a relevância penal do *estado* de falência em alguns casos, restringindo-a contudo, por conferir um peso excessivo à letra dos preceitos penais, às hipóteses em que a lei lhe alude expressamente (arts. 217.º, alínea 1.ª, n.º 4, 223.º, alínea 2.ª, n.º 2, e 224.º, n.º 2, do RD de 1942). Recentemente, PEDRAZZI (*RIDProcP*, 32 [1989], p. 901) firmou convincentemente a ilegitimidade constitucional da interpretação que vê na declaração de falência um elemento constitutivo do crime, porquanto «o empresário veria ser-lhe imputada uma responsabilidade por facto alheio!».

(595) Na Alemanha, à luz da KO, cfr., por todos, BÖHLE-STAMSCHRÄDER, *KO*[11], § 239, anot. 2.

(596) Este fenómeno de deslocação do juízo de ilicitude levou muitos autores a concluir por uma alteração do sentido histórico do juízo de desvalor contido nos crimes falenciais, senão mesmo uma mudança da sua natureza: a partir das Ordenanças, a lei moderna não quereria punir o facto da falência, mas sim as condutas em si mesmas consideradas; cfr. BÖHLE-STAMSCHRÄDER, *KO*[11], § 239, anot. 1); PUNZO, *cit.*, p. 10 s. Para uma acurada crítica desta tese, cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *AnuDP*, 26 (1976), p. 542 ss., e 554 ss. e *passim*.

menos, desde o CCom de 1833 (597). Efectivamente, neste diploma como em todo o direito posterior, o processo penal fundado num crime falencial começa com a intervenção do tribunal civil, ou, mais rigorosamente, com *a classificação da falência como culposa ou fraudulenta pelo tribunal civil* (598). Este fenómeno não surpreende, se nos lembrarmos da feição repressiva originária do processo de falência (599), onde se misturavam indistintamente os aspectos penais e civis do facto (600); por outro lado, o seu carácter de «processo de classe» explica a atribuição de competência aos tribunais comerciais, a partir de certa

(597) A tradição vem do *Code de Commerce* e inspirou o direito espanhol e italiano. O direito francês abandonou a subordinação da punibilidade à intervenção do tribunal civil com a da L. n.º 67-563 *cit.* (art. 139.º), tendo-a retomado na da L. n.º 85-98 *cit.* (art. 197.º), mas bastando-se agora com a «abertura do processo de recuperação». Diversamente, desde a KO (§§ 239 e 240) que o direito alemão consagra a «cessação de pagamentos», independentemente de uma declaração judicial, como condição suficiente da punibilidade, ao lado da abertura do concurso, e, desde 1976, da rejeição do requerimento de insolvência por manifesta insuficiência da massa (§ 283, alínea 6.ª, do StGB). Note-se, todavia, que a melhor doutrina alemã exige, para o desencadeamento da punibilidade por força da cessação *(Zahlungseinstellung)*, a prova cumulativa do estado de insolvabilidade *(Zahlungsunfähigkeit)*, ainda que este não tenha que ser judicialmente declarado (cfr. TIEDEMANN, *LK*, vor. § 283, nm. 134; contra, BÖHLE-STAMSCHRÄDER, *KO* [12], § 283, anot. 2a)).

(598) Dispunha o n.º 1151 do CCom de 1833: «os falidos culposos, e os fraudulentos, serão punidos conforme a direito pelos respectivos juízos criminais. A sentença do tribunal de comércio remetida por seu presidente ex officio servirá de base e corpo de delito à acusação pela justiça, e nela se seguirá o processo marcado na lei». O art. 741.º do CCom de 1888 consagrava solução idêntica, atribuindo ao tribunal de comércio que conhecia do processo de falência a competência para aplicar as penas: «a sentença da classificação da falência aplicará ao falido as penas que couberem ao caso, segundo o código penal e mais leis vigentes, sendo executória como criminal que igualmente fica sendo». A mesma solução transitou para o CFal de 1899 (arts. 148.º e 153.º), daí para o CPCom de 1905 (arts. 324.º e 332.º), para o CFal de 1935 (arts. 199.º e segs. e 210.º), para o CPCiv de 1939 (arts. 1305.º e segs. e 1314.º) e para o CPCiv de 1961 (arts. 1279.º e segs.). O CP de 1982, tendo revogado os preceitos do CPCiv, desvinculou (pela primeira vez!) a punição dos crimes da classificação feita pelo tribunal civil, mas manteve a subordinação da punibilidade à declaração judicial de falência.

(599) Cfr. *supra*, Parte II, Cap. II, 2.2.

(600) Promiscuidade paradigmaticamente evidenciada pelas consequências civis e penais da classificação da falência: cfr., para as primeiras, *v. g.*, os arts. 1263.º e segs. do CCom de 1833. Repare-se, contudo, que a classificação civil da quebra como culposa ou fraudulenta não vinculava o juízo penal, mas a quebra classificada como casual não podia ser apreciada criminalmente.

altura, para o processo de indiciação e, posteriormente, instrução e julgamento dos crimes (601).

Em nenhuma norma anterior ao DL n.º 132/93 se aludia autonomamente, no que interessa aos tipos de que agora curamos, à *ocorrência* da situação de falência, pelo que, aparentemente, tal facto foi desde sempre excluído da valoração penal, constituindo apenas um pressuposto — evidentemente necessário — da *classificação* ou da *declaração* judicial da falência (602), que cedo foram reconhecidas como meras condições objectivas de punibilidade (603). Todavia, a ligação das condutas típicas à ocorrência da falência *e a concomitante relevância desta última para a valoração penal* só desapareceram do *regime externo* da punição dos crimes falenciais com a entrada em vigor do CP de 1982. Expliquemo-nos melhor.

Enquanto a indiciação e o julgamento dos crimes falenciais se produziram no seio do «sistema da classificação», que distinguia entre falências «casuais», «culposas» e «fraudulentas», não era possível condenar um comerciante pela prática de qualquer crime falencial caso a falência fosse classificada como *casual*, mesmo que, em rigor, ele tivesse praticado alguma das condutas descritas. Na verdade, apesar da aparente rigidez dos preceitos legais — cfr., *v. g.*, no CCom de 1833, o n.º 1147: «reputam-se falidos com culpa, os que

(601) A inovação foi, como se disse, introduzida por VEIGA BEIRÃO (*Relatório* do CCom de 1888), que a justificava pela seguinte forma: «a especialidade do tribunal, e a existência nele de um júri competente, permite assim o julgamento dos culpados pelos seus pares, duas vezes pares até quanto aos negociantes, e, em todo o caso, como cidadãos quanto aos co-réus, que não exercem o comércio». *Vd.*, a propósito, a áspera crítica de BARBOSA DE MAGALHÃES, *CFal Anot.*, p. 344. A «especialidade» da competência da jurisdição civil transitou para o direito posterior, mesmo depois da abolição dos tribunais de comércio, devendo o processo-crime correr todas as suas fases no tribunal civil da falência (!) até à entrada em vigor da L. n.º 82/77, de 6 de Dezembro, cujos arts. 59.º e 60.º revogaram (implicitamente) o art. 1280.º, n.º 1, do CPCiv 1961; cfr. a justa crítica de PINHEIRO FARINHA (*cit.*, p. 44) à atribuição de competência criminal ao tribunal civil. A questão da revogação implícita do art. 1280.º do CPCiv — que ocupou praticamente todo o tratamento jurisprudencial dos crimes falenciais nos últimos vinte anos — é tratada convincentemente por MOTA SALGADO (*Falência*, p. 177 ss.), com indicações de jurisprudência (*ibid.*, p. 189 s.). Para a defesa da autonomia normativa do direito penal falencial em relação ao direito comercial, cfr. logo o estudo de MANCI, *ScPos*, 7 (1927), p. 194 ss.

(602) Neste preciso sentido, afirmando que o estado de falência «não é mais do que uma condição necessária para a declaração de falência», CONTI, *RIDP*, 5 (1952), p. 471 (n. 50).

(603) Cfr. logo LUÍS OSÓRIO, *cit.*, p. 184 s., 187 e 190 ss.

se acharem em algum dos seguintes casos: [...]»; o n.º 1148: «são igualmente reputados em quebra culposa, salva sua defesa: [...]»; e o n.º 1149: «é fraudulenta a quebra, em que se verificar alguma das seguintes circunstâncias: [...]» —, apesar dessa rigidez, dizíamos, não pode olvidar-se que esses tipos eram precedidos de uma disposição onde se definia a *falência casual* — cfr., *v. g.*, no CCom de 1833, o n.º 1146: «diz-se quebra casual o estado de insolvência de um comerciante proveniente de caso fortuito, ou força maior» (604). Quer dizer: sempre que a quebra proviesse de caso fortuito, ou força maior, ficava imediatamente vedada a possibilidade de condenar o falido pela prática de um crime falencial, ao menos a título de consumação, ainda que ele tivesse praticado alguma das condutas típicas (605-606).

(604) A referência do crime às circunstâncias da quebra deduzia-se ainda de um passo do *Relatório* do mesmo Código, lavrado pela pena de Ferreira Borges: «aqui tomei dos códigos existentes [...] o que me pareceu necessário para não confundir a desgraça casual com a premeditação dolosa».

(605) Neste exacto sentido, analisando rigorosamente a regulamentação análoga contida no CCom espanhol — que não existe no direito italiano ou alemão — BAJO FERNÁNDEZ, *AnuDP*, 26 (1973), p. 538 ss. e *passim*, cujo raciocínio seguiremos de muito perto.

(606) É certo que a limpidez da formulação utilizada pelo Código de Ferreira Borges não voltou a encontrar paralelo no direito positivo português. Com efeito, a norma homóloga do art. 736.º do CCom de 1888, que imediatamente se lhe seguiu, dispunha que «a falência é casual, quando o falido, tendo procedido na gerência do seu comércio com honrada solicitude, foi forçado a cessar pagamentos por causa independente da sua vontade». Esta norma transitou intocada para o CFal de 1899 (art. 142.º) e, daí, para o CPCom (art. 321.º). O CFal de 1935 limitou-se a adaptar a parte final do preceito à nova regulamentação dos pressupostos da falência (art. 195.º: «[...] solicitude, foi colocado na impossibilidade de solver os seus compromissos por causa independente da sua vontade»; cfr. também o art. 1301.º do CPCiv de 1939), enquanto que o CPCiv de 1961, mais comedido mas igualmente moralista, dispôs que (art. 1275.º) «a falência é casual quando o falido, tendo procedido na gerência do seu comércio com honestidade e diligência normal, foi colocado [etc.]».

Julgamos poder estender a todos estes preceitos, parafraseando-a, a sentença com que BARBOSA DE MAGALHÃES (*CFal Anot.*, p. 329) comparava — embora, aparentemente, a propósito de outro problema — o art. 142.º do CFal de 1899 com o n.º 1146 do velho CCom de 1833: mais retórica, mas pior jurisprudência. Na verdade, as expressões citadas tornavam ambígua a função das respectivas normas: deveriam elas ser desaplicadas sempre que o agente praticasse uma conduta típica — já que, por definição, não poderia ter procedido com honrada solicitude —, independentemente de a falência ter ocorrido por causa de força maior? Admitir esta solução equivaleria a restringir a aplicação das ditas normas aos casos em que, justamente, elas eram totalmente supérfluas: aqueles em que o

Esta ressalva relativa à causa fortuita da falência encontrava-se já, em verdade, nas Ordenações Filipinas (607), onde se dispunha: «e os que caírem em pobreza sem culpa sua, por receberem grandes perdas no mar, ou na terra em seus tratos e comércios lícitos, não constando de algum dolo, ou malícia, não incorrerão em pena alguma [ou] crime». Norma muito semelhante, com formulação até mais ampla, pode ser encontrada no ProjCC Melo Freire (608): «os que quebrarem por fatalidade sem culpa sua, por causa de algum naufrágio ou qualquer outro acontecimento imprevisto, ou por miséria e calamidade dos tempos, insolubilidade dos devedores, ou por outra ocasião semelhante, não merecem castigo, mas compaixão, e serão tratados da forma que se determinará no nosso Código Mercantil».

Todos estes preceitos — cuja impressividade justifica a extensão da transcrição — mostram bem o quanto as *causas* da ocorrência do estado de falência eram penalmente relevantes. Simplesmente, a dificuldade de se provar *positivamente* o carácter causal das condutas típicas relativamente à situação de falência, aliada à presuntiva «malícia» que ia ínsita na intenção de defraudar os credores através da diminuição real ou fictícia do próprio património, levaram a lei a excluir a «criminalidade» das falências fortuitas por intermédio daquelas formulações *negativas* (609).

1.4. Pois bem. Com a entrada em vigor do CP de 1982, que revogou os preceitos relativos à classificação da falência, as circunstâncias em que a falência havia ocorrido deixaram de ser objecto de consideração legal expressa (610). A ocorrência da falência parece ter sido inteiramente absorvida, na sua relevância penal, pela declaração de que era pressuposto. O ponto de partida manteve-se o mesmo — a declaração de falência —, mas o caminho a percorrer (retrospectivamente) até à imputação do crime deixou de passar pela ponderação das causas da falência. Ou, mais claramente: se as circunstâncias em que esta ocorrera relevavam, no direito anterior, ao menos como *condições negativas da punibilidade*, o CP de 1982 passou a bastar-se, ao menos aparentemente, com a prática das condutas típicas e com a declaração de falência para o desencadeamento da sanção penal.

A nova redacção dada ao art. 325.º pelo DL n.º 132/93 adicionou, à exigência da declaração de insolvência, a da *ocorrência dessa situação*. Qual o sentido do novo inciso? Se a ocorrência da insolvência detiver o mesmo estatuto da respectiva declaração, então a inovação foi totalmente supérflua. Por um lado, como já se disse, a declaração de insolvência supõe necessariamente a verificação do estado que declara. Por outro lado, deve afastar-se liminarmente a hipótese de o legislador ter querido atribuir ao julgador criminal o poder de sindicar a justeza da declaração judicial proferida no tribunal civil, reavaliando a matéria de facto que a ela conduziu. Enfim, o emprego da conjunção copulativa «e» entre os dois factos torna patente que, diversamente do que sucede com a cessação de pagamentos na lei alemã (611), não é possível desencadear a punição perante a simples ocorrência da situação de insolvência não declarada judicialmente.

Para além destes argumentos «formais» — que contudo mostram, por si só, a inutilidade da alusão à ocorrência da situação de insolvência como condição objectiva de punibilidade à luz do actual regime —, outros há, de índole diversa, que abonam a mesma tese. Não pretendemos sequer discutir a «justiça» ou a «injustiça» da punição do agente por virtude de um facto que — apesar de, curiosamente, dar o nome a estes crimes — não participa do juízo de ilicitude, nem tem de ser abrangido pelo dolo. Esse é, virtualmente, o problema de todas as condições objectivas de punibilidade (e da legitimidade da sua junção ao tipo (612)). A questão, bem mais simples — mas, ao mesmo tempo,

agente não havia praticado nenhuma das condutas tipificadas e onde não se punha, portanto, o problema da responsabilidade criminal. Assim, todavia, parecia discorrer BARBOSA DE MAGALHÃES *(ilt. loc. cit.)*, ao considerar que a definição de quebra casual «nem era precisa: é casual toda a quebra, em que se não presuma nem prove ter havido culpa ou fraude». Mas, ao que cremos, sem razão: aqueles preceitos podiam ter um sentido útil se se interpretassem no sentido de excluir a responsabilidade sempre que a falência se devesse a causa fortuita — e assim deviam, pois, ser interpretados.

(607) Livro V, Título 66, n.º 8.

(608) Título XXXXI, § 5.

(609) Segundo VASCO XAVIER (*Polis*, 2, p. 1367), a falência criminosa integrava uma excepção relativamente à falência causal: «se se verificarem determinadas circunstâncias que excluem que a falência deva considerar-se casual, será instaurado um processo penal para aplicação das sanções previstas». Cfr., em sentido próximo, AcRL, de 29-04-1977 (*BMJ*, 268 [1977], p. 258); FURTADO DOS SANTOS (*cit.*, p. 343) sustentava mesmo, no domínio do CPCiv de 1961, que «os *elementos objectivo e subjectivo* — conduta dolosa ou culposa — devem ser ligados ao *evento* — estado de falência — pelo *nexo causal* entre a conduta e o evento».

(610) Notando este fenómeno, sem daí retirar todavia quaisquer conclusões, CARLOS ALEGRE, *cit.*, p. 140.

(611) Cfr. TIEDEMANN, *LK*, vor § 283, nm. 136.

(612) Sobre os argumentos que se têm levantado contra o emprego de condições objectivas de punibilidade, nomeadamente as que se prendem com a violação do princí-

mais funda — que se põe prende-se com a própria legitimidade dos tipos em causa. Ilustremo-la com três exemplos, um para cada tipo em análise.

a) O devedor que, com intenção de prejudicar os credores, destrói parte substancial do *seu* património, *consuma o ilícito-típico de Insolvência dolosa* do art. 325.º, n.º 1, alínea *a)*, do CP? Ou de forma ainda mais radical: esse devedor comete um qualquer ilícito criminal? Admitir uma resposta positiva equivaleria, ao que cremos, a incriminar puras intenções (613), já que a destruição do próprio património constitui, via de regra, o legítimo exercício das faculdades (secundárias) de disposição dos bens próprios conferidas pelos diversos direitos subjectivos patrimoniais — *maxime*, pelo direito de propriedade.

b) O devedor que, com intenção de prejudicar os seus credores, diminui ficticiamente o seu activo através da dissimulação de coisas *consuma o ilícito-típico de Insolvência dolosa* do art. 325.º, n.º 1, alínea *b)*, do CP? Valem aqui, reforçadamente, as objecções levantadas na alínea anterior, já que, para além de tais actos integrarem o exercício da faculdade de disposição sobre os próprios bens, nem sequer importam um perigo para os credores, pois a diminuição patrimonial é apenas aparente — o que significa que o património do devedor mantém o mesmo exacto volume e valor.

c) O devedor que, com intenção de prejudicar o Estado enquanto credor de imposto, cria artificialmente prejuízos ou reduz lucros ao apresentar a sua declaração fiscal, *consuma o ilícito-típico de Insolvência dolosa* do art. 325.º, n.º 1, alínea *c)*, do CP? Para além das objecções levantadas nas alíneas anteriores, a qualificação da presente hipótese como um crime de insolvência dolosa seria totalmente incompreensível: ela causa um dano, que consiste na percepção de um imposto inferior ao devido. Como sustentar, então, que a *mesma* conduta pode provocar, simultaneamente, um dano *e* um perigo para o *mesmo* bem jurídico?!

---

pio da culpa constitucionalmente consagrado, *vd.* a fundada crítica de TIEDEMANN, *ZRP*, 8 (1975), p. 130 s.

(613) No sentido da inadmissibilidade de ser a consideração da pura intenção do agente a decidir a ilicitude da conduta, cfr. FORNASARI, *cit.*, p. 676 s. A afirmação do texto não pretende negar a legitimidade do emprego de elementos subjectivos na conformação do juízo de ilícito (cfr. FIGUEIREDO DIAS, *DP 1975*, p. 146 ss.), mas tão-só recusar à intenção de prejudicar os credores «propriedades alquímicas» que lhe permitiriam transformar o exercício da liberdade de iniciativa e de disposição dos próprios bens em ilícito criminal. Com efeito, a punição da conduta guiada por certa intenção ilícita não pode desligar-se de uma perspectiva de ofensividade (cfr. FARIA COSTA, *Perigo*, p. 626, e MOCCIA, *cit.*, p. 106 s.).

1.5. Tudo o que aponta decisivamente no sentido da estrita necessidade de convocar a ocorrência da situação de insolvência para o campo da valoração do ilícito (614). Mas a intuição dessa necessidade não nos elucida acerca do papel que ela deve ser chamada a desempenhar. É importante examinar, neste momento, o auxílio que nos oferece a experiência jurídica alemã, onde o tratamento do tema conheceu grande abundância e apuro, tendo culminado na reforma dos crimes falenciais previstos na KO.

Com a WiKG de 1976, o legislador alemão procurou alcançar um compromisso entre a necessidade de conferir maior eficácia às normas penais falenciais e aqueloutra de as adequar ao princípio da culpa (615). No que ao nosso tema interessa, reconheceu-se que as condutas incriminadas pelos preceitos da KO — ou, ao menos, algumas delas (616) — eram absolutamente neutras do ponto de vista do ilícito, pelo que o verdadeiro fundamento da sua punição se encontrava na situação de crise consubstanciada pela cessação de pagamentos e/ou abertura do processo de falência. Ora, a qualificação destes eventos como condições objectivas de punibilidade conduzia, *una voce*, à exclusão da necessidade da sua representação pelo agente, o que levava, na realidade, a admitir uma responsabilidade puramente objectiva. Assim, o direito alemão conhece hoje quatro regras básicas, no que diz respeito à relevância da situação de crise (617):

a) A alínea 1.ª do § 283 do StGB limita a relevância típica das condutas através da exigência de que o devedor se encontre numa situação de insolva-

---

(614) Assim, STREE, *JuS*, 5 (1965), p. 470 s., e ARZT/WEBER, *LH*, 4, nm. 329.

(615) Cfr. STREE, *JuS*, 5 (1965), p. 465 ss., esp. p. 470 ss; HEINZ, *cit.*, p. 216; TIEDEMANN, *GS-Schröder*, p. 289 s.; OTTO, *GS-Bruns*, p. 266; e BÖHLE-STAMSCHRÄDER, *KO*[12], p. 525. A crítica dirigida por TIEDEMANN (*ZRP*, 8 [1975], p. 132 s.) à construção dos crimes falenciais como crimes de perigo concreto (proposta pelo E-60) tinha justamente em vista a reduzida eficácia (praticabilidade) de tais preceitos e a sua desnecessidade em face do princípio da culpa; no mesmo sentido, HEINZ, *últ. loc. cit.*

(616) Cfr. logo *E-60*, p. 412, 2.ª col.; cfr. depois STREE, *JuS*, 5 (1965), p. 470 s., e TIEDEMANN, *ZRP*, 8 (1975), p. 130, a propósito do § 240 da KO.

(617) A consolidação do actual regime passou por várias fases e é fruto de propostas bastante diferentes. Para uma resenha crítica das soluções apresentadas pelo *Entwurf eines Strafgesetzbuches* (1960), pelo *Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch* (1973) — diplomas que propendiam para a construção dos crimes falenciais como crimes de perigo concreto —, pelo Relatório da *Sachverständigen-Kommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität* (1972) e pelo *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches* (1977) [AE-77], cfr. HILTENKAMP-WISGALLE, *cit.*, p. 212 ss; cfr. também TIEDEMANN, *LK*, vor § 283, nm. 38 ss.

bilidade, ou nessa iminência *(eingetretene oder drohende Zahlungsunfähigkeit)*, ou numa situação de insolvência *(Überschuldung)* — situações que constituem verdadeiros elementos do tipo —, ao tempo da prática das mesmas.

b) A alínea 2.ª do mesmo parágrafo prevê a causação da insolvabilidade ou da insolvência através das condutas descritas na alínea 1.ª

c) A alínea 6.ª subordina a punibilidade das condutas à ocorrência da cessação de pagamentos *(Zahlungseinstellung)*, ou da abertura do processo concursual *(Konkurseröffnung)*, ou da rejeição do requerimento de abertura do processo por manifesta falta de bens *(Abweisung des Eröffnungsantrags mangels Masse)*.

d) Por último, a punibilidade depende ainda da existência de uma «conexão externa» entre o estado de insolvência ou de insolvabilidade e a cessação de pagamentos, a abertura do processo concursual ou a rejeição do requerimento de abertura do processo por falta de bens. A exigência desta conexão, não resultando expressamente da lei, era já admitida pela jurisprudência e pela doutrina ainda na vigência da KO (618) e continua a ser defendida pela doutrina dominante (619-620).

1.6. Procuremos definir mais acuradamente os contornos do regime vertido na lei alemã vigente.

A positivação do pressuposto da «situação de crise» (621) como contexto das condutas típicas (alínea 1.ª) permite, por si só, *densificar a perigosidade* das condutas: parece lícito considerar que quem deprecia, de forma real ou fictícia, o valor do seu património, *quando se encontra numa situação de insolvabilidade, ou nessa iminência, ou numa situação de insolvência*, está a pôr em perigo a satisfação dos seus credores (622). Assim, a ligação entre as condutas típicas e a insolvabilidade não se faz em termos de causalidade, mas antes na própria definição das condutas tipicamente relevantes, porque o *écran* em que são praticadas permite adscrever-lhes uma inequívoca coloração perigosa.

Desta forma, a «conexão» exigida é apenas a que intercede entre a situação de crise e as condições objectivas de punibilidade. Através dela, exclui-se a possibilidade de punir o agente que, tendo praticado uma conduta típica *no contexto da crise*, cessou pagamentos, ou foi requerido num processo de falência, por causa fortuita não relacionada com aquela situação de crise. Quer dizer: enquanto que o direito português anterior ao CP de 1982 excluía a *tipicidade* das condutas quando a insolvência houvesse ocorrido por causa fortuita, a alínea 1.ª do § 283 do StGB exclui a *punibilidade* das condutas quando não se possa descortinar uma «conexão externa», ou uma «ligação fáctica», entre a situação de crise e a verificação das condições objectivas de punibilidade (623-624).

(618) Cfr. BÖHLE-STAMSCHRÄDER, *KO*[11], § 239, anot. 2).

(619) Cfr. *infra* [n. 624].

(620) O AE-77, na disposição homóloga às que agora nos ocupam (§ 193, alínea 3.ª), subordinava expressamente a punibilidade à exigência de que «não possa excluir-se uma conexão entre a insolvabilidade ou a insolvência e a cessação de pagamentos, a abertura do processo ou a rejeição do requerimento de abertura por manifesta falta de bens», *sc.*, entre as situações de crise e as condições objectivas de punibilidade.

(621) Sobre as técnicas de cálculo destinadas a estabelecer os factos que consubstanciam a «situação de crise» (insolvência *stricto sensu*, insolvabilidade e insolvabilidade iminente), *vd.* E. SCHLÜCHTER, *MDR*, 32 (1978), p. 265 ss.

(622) Segundo OTTO (*GS-Bruns*, p. 268), «a exigência de uma situação de crise tem a função de assegurar que a conduta põe concretamente em perigo, de maneira típica, o bem jurídico protegido, sem que esse concreto pôr-em-perigo tenha que ser provado no caso»; cfr., também, ID., *ibid.*, p. 272. Criticamente sobre a necessidade de subordinar *todas* as condutas incriminadas à existência de uma situação de crise, com especial atenção à insolvência *stricto sensu*, cfr. todavia TIEDEMANN, *GS-Schröder*, p. 289 ss., esp. p. 304 s.

(623) Solução que, num plano diacrónico, tem um importante alcance: o devedor que pratica uma conduta típica no contexto de uma situação de crise não deve ser punido, *v. g.*, se conseguir superar aquela situação de crise e vier a cessar pagamentos, ou a ser declarado insolvente, em virtude de uma outra situação de crise posterior.

(624) Parte da doutrina exige a prova positiva dessa ligação: cfr. BÖHLE-STAMSCHRÄDER, *KO*[12], § 283, anot. 14); LACKNER, *cit.*, § 283, nm. 8 *b)*; DREHER/TRÖNDLE, *cit.*, vor § 283, nm. 17. Em sentido diferente, TIEDEMANN (*LK*, vor § 283, nms. 91 ss.), retomando a concepção do AE-77, prefere uma formulação negativa (no mesmo sentido decidiu o OLG de Düsseldorf, por sentença de 27-09-1979 [*NJW* (1980), p. 1292 s.]): a punibilidade só deve ser excluída quando se prove que não existe qualquer ligação entre a *crise* (não as condutas: cfr. também, no mesmo sentido quanto a este ponto, OTTO, *GS-Bruns*, p. 282 s.) e as condições de punibilidade. Solução que, segundo o A. (*ibid.*, vor § 283, nm. 93), não ofende o princípio do *in dubio pro reo*, porque «a punibilidade funda-se para além do conteúdo sintomático das condutas criminosas, sendo suportada pelo desvalor da acção»; assim, também, ARZT/WEBER, *LH*, 4, nm. 339; S./S./STREE, § 283, nm. 59; em sentido próximo, a propósito do § 283b do StGB, tomando porém por referência as *condutas* e a *crise*, E. SCHLÜCHTER, *JR* (1979), p. 515. Por último, OTTO (*Grundkurs*[3], p. 281) considera que a «ligação fáctica» entre a crise e a condição de punibilidade exigida pela doutrina dominante é «demasiado imprecisa», preferindo a construção segundo a qual «a ocorrência da condição de punibilidade tem que realizar o perigo que se expressou na situação de crise»; em sentido próximo, quanto a este ponto, TIEDEMANN, *últ. op. cit.*, nm. 91.

Por outro lado, a actual alínea 2.ª do § 283 pune a *causação dolosa* (625) *da insolvabilidade ou da insolvência* através das condutas previstas na alínea 1.ª, configurando assim, inequivocamente, um *crime de resultado* (626).

Enfim, a experiência jurídica alemã oferece-nos três conclusões que julgamos dignas de apreciação.

Em primeiro lugar, o § 283 do StGB mostra à saciedade que, no plano da ilicitude material, a situação, o *facto* da insolvabilidade, não se identifica nem confunde com os actos judiciais que se lhe referem.

Em segundo lugar, a lei alemã, nos casos homólogos dos tipos do art. 325.º, n.º 1, alíneas *a), b)* e *c),* do CP, convoca sempre a situação de insolvabilidade para o campo da valoração, quer como resultado proibido, quer como contexto que cria um especial dever para o agente.

Em terceiro lugar, a doutrina e a jurisprudência alemã maioritárias exigem, como requisito de punibilidade, que se prove uma conexão fáctica entre a insolvabilidade e a sua declaração, ou, pelo menos, que não se prove uma total ausência de ligação entre os dois elementos.

1.7. Perante os tipos legais do CP, formulados de maneira substancialmente diversa, e a quase inexistente problematização do tema pela jurisprudência e doutrina nacionais, em que medida a experiência jurídica alemã pode relevar para a interpretação dos crimes falenciais cristalizados na nossa lei?

Temos por seguro que o direito penal falencial alemão constitui uma realização de soluções que são impostas, não tanto pelo princípio da culpa (627), mas, desde logo, pelas exigências de legitimidade e compreensibilidade dos tipos

(625) Mas não só: cfr. também as alíneas 4.ª, n.º 2 (conduta dolosa seguida de resultado representado ao menos com negligência) e 5.ª, n.º 2 (conduta negligente seguida de resultado representado ao menos com negligência).

(626) Por todos, TIEDEMANN, *LK,* § 283, nm. 174.

(627) As críticas da doutrina alemã aos preceitos penais da KO seguiram uma direcção diferente da que se propugna no texto. Como vimos, o raciocínio adoptado pela generalidade dos autores era o seguinte: a maior parte das condutas típicas não é suficiente para sustentar, por si só, o juízo de ilicitude; o que significa que a ocorrência da cessação de pagamentos ou da abertura do processo concursual releva, por vezes, naquela sede; então, à luz do princípio da culpa, a correcta interpretação dos preceitos não pode excluir estes últimos factos da necessidade de representação para a afirmação do dolo. As considerações que se tecem no texto pretendem discutir a legitimidade das incriminações logo no plano do ilícito, à luz do bem jurídico protegido. Colocando a questão, ainda que só implicitamente, em termos semelhantes aos propostos de seguida no texto, cfr. TIEDEMANN, *ZRP,* 8 (1975), p. 131.

legais que nos ocupam (628). Com efeito, é difícil sustentar que a prática das condutas aí descritas, isoladamente considerada, possa constituir um ilícito criminal qualificável como crime falencial. Se a punição de uma conduta não for materialmente justificada e compreensível, então nem se põe, supomos nós, o problema da sua adequação ao princípio da culpa. Por outro lado, não basta, a nosso ver, que a conduta seja portadora, por si só, de uma qualquer ilicitude para estabelecer a legitimidade da sua punição, enquanto crime falencial, como crime contra o património.

A inovação introduzida pelo DL n.º 132/93 no art. 325.º, n.º 1, do CP, parece traduzir a mesma preocupação, ao referir expressamente a ocorrência da situação de insolvência e ao distingui-la do acto judicial que a reconhece. Deste modo, a alteração da letra do tipo legal não só pode como deve ser interpretada no sentido de que aquela situação integra, no crime de insolvência dolosa aí previsto, o *resultado típico* (629). Torna-se agora claro que um acto

(628) Neste sentido, TIEDEMANN (*ZRP,* 8 [1975], p. 132) põe em dúvida a legitimidade constitucional das chamadas «condições de punibilidade impróprias», que «fundamentam o desvalor ético-social do facto», legitimidade essa que PEDRAZZI (*RIDProcP,* 32 [1989], p. 899) expressamente nega. Referindo justamente casos em que o tipo abstrai, «em medida inadmissível, do ilícito material», fundando-se o verdadeiro desvalor criminal na ocorrência das condições objectivas de punibilidade, FIGUEIREDO DIAS, *Problema,* p. 289. No mesmo sentido, escrevera já MANDEL (*cit.,* p. 60): «a condição de punibilidade não torna uma conduta típica e culposa em conduta anti-jurídica, antes liga a pena a uma conduta típica, culposa e anti-jurídica».

(629) A solução defendida no texto deveria valer também no domínio do direito anterior ao CFal, sob pena de a norma do art. 325.º, n.º 1, dever ser considerada claramente inconstitucional, por violação do princípio da necessidade da lei penal (art. 18.º, n.º 2, da CRP), dada a inofensividade das condutas proibidas, isoladamente consideradas. Tratar-se-ia, portanto, de um resultado típico não escrito: neste sentido já LOPES DO REGO, *cit.,* p. 115 s., relativamente à alínea *a)* daquele dispositivo. Exasperando este ponto de vista, GRAMMATICA (*cit.,* p. 60), que, na vigência dos arts. 856.º, 857.º e 860.º do CCom italiano — onde se continham incriminações muito semelhantes às do direito português pregresso, nomeadamente no que diz respeito ao silêncio sobre a ocorrência da situação de falência — escrevia: «deve existir uma evidente relação de causalidade entre o facto doloso ou culposo (facto punível) e a falência (evento danoso do crime) [...]. Onde o direito positivo admita uma hipótese que tal nexo não revele, deverá dizer-se que a hipótese está fora do crime de bancarrota e que, por isso, o crime assim configurado é *irracional*»; assim, também SARACENO, *cit.,* p. 475. No mesmo sentido, referindo-se às disposições homólogas da lei espanhola, escreve BAJO FERNÁNDEZ (*AnuDP,* 26 [1973], p. 540 s.): «as condutas, em si mesmas, carecem de relevância no âmbito criminal, pelo que a aplicação de penas tão severas como as do CP carece de justificação».

judicial não pode ser considerado o resultado de um crime (630). Só que, como vimos, o acto e a situação por ele declarada não se confundem em plano nenhum: como impressivamente escreve Bajo Fernández (631), o devedor «não responde criminalmente por ter sido declarado em quebra pelo juiz, mas por haver quebrado». E o perigo que os credores sofrem reside justamente na situação de insolvabilidade do devedor, *sc.*, na impossibilidade de quem nela se encontra de cumprir pontualmente a globalidade das suas obrigações.

Por outro lado, a tese da exclusão do estado de crise do desvalor penalmente sancionado obrigava os seus defensores a centrar o conteúdo do ilícito na violação de um *dever de administração prudente do próprio património* (632). E a necessidade de uma tal impostação do juízo de ilícito bem se compreende, pois só por essa via as condutas bancarroteiras (diminuição, ocultação, sonegação, destruição, etc.) poderiam, em verdade, *esgotar* o desvalor penal. Ora, parece-nos claro que a simples violação daquele dever não pode ser punida pela lei penal: desde logo, por não representar, por si só, uma ofensa para o património dos credores; mas também, reflexamente, porque se negaria injustificadamente o direito de dispor dos próprios bens que os crimes patrimoniais visam justamente tutelar.

(630) Já nos idos de 1952 escrevia FOSCHINI (*RIDP*, 5 [1952], p. 706 s.: «*il fatto stesso che la questione, con tutto che ormai siano decorsi più decenni, torni pur sempre nuovamente a proporsi, malgrado che volta a volta siano state accolte le più diverse soluzioni, deve far pensare che essa, forse, prima che mal risolta, è addirittura male impostata nei consueti termine di rapporto giuridico corrente tra il delitto di bancarotta da una parte e la sentenza dichiarativa di fallimento dell'altra*». A indistinção destes dois momentos pode encontrar-se ainda recentemente em CARLOS ALEGRE (*cit.*, p. 136), a propósito do crime de frustração de créditos: «[o crime de frustração de créditos depende] de duas condições de punibilidade, relativas à pessoa do devedor: [...] 2.ª: que a insolvência do devedor venha a ser decretada, como consequência da actividade dolosa do devedor ou de terceiro», e (*ibid.*, p. 145) a propósito da falência por negligência: «como na falência dolosa, também a falência por negligência depende da verificação de duas condições de punibilidade [...] 2.ª: a efectiva declaração do seu estado de falência, como consequência da sua actuação».

(631) BAJO FERNÁNDEZ, *AnuDP*, 26 (1973), p. 543; assim, também SARACENO, *cit.*, p. 475. Cfr. ainda, no sentido do texto, resolvendo em algumas linhas um problema que ocupou tantas páginas de doutrina, a excelente síntese de FOSCHINI, *cit.*, p. 706 ss., posto que não possa acompanhar-se este A. na qualificação da declaração judicial de falência como instituto processual (cfr. *infra*, 6.).

(632) Assim, *v. g.*, MANCI, *cit.*, p. 206. Este raciocínio levaria o A. a condensar a noção de crime falencial da seguinte forma: «um facto de fraude cometido em qualquer momento pelo comerciante falido sobre o próprio património, ou uma acção ou omissão de um dever que lhe incumbe, e da qual resulte ou possa resultar a falência com prejuízo dos credores» — proposição que constitui uma definição exemplar da tese em crítica no texto.

Poder-se-ia perguntar se a situação de insolvência não relevará (também), em face da actual redacção do art. 325.º, n.º 1, do CP, como contexto factual (já existente) à data das condutas típicas, à semelhança do que sucede com a lei alemã (§ 283, alínea 1.ª, do StGB) (633). Cremos porém que, pese embora a indiscutível bondade material da solução, a formulação do preceito não permite alcançá-la, havendo que aguardar por lei expressa (634).

O elemento fundamental do ilícito dos tipos em apreço reside na situação de insolvência dolosamente criada pelo devedor através de diminuições reais ou fictícias do património: é este resultado presuntivamente perigoso que o art. 325.º, n.º 1, alíneas *a), b)* e *c)*, pretende evitar (635), merecendo ser relem-

(633) Para LOPES DO REGO (*cit.*, p. 116), esta seria mesmo a única forma de relevância das condutas previstas nas alíneas *b)* e *c)* do art. 325.º, n.º 1.

(634) No mesmo sentido, CARLOS ALEGRE, *cit.*, p. 143.

(635) No mesmo sentido, no que toca a alínea *a)*, LOPES DO REGO, *cit.*, p. 116.

A relevância da situação de crise para a valoração do ilícito era já admitida por ROCCO (*Fallimento*, p. 120 s.), que esclarece que «a falência é bem mais do que a *ocasião* pela qual o facto de bancarrota se torna em crime; se só com a falência se produz o dano individual e social em razão do qual o facto de bancarrota é punido, é claro que a falência figura não como simples condição de punibilidade, mas verdadeiramente como *elemento constitutivo* do crime». Todavia, o A. (*ibid.*, p. 124 ss.) parte da representação da falência como elemento fundamental do crime para uma construção de todo insustentável (teoria da «dupla presunção»): as condutas típicas constituiriam indícios que fazem presumir *(de jure)* uma conduta *geral* negligente ou fraudulenta, a qual permite presumir *(de jure)* o nexo de causalidade entre a actividade global do devedor e a ocorrência da falência. Em verdade, a esta luz, a ocorrência da falência, erigida insistentemente por Rocco em elemento fundamental do crime, acaba por se reduzir a uma *explicação* das presunções legais. Para a crítica desta teoria, cfr. LONGHI, *Bancarotta ed Altri*, p. 74 s. — que cai porém em logro semelhante, ao sustentar a presunção legal de um nexo de causalidade entre as condutas e o resultado-falência —, MANCI, *cit.*, p. 198 ss. — retomando a irónica crítica de Grispigni, segundo a qual o «pensamento de Rocco revelará maravilhas a todos os penalistas» — e, sobretudo, BAJO FERNÁNDEZ, *AnuDP*, 26 (1973), p. 550 ss. Admitindo também que, *de jure condendo*, «não deveriam considerar-se típicas as condutas em que a distracção [de bens] não é causa do colapso», MANGANO, *cit.*, p. 41.

Aliás, mesmo os autores que mais veementemente recusam a pertinência da situação de crise ao ilícito-típico — nos crimes em que a lei a não impõe claramente — vêem-se obrigados a admitir que, «em última análise, o que se quer evitar é o colapso financeiro, isto é, a insolvência nas relações comerciais» (ALIMENA, *cit.*, p. 54), remetendo depois tal escopo, através de uma construção de bondade mais que duvidosa, para o «lado político

brada, a propósito, a lapidar definição de crime falencial dada por Longhi (636) na primeira linha da sua obra mais importante: «*bancarotta è l'insolvenza dolosa o colposa del commerciante*». Todavia, a lei não quis punir a simples produção do resultado: ao descrever as condutas proibidas, limitou a punibilidade da causação dolosa da insolvência a certas condutas que provocam uma diminuição real ou fictícia do património, podendo por isso dizer-se que os tipos contidos naqueles normativos constituem *crimes de execução vinculada* (637).

1.8. Ilustremos a justeza da consideração da insolvência como resultado típico destes crimes com um exemplo. Qual deve ser o enquadramento dogmático dos casos em que o devedor tenta simular um estado de insolvência, *v. g.*, requerendo a declaração de falência com base em um activo muito inferior ao

da incriminação», pretensamente distinto do seu «lado jurídico» *(últ. loc. cit.)*. Enfim, não deixa de surpreender que se rejeite a inclusão da situação de crise no tipo por equivaler ao comando «não causes um colapso financeiro», alegadamente «inoportuno» no plano político por «tolher a vida do comércio», e que se defenda, do mesmo passo, a oportunidade política de incriminar apenas «as acções que, à luz das normas da experiência e abstractamente consideradas, aparecem normalmente como causas eventuais e possíveis do colapso, ou que são índices de uma conduta que, de acordo com o *id quod plerumque accidit*, se apresentam como causas de um eventual colapso» (ID., *ibid.*, p. 55).

(636) LONGHI, *Bancarotta ed Altri*, p. 1.

(637) No sentido de que a generalidade dos crimes patrimoniais são, «por essência», crimes de execução vinculada, nomeadamente por força do respeito devido à liberdade de iniciativa e disposição, cfr. MANTOVANI, *cit.*, p. 8 s.; em sentido próximo, posto que em outra atitude metódica, SGUBBI (*Enc. Dir., passim*, esp. p. 352) assinala a particular importância da limitação da ofensa através da descrição precisa das modalidades de acção nos crimes patrimoniais, recorrendo ao modelo explicativo «inclusão [crime]/exclusão [liberdade]». Isto parece esquecer ALIMENA (*cit.*, p. 55), ao sustentar que «quando o legislador pune o homicídio proíbe o matar, sem mais, sem curar se a morte advém por meio de um revólver, de um punhal, de veneno, etc. Assim, não é concebível que o legislador tenha construído, por um lado, o crime de bancarrota como insolvência e que tenha previsto, por outro, *apenas algumas causas de insolvência*». Temos, pois, que concordar com BAJO FERNÁNDEZ (*AnuDP*, 26 [1973], p. 558), quando assinala à descrição legal das condutas bancarroteiras «uma função limitadora»: as condutas bancarroteiras representam (bem ou mal) um limite intransponível à tipicidade do facto e por isso entendemos que este crime falencial é um crime de execução vinculada. No sentido da necessidade de descrever as acções típicas destes crimes, cfr. *E-60*, p. 413, 1.ª col. e seg. Contra o «sistema casuístico» da construção dos crimes falenciais, advogando a construção de um crime unitário de falência, LONGHI, *Bancarotta ed Altri*, p. 2 ss.; sobre esta concepção, cfr. também FERRI, *RP*, 61 (1935), p. 213 ss.

real, mas vê as suas expectativas goradas pela descoberta da fraude? Esta hipótese, sendo embora de difícil verificação prática, dada a rapidez com que deve decorrer o processo de averiguação da existência da insolvência pelo tribunal (638), é perfeitamente pensável, até por virtude de oposição dos credores conhecedores da fraude ao requerimento de falência apresentado pelo devedor. Defendemos já em outro local que, neste caso, o tribunal não deve declarar a insolvência do devedor, pois prova-se que o devedor não está impossibilitado de cumprir (639). Assim, faltando a condição objectiva de punibilidade, não é possível, *de jure condito*, punir o agente através do art. 325.º, n.º 1, alínea *b)* (640).

Agora: independentemente da ausência da condição de punibilidade — suponhamos que a lei a não exige (641) — como qualificar a conduta (impune) do devedor: consumação do ilícito-típico ou simples tentativa? Para a doutrina clássica, só faria sentido a primeira hipótese, já que o agente, ao requerer a falência com base num balanço falso, levou até ao fim a diminuição fictícia do seu património, preenchendo integralmente o tipo referido. Deste modo, pode dizer-se que o mesmo juízo de desvalor — consumação — caberia à simulação bem sucedida, que efectivamente conduz à declaração de insolvência e às respectivas consequências, e à simulação frustrada, que nem consegue criar a aparência (perigosa) da insolvência. Solução que, do ponto de vista da ofensividade produzida contra o bem jurídico, nos parece manifestamente desajustada (642).

No nosso modo de ver, a situação descrita deve enquadrar-se no âmbito da tentativa (não-punível por força da ausência da condição de punibilidade), e não no da consumação, pois o agente, praticando «actos de execução de um crime que decidiu cometer» (643), não logrou obter o resultado que a lei presume como perigoso para o património dos credores. O que mostra como, de uma perspectiva materialmente fundada, não se pode deixar de incluir a ocorrência do estado de insolvência na valoração jurídico-penal (644).

(638) Cerca de trinta dias: cfr. arts. 24.º, n.º 1, e 25.º, n.º 1, do CFal.

(639) Cfr. *supra*, Parte II, Cap. III, p. 2.

(640) Cfr., por todos, TIEDEMANN, *LK*, § 283, nm. 192.

(641) Como não a exigia o § 194 do AE-77.

(642) A doutrina clássica traz ainda consigo a dificuldade de perscrutar qual o «espaço real» da punição da tentativa de *invocar dívidas supostas, reconhecer créditos fictícios*, etc.

(643) Art. 22.º do CP.

(644) Contrariamente ao que poderia parecer, não se está perante uma lacuna de punibilidade, pois as razões que levaram o legislador a restringir a punição dos crimes de

1.9. Em conclusão, julgamos poder afirmar que os factos punidos pelo art. 325.º, n.º 1, alíneas *a), b)* e *c),* são *crimes de perigo abstracto:* a lei presume que a situação de insolvência do devedor (resultado típico) integra um perigo elevado para o património dos credores, subordinando a punibilidade à declaração judicial da mesma (645).

A consumação depende da afirmação das regras comuns de causalidade entre as condutas típicas e a situação de insolvência, devendo aquelas (mas só elas) ser avaliadas em globo (646), e não isoladamente, do ponto de vista da sua adequação para a obtenção do resultado: se, no direito antigo, só a *quebra casual* era atípica, pode dizer-se que, no direito vigente e no que a estas condutas respeita, só a *quebra causal* é típica.

1.10. Respeitando a terminologia da lei, temos vindo a aludir, neste capítulo, à situação e à declaração de *insolvência.* Vimos já, por várias vezes, que este conceito exprimiu sempre, até há bem pouco tempo, a insuficiência do activo para satisfazer o passivo. Mas a lei concursual vigente define a

insolvência dolosa *consumada* através da condição de punibilidade (declaração judicial), hão-de valer, por maioria de razão, para os crimes *tentados.* O que pode perguntar-se é se as escassíssimas possibilidades de aplicação destas normas no que toca a punição dos crimes tentados, resultantes daquela restrição — que serão ainda mais reduzidas para quem qualifique os tipos em causa como crimes formais —, não poderão infirmar, relativamente à tentativa, as razões por que se condiciona a punibilidade à declaração de insolvência. Ora, se o legislador viesse a dispensar a punição da tentativa da declaração judicial de insolvência, cremos que ninguém defenderia que a hipótese do texto deveria permanecer impune por constituir um crime consumado...

(645) A doutrina alemã dominante aceita a qualificação do texto (cfr. TIEDEMANN, *LK,* § 283, nm. 3 e segs.). Sem embargo, alguns autores distinguem alguns casos (nomeadamente o § 283, alínea 1.ª) como crimes de perigo abstracto-concreto, porque «a conduta tem que ser praticada em uma situação de perigo, descrita com precisão pela lei, que causa tipicamente um perigo concreto para o bem jurídico» (OTTO, *GS-Bruns,* p. 268).

(646) A prática de várias condutas subsumíveis àqueles normativos não integra, portanto, uma pluralidade de infracções: cfr., neste sentido, BAJO FERNÁNDEZ, *AnuDP,* 26 (1973), p. 560. A lei italiana, de acordo com a interpretação que lhe é dada pela doutrina e jurisprudência dominantes naquele país, prescinde da ocorrência da falência ao formular a maior parte dos tipos de crime, o que leva inevitavelmente a considerar cada conduta praticada como um crime autónomo. Todavia, curiosamente, o art. 219.º, alínea 2.ª, n.º 1, da RD de 1942, consagra a unidade das condutas, ao ordenar uma agravação da pena aplicável caso «o agente tenha cometido vários factos de entre os previstos nos artigos 216.º, 217.º e 218.º»: cfr. a propósito, com indicações de doutrina e jurisprudência, ALBERTI, *cit.,* 219.º [2], e DI AMATO, *cit.,* p. 455.

insolvência como a impossibilidade de cumprir pontualmente as obrigações. O que, como também vimos, está longe de ser a mesma coisa. Deverá então a norma penal incorporar, sem mais, o sentido do conceito de insolvência plasmado na lei civil?

Atento o que se deixou dito, parece imprescindível dar ao elemento «insolvência» um entendimento diferenciado, consoante a espécie de devedor em causa: *impossibilidade de cumprir pontualmente toda a espécie de obrigações,* no caso de o devedor ser comerciante, *insuficiência do activo para cobrir o passivo,* no caso de o devedor ser não comerciante. Relembrando os argumentos já avançados em tese geral, impõe-se admitir que a relevância normativa da noção de insolvabilidade exprime uma protecção especial do património dos comerciantes, dada a especial natureza dos elementos que o compõem, tanto pelo direito civil — que a institui em pressuposto do processo concursual —, como pelo direito penal — que lhe dá aqui o estatuto de resultado típico. Ora, a fraca intensidade da intervenção dos não comerciantes no tráfico jurídico não permite presumir que a sua insolvabilidade represente, para o património dos seus credores comerciantes, um perigo carecido de tutela penal, falhando portanto a base sobre que opera a presunção de perigo corporizada na insolvabilidade. Além disso, ainda que assim não fosse, os não comerciantes não apoiam a sua actividade económica no recurso sistemático ao crédito, pelo que não se lhes pode impor um dever jurídico-penal de manter a capacidade de cumprir pontualmente todo o tipo de obrigações. Por último, nenhum ordenamento jurídico de raiz latina permite a punição da causação dolosa da impossibilidade de cumprir por parte do devedor que não exerce uma actividade de tipo empresarial.

Estas considerações exigem que se liberte a interpretação do elemento «insolvência» contido no tipo legal da definição constante do art. 3.º do CFal, sendo certo que tal definição visa precipuamente os conflitos de interesses que o direito concursual civil procura disciplinar (647). Por outro lado, a

(647) Não assiste, por isso, razão a COGLIOLO (*cit.,* p. 33), quando afirma que, no tratamento dos crimes falenciais, «o *penalista* (...) necessita de ser também um *civilista,* porque só no direito privado se resolvem as várias questões acerca do conceito de insolvência». A determinação conceitual operada pelo *direito* (não apenas pela *lei*) concursual civil nesta sede — a que justamente dedicámos, por inteiro, a Parte II deste estudo — constitui um instrumento de inegável importância para a compreensão dos crimes falenciais, mas não amarra o intérprete da lei penal aos resultados aí obtidos, atenta a autonomia intencional dos dois ordenamentos.

consideração da insolvência como insuficiência do activo do devedor não comerciante conta com uma tradição secular no direito português, pelo que o sentido que se propõe dar-lhe não é destituído de «um mínimo de correspondência verbal» no texto da lei penal.

1.11. Como já se deixou sugerido a diversos propósitos, o elemento fundamental da distinção entre as duas espécies de devedores para efeitos penais não é propriamente a qualidade formal de comerciante, mas sim *o exercício vantajoso de uma actividade económica através da prática de negócios jurídicos em massa com recurso sistemático ao crédito.* Simplesmente, esta definição substancial dos devedores cuja insolvabilidade pode pôr em perigo o património dos credores da mesma espécie é demasiado indeterminada para poder ser utilizada pelo direito penal. Nada obstaria a que se condensasse aquela ideia na figura do *empresário*, se a lei portuguesa tivesse adoptado uma definição de empresa correspondente ao conteúdo mínimo de um conceito útil de empresa — nomeadamente, no que diz respeito à extroversão para o mercado e à intenção de troca economicamente vantajosa. Mas, como vimos, não é assim, pelo que a determinação de quem é «empresário» se mostraria particularmente delicada. Por outro lado, a empresa correctamente definida coincidiria tendencialmente com a empresa comercial, pelo que nos parece adequado continuar a distinguir, para efeitos do regime dos crimes falenciais, entre as figuras do comerciante e do não comerciante, cujas definição legal (arts. 13.º e 230.º do CCom) e sedimentada elaboração doutrinal e jurisprudencial permitem a utilização de critérios mais seguros (648).

1.12. Tudo o que nos leva a concluir que o art. 325.º, n.º 1, alíneas *a), b)* e *c),* só deverá aplicar-se ao devedor não comerciante quando este tenha

(648) Na vigência do direito anterior, a qualidade de comerciante era fixada pelo tribunal civil onde havia corrido o processo de falência, encontrando-se a sua verificação subtraída aos poderes do tribunal criminal; neste sentido se pronuncia, a propósito do mesmo problema, a doutrina e a jurisprudência italiana dominante: cfr., com referências, ALBERTI, *cit.*, p. 424 [n.º 3]. Perante a nova lei concursual, nada obsta porém a que seja o tribunal criminal a verificar a qualidade do devedor, à semelhança do que faz nos crimes específicos dos funcionários — devendo embora cingir-se à regulamentação prevista pelo direito privado para esse efeito. Aliás, note-se que poderá contar com o prestimoso auxílio da presunção (ilidível) da qualidade de comerciante proporcionada pela inscrição no Registo Comercial (art. 11.º do CRegCom), que deve considerar-se plenamente operante no processo-crime (neste preciso sentido, LOPES DO REGO, *cit.*, p. 112).

diminuído real ou ficticiamente o seu património através das condutas descritas, colocando-se assim, dolosamente, numa situação de défice patrimonial, verdadeiro ou aparente, reconhecido pelo tribunal onde correu o processo concursual (649).

2. O estatuto da situação de crise nos crimes previstos no art. 326.º, n.º 1, do CP

2.1. O relevo da situação de insolvabilidade em sede de ilicitude é assumido expressamente pela norma do art. 326.º, n.º 1. O desvalor consiste aqui na criação dolosa ou negligente de um estado de insolvabilidade *real*, pelo que estamos novamente perante um crime de resultado (650).

Por um lado, a lei pune as condutas que o agente representa, ao menos a título de dolo eventual, como potencialmente causadoras da ocorrência de uma situação real de insolvabilidade: condutas que revelam incúria ou imprudência (*v. g.*, a não cobrança dos créditos exigíveis), prodigalidade (*v. g.*, as doações de montante exagerado relativamente ao seu cabedal), despesas manifestamente exageradas (*v. g.*, a assunção de dívidas dificilmente comportáveis pelo seu activo) e especulações ruinosas (*v. g.*, os negócios especulativos que comportam um alto grau de risco (651)).

(649) Embora não seja necessário que o reconhecimento da insolvabilidade tenha por *fundamento* a insuficiência do activo para cobrir o passivo, podendo dever-se à geral impossibilidade de cumprir. É todavia imprescindível que o défice patrimonial seja formalmente verificado pela sentença judicial — exigência que não levantará problemas práticos de relevo, porquanto é sabido que o reconhecimento judicial da insolvabilidade (no direito anterior, da falência) sempre levou em conta a relação activo-passivo manifestada pelo devedor.

(650) Assim, também LOPES DO REGO, *cit.*, p. 115.

(651) O estímulo do risco empresarial é simultaneamente refreado pelas exigências de condução da actividade segundo «as exigências de uma administração regular» *(Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft)*, noção que constitui uma das pedras basilares do regime dos crimes falenciais no direito alemão: cfr. TIEDEMANN, *LK*, vor. § 283, nms. 96 e segs.; sobre a sua escassa aplicação pela jurisprudência, cfr., todavia, ID., *JZ*, 41 (1986), p. 866. Ora, sendo certo que o carácter ruinoso destas operações pode ser avaliado, em abstracto, através de um juízo de prognose, não é menos certo que a punição da sua prática depende da ocorrência da insolvência e da sua declaração, pelo que as operações excessivamente arriscadas não são puníveis — sequer a título de tentativa — desde que coroadas de êxito. Quer dizer: verdadeiramente, não se pune a assunção do *risco*, mas tão-só o *fracasso* das operações que comportam um elevado (e previsível) grau de

Por outro lado, o art. 326.º, n.º 1, pune os devedores que, por grave negligência *no exercício da sua actividade*, causarem a própria insolvabilidade. Vimos que a junção desta expressão ao tipo negligente indica que o legislador teve em mente a consideração de um círculo especial de agentes, *sc.*, os comerciantes. A solução da lei respeita a tradição portuguesa de não punir a causação negligente da insolvência por parte dos não comerciantes (652).

2.2. O confronto dos tipos dolosos previstos nos arts. 326.º e 325.º suscita algumas reflexões.

A autonomia dos dois crimes dolosos procede da distinção histórica entre falência fraudulenta *(bancarotta fraudolenta, betrügerischer Bankrott, banqueroute frauduleuse)* e falência simples (653), baseada numa diferente realidade criminológica: a primeira tem a presidir-lhe, expressa ou implicitamente, a figura do «malicioso», que age com a *intenção de enganar* os credores através da *simulação* de um estado de insolvabilidade e do consequente locupletamento ilegitímo à custa do prejuízo causado (654-655). A segunda parte da figura do

risco. A dificuldade em distinguir *a priori* as especulações ruinosas das especulações não ruinosas leva CARLOS ALEGRE (*cit.*, p. 145) a escrever: «as especulações ruinosas aproximam-se muito da imprudência: a especulação comercial é o risco por excelência».

(652) O mesmo regime vigora no direito italiano, francês e, nos termos expostos, no direito alemão.

(653) LONGHI (*Bancarotta ed Altri*, p. 81 (n. 1)) considerava que «as epígrafes de bancarrota *dolosa* ou *culposa* adoptadas pela Espanha e por Portugal parecem ser apenas uma aspiração teórica que permaneceu porém, como os sistemas das outras legislações, demasiado longe da realidade». Todavia, se é verdade que o direito português conheceu a *falência culposa*, sempre lhe contrapôs a *falência fraudulenta*. A expressão *falência dolosa* só surge com o CP de 1982, que também substituíu a *falência culposa* por *falência por negligência*.

(654) É certo que a falência fraudulenta também admite, no art. 325.º, formas de diminuição *real* do património, através das quais o devedor procura, única e simplesmente, causar um prejuízo aos credores, ainda que à custa da sua própria ruína. Porém, além de se tratar de uma previsão de «casos patológicos» (*«eine absichtliche Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit ist die Handlung eines Wahnsinnigen, nicht eines Verbrechers»*: NEUMEYER, *cit.*, p. 122), note-se que a incriminação destas condutas só aparece no nosso direito com o CP de 1982 (!), e, no direito alemão, com a WiKG de 1976. Não se afigura procedente a crítica dirigida por BAJO FERNÁNDEZ (*AnuDP*, 26 [1973], p. 547 s.) a Nuvolone, pelo facto de este A. se referir a «casos patológicos excepcionalíssimos» (recolhendo certamente a frase de Neumeyer precedentemente citada). Na verdade, a

«mau comerciante» e assenta na causação *não intencional* de uma situação de insolvabilidade *real*, através de actividades de risco e de dissipação de bens, ou através de condutas de algum modo contrárias às regras que devem orientar a actividade do «comerciante previdente», em que o agente representa a possibilidade do fracasso económico (656).

Pode perguntar-se se a diversidade do tipo criminológico de agente pressuposto pelas duas normas — de um lado, o que defrauda intencionalmente os credores; de outro, o que lhes causa um prejuízo em virtude de uma actividade desregrada e imprudente — justifica a disparidade da punição prevista (657). Afigura-se, na verdade, que a consideração do bem jurídico pro-

insolvência que vai aqui pressuposta é a insolvência «verdadeira» — e isso parece ser esquecido pelo Mestre espanhol.

(655) Em outro plano, a base criminológica desta distinção encontrou o seu reflexo dogmático na progressiva autonomização conceitual do crime de falência fraudulenta *(betrügerischer Bankrott)* relativamente ao crime de burla *(Betrug)*: cfr. MERKEL, «Bankerutt», *cit.*, p. 815.

(656) Concordando em que o elemento distintivo das duas formas dolosas de causação da insolvabilidade reside na intenção fraudulenta do agente, BAJO FERNÁNDEZ, *AnuDP*, 26 (1973), p. 534 (n. 4). Pelas mesmas exactas razões se escrevia na *Relazione* do projecto de Código Comercial italiano (*apud* MANCI, *cit.*, p. 201): «admitido o dano patrimonial, causa eficiente de um colapso financeiro e portanto da falência, como elemento comum às duas espécies de bancarrota, a diferença não podia ser procurada e precisada senão no elemento subjectivo, onde efectiva e indiscutivelmente ela existe»; cfr., todavia, em sentido apenas parcialmente concordante, a propósito do regime dos arts. 216.º e 217.º da RD de 1942, CONTI, *RIDP*, 5 (1952), p. 472 (n. 51).

(657) Segundo FORNASARI (*cit.*, p. 673), a diferença de punição que intercede entre os tipos dolosos dos arts. 216.º e 217.º da RD de 1942 (disposições homólogas dos arts. 325.º e 326.º do CP) justifica-se pelo diverso «grau de desvalor objectivo» e «perigosidade» das condutas incriminadas. Mas esta conclusão não resiste à simples comparação de ambas, pelo menos no direito português: de que forma se pode afirmar que a causação da situação de crise através da destruição ou danificação de parte do património (art. 325.º, n.º 1, alínea *a)*, do CP) é mais perigosa para o património dos credores do que a causação da situação de crise através da total dissipação do património por via de despesas excessivas (art. 326.º, n.º 1)? A construção do A. parte sem dúvida do facto de a lei italiana, diversamente da sua congénere portuguesa, não configurar a *bancarotta semplice* como um crime de resultado: compreende-se (talvez) que a pura análise das condutas referidas nos arts. 216.º e 217.º da RD de 1942 conclua por um menor desvalor das últimas relativamente às primeiras. Todavia, é curioso notar que FORNASARI *(últ. loc. cit.)*, depois de procurar fundamentar a diferença de punição no desvalor objectivo das condutas, concede que a dignidade penal das condutas constitutivas da *bancarotta semplice* «apa-

tegido aponta, ao menos, no sentido da equiparação do desvalor das duas espécies de condutas. Efectivamente, a insolvabilidade real é tão perigosa para o património dos credores como a insolvabilidade fictícia, pois ambas transportam o mesmo risco de prejuízos difusos para a planificação da actividade económica desenvolvida. Além disso, a segunda permite ainda a esperança de os bens dissimulados ou alheados de má fé poderem vir a reintegrar a massa, proporcionando eventualmente uma satisfação completa dos credores; diversamente, a real impossibilidade de cumprir implica uma alta probabilidade de prejuízo efectivo para os credores.

2.3. Ainda relativamente ao tipo doloso, vale aqui tudo o que se expendeu acerca do entendimento a dar à expressão *insolvência* no que toca os crimes praticados por *não comerciantes*. Não basta que o devedor não comerciante se encontre impossibilitado de cumprir pontualmente as suas obrigações: é ainda necessário que, no momento da abertura do processo concursual, o activo manifestado seja insuficiente para cobrir o passivo, pois só aí o agente terá infringido o dever de manter um património solvente.

3. O estatuto da situação de crise nos crimes previstos nos arts. 325.º, n.º 1, alínea *d)*, e 326.º, n.º 2, 2.ª parte, do CP

3.1. Qualquer uma destas normas pressupõe, como vimos, uma situação de crise económica do devedor. Se esta asserção se retira da letra da lei no que toca a omissão de apresentação no tempo devido, a interpretação adequada do art. 325.º, n.º 1, alínea *d)*, conduz à mesma conclusão: exigindo o tipo que o devedor represente e queira *retardar* a declaração de insolvência, então é por que a situação de crise já existe.

Ora bem: cremos que, em ambos os casos, a crise não é mero pressuposto de facto das acções típicas, antes o elemento essencial que funda o sentido do ilícito-típico. Torna-se necessário, porém, entender estes tipos à luz do que se expendeu acerca do bem jurídico protegido e do conteúdo do ilícito nos crimes falenciais. Qual o sentido que deve dar-se ao elemento *insolvência?*

rece de forma sensivelmente atenuada, por carecer daquele elemento de *fraus* que caracteriza a dissipação verdadeira e própria» — admitindo assim a distinção criminológica a que se alude no texto. Aplaudindo, ainda *de jure condendo*, a unificação da falência fraudulenta e da falência simples, que viria a vingar no direito alemão, TIEDEMANN, *ZRP*, 8 (1975), p. 135.

Em relação aos *devedores não comerciantes*, vale o que se escreveu no ponto anterior: o elemento «insolvência» deve ser interpretado como insolvência *stricto sensu*. As condutas típicas descritas no art. 325.º, n.º 1, alínea *d)*, do CP (658), são presuntivamente perigosas porque tendem a agravar o risco, já existente, de não ressarcimento integral por parte dos credores. A sua punição funda-se na violação do dever de manter um património solvente que incumbe genericamente a todos os devedores (659).

Em relação aos *devedores comerciantes*, a situação de crise consiste na impossibilidade de cumprir regularmente as obrigações. Mas o perigo ínsito na ocorrência (ainda que fortuita) da situação de insolvabilidade já se produziu. As acções típicas não podem, por isso, pôr em perigo os interesses patrimoniais indeterminados dos credores comerciantes que se quer proteger com a punição da causação da insolvabilidade; e também não está em causa a violação do dever de manter uma capacidade de cumprir que, por definição, deixou de existir. De que forma, então, as condutas descritas — pós-insolvenciais — são aptas a ofender o património dos credores, de maneira a justificar a sua punição?

O interesse patrimonial que estes crimes tutelam é apenas o *ressarcimento dos montantes inscritos nos direitos de crédito titulados pelos credores, independentemente da sua qualidade*, pelo que a *ratio puniendi* gravita sempre em torno da causação ou do agravamento da insolvência *stricto sensu*. Ora, o devedor comerciante, não se encontrando embora, *em geral*, sujeito à obrigação de manter um activo superior ao passivo, passa a ter um especial dever de manter um património solvente quando esteja impossibilitado de cumprir as suas obrigações. Com efeito, a ocorrência da insolvabilidade impõe-lhe que se abstenha de praticar condutas que possam pôr em perigo o integral ressarcimento dos credores: se ao estado de insolvabilidade não corresponder ainda uma insolvência *stricto sensu*, o comerciante tem o dever de não a provocar; se os dois estados se verificarem, o comerciante tem o dever de não agravar o défice patrimonial.

(658) A norma do art. 326.º que pune a não-apresentação em juízo é, como vimos (*supra*, A), Cap. II, 2.3.), inaplicável aos não comerciantes.

(659) É claro que a aplicação desta norma a não comerciantes é dificilmente pensável, pelo menos no que toca a sua primeira parte: a compra de mercadorias a crédito para revenda é precisamente uma das actividades mais genuinamente comerciais. Aliás, não pode olvidar-se que esta previsão provém do direito anterior, que configurava o art. 325.º como crime específico dos comerciantes.

Testemos a procedência deste entendimento aplicando-o a cada uma das normas referidas.

3.2. Relativamente ao art. 325.º, n.º 1, alínea *d)*, a compra de mercadorias a crédito para as revender abaixo do preço corrente é, tomada em abstracto, uma conduta lícita, podendo perfeitamente integrar-se numa estratégia comercial de afirmação no mercado conforme ao direito (*sc.*, sem transgredir os limites postos pela concorrência desleal, nomedamente pela proibição do *dumping*).

A angariação de fundos em condições ruinosas também releva, em si, do âmbito da livre iniciativa privada: em princípio, os agentes económicos são livres de negociar os seus financiamentos da forma que bem entendem, não sendo legítimo sujeitar as condições dos respectivos contratos ao controle de uma qualquer norma tendente a assegurar o «próprio bem» dos ditos agentes.

Pode, pois, dizer-se que ambas as condutas estão cobertas, via de regra, pela liberdade de iniciativa privada. Todavia, também é verdade que a norma penal está legitimada para intervir quando essas operações representem uma ofensa (lesão ou perigo de lesão) de bens juridicamente protegidos: assim, seria perfeitamente pensável que a lei tivesse tipificado as presentes condutas como diminuições reais do património tendentes a provocar a situação de insolvabilidade (660). Mas, no entanto, esse não é o caso, já que se pressupõe a existência da situação de crise como um dado de facto anterior às condutas proibidas, pelo que aquela não pode ser, evidentemente, um resultado destas (661). Ora, se adscrevessemos à insolvabilidade o papel de simples contexto factual onde se produzem as condutas típicas, e sendo a repectiva declaração judicial uma mera condição objectiva de punibilidade, estaríamos novamente a punir puras intenções: o que qualificaria as ditas condutas como crime seria a intenção de prejudicar os credores e a intenção de retardar o reconhecimento judicial da situação de crise.

(660) Como o fez, aliás, de forma muito semelhante, no tipo doloso do art. 326.º, n.º 1, na parte em que pune as *especulações ruinosas que criam um estado de insolvência*.

(661) A existência de crimes falenciais «pós-insolvenciais» constituíu, desde sempre, um dos principais argumentos esgrimidos pelos adversários da concepção que vê a insolvência como elemento constitutivo do tipo dos crimes falenciais. Simplesmente, esta objecção não releva, ao menos no direito português, pois não está excluído que a insolvência possa participar do juízo de ilícito em outra veste que não a de resultado proibido.

3.3. Cremos que a disposição em apreço pode ainda legitimar-se à luz de um direito penal do facto. Basta, para tanto, que se reconheça a situação de crise como elemento fundante do ilícito: o património do devedor comerciante que se encontra impossibilitado de cumprir pontualmente as obrigações (e, por maioria de razão, o património do não comerciante já insolvente *stricto sensu*) entra normalmente num processo de depreciação, em virtude da contagem dos juros de mora e do surgimento eventual de obrigações de indemnização por incumprimento. Tal processo, podendo originar (no caso do comerciante) ou agravar (em ambos os casos (662)) a insolvência *stricto sensu*, representa um perigo para o ressarcimento integral dos credores, que vêem diminuir a garantia dos seus créditos.

Deste modo, a situação de crise justifica que se imponha ao devedor *o especial dever de não potenciar um perigo já existente*, sob pena de o dito perigo, ainda que casualmente provocado, se tornar em um perigo criminalmente relevante. E as condutas típicas previstas pelo n.º 1, alínea *d)*, do art. 325.º são condutas que manifestamente infringem esse dever, não só por diminuirem, normalmente e por si só, o valor real do património do devedor, mas também por ocultarem o estado perigoso em que este se encontra, impedindo por essa forma os credores de requererem tempestivamente o processo concursual.

Deste modo, se a criação fortuita da insolvabilidade e da insolvência releva ainda de um risco permitido, qual seja, o risco próprio da vida dos negócios, sem o qual uma economia assente na livre iniciativa privada não seria pensável (663), a potenciação dolosa desse estado perigoso imprime às condutas que a corporizam um carácter de intolerabilidade que legitima a sua proibição penal.

Em conclusão: o art. 325.º, n.º 1, alínea *d)*, tipifica um crime formal — a infracção do especial dever que impende sobre o devedor impossibili-

(662) No que toca o devedor comerciante, a aplicação da norma requer como pressuposto imprescindível a sua insolvabilidade. Contudo, a insolvabilidade pode coexistir já com uma situação de insolvência *stricto sensu*, pelo que, nesse caso, o perigo causado pelas condutas típicas não reside na causação do défice patrimonial, mas sim no seu agravamento.

(663) Assim, ARZT/WEBER (*LH*, 4, p. 329), citando a seguinte frase de Rieger: «a empresa tem que ter a possibilidade de falir para merecer aquele nome». Contemplando também o relevo que o risco assume nos crimes cometidos no âmbito da actividade económica — em termos que podem transpor-se para esta sede, pese embora o A. tenha em vista o chamado direito penal económico —, cfr., em especial, FARIA COSTA, *DP Económico*, p. 53 ss. e *passim*.

tado de cumprir (ou já insolvente) de não potenciar, através das duas condutas descritas, o perigo para o ressarcimento integral dos credores criado pela situação de crise —, cuja punição ainda se justifica pelo recurso à noção de perigo abstracto.

3.4. O art. 326.º, n.º 2, 2.ª parte, pune o devedor que, tendo conhecimento da situação de insolvabilidade em que se encontra, omite o cumprimento do dever de requerer a falência ou uma providência de recuperação. Vimos já que se trata de um crime doloso, específico dos «empresários» — que preferimos contudo, pelas razões de certeza expostas, a que não se opõem argumentos de justiça material, conceber como um crime específico dos comerciantes (664)—, e que a norma penal tem de ser interpretada de acordo com a norma processual-civil que impõe o dever de apresentação (665).

A incriminação desta conduta, posto que invariante no direito penal falencial português — como crime específico dos comerciantes — até ao CP de 1982, não conhece paralelo no direito alemão, nem no direito francês. O direito italiano prevê uma conduta semelhante, no art. 217.º, alínea 1.ª, n.º 4, do RD de 1942: aí se dispõe que «é punido [...], se for declarado falido, o empresário que [...] agravou as suas dificuldades financeiras, abstendo-se de requerer a falência, ou com outra culpa grave». Semelhante apenas, porque, como se vê, o elemento essencial do ilícito é aqui o agravamento do estado patrimonial (666), de que a não apresentação pode ser uma das causas (667).

Pode questionar-se se a protecção dispensada pela lei portuguesa não terá ido longe demais, reduzindo-se a norma penal à pura incriminação de um dever extrapenal (668). Na verdade, é legítimo duvidar de que possa presumir-se, a partir da simples não apresentação, a potenciação do perigo de não ressarcimento integral dos credores. Seria certamente preferível adoptar uma solução próxima da da lei italiana, exigindo a prova de que a não apresentação em

(664) Cfr. *supra*, 1.11.

(665) Cfr. *supra*, Parte II, Cap. III, 2.5. e segs.

(666) Segundo CONTI (*DP Comm*, II, p. 252), «é indubitável que o termo 'dificuldades financeiras' *(dissesto)* indica aqui o estado de insolvência falencial».

(667) No sentido de que é necessário um nexo causal entre a omissão descrita e o agravamento da insolvência, CONTI, *últ. loc. cit.*

(668) Terá sido essa, porventura, a razão pela qual ela não foi acolhida pelo ProjCP Correia (art. 227.º, n.º 2); pondo reservas à construção de «tipos legais puramente consistentes na descrição da violação de um dever extrapenal», cfr. ainda TEREZA BELEZA, *cit.*, p. 342.

tempo devido causou ou agravou a insolvência *stricto sensu*. Parece que, ao menos, a prova de que a situação patrimonial líquida não se depreciou entre o momento em que nasce o dever de apresentação (*sc.*, a ocorrência dos factos reveladores da insolvabilidade) e a abertura do processo concursual deve excluir a imputação deste crime.

De toda a forma, é ainda o estado de insolvabilidade que justifica a imposição do dever de não potenciar o perigo já existente através da criação ou agravamento da insuficiência do activo, potenciação que a lei presume da não apresentação em tempo devido.

4. O estatuto da situação de crise no crime previsto no art. 327.º do CP

4.1. No que diz respeito ao art. 327.º, há que proceder a alguns afeiçoamentos de quanto se expendeu no ponto anterior.

Desde logo, o legislador entendeu antecipar a situação de perigo penalmente relevante para o momento lógico imediatamente anterior à produção da insolvência — o momento da sua iminência (669). Opção que, como veremos, se deve a circunstâncias específicas deste crime e contra a qual não se levantam obstáculos de maior, já que o legislador dispõe de alguma margem de manobra na conformação dos crimes de perigo abstracto, desde que descreva com precisão as condutas proibidas e que elas representem inequivocamente um perigo para o bem protegido (670) — o que é o caso. Se, nos pontos anteriores, procurámos mostrar que a situação de crise é, em si, um

(669) Segundo HOFFMANN (*MDR*, 33 [1979], p. 714) — a outro propósito, já que a lei alemã subordina a relevância típica das condutas de favorecimento de credores à *insolvabilidade existente:* uma das críticas dirigidas pelos autores do *AE-77* à actual lei alemã é justamente a de não se compreender a impunidade do agente que favorece os credores «logo antes da ocorrência da insolvabilidade»: cfr. *AE-77*, p. 81 (vor. § 192) —, a insolvabilidade é iminente quando «exista uma probabilidade próxima da sua ocorrência»; no mesmo sentido, BÖHLE-STAMSCHRÄDER, *KO*[12], § 283, anot. 4b). Criticamente, com razão, DREHER/TRÖNDLE, *cit.*, vor. § 283, nm. 11, e OTTO, *GS-Bruns*, p. 280 s. (a crítica do A. é reafirmada em ID., *Grundkurs*[3], p. 279; trata-se, pois, de uma evolução do seu pensamento relativamente ao que escreve em *Grundkurs*, p. 288, obra anterior [1977] ao primeiro estudo citado [1980]), e LACKNER, *cit.*, § 283, nm. 3c), que se referem à «probabilidade da sua ocorrência próxima». Esta argumentação vale, *mutatis mutandis*, para a determinação do momento em que a insolvência se torna iminente para efeitos do art. 327.º do CP.

(670) Cfr. FARIA COSTA, *Perigo*, p. 645 s.

estado perigoso, isso não implica que só a sua efectiva existência consubstancie o perigo criminalmente relevante. Ora, não parece ilegítimo presumir que o pagamento de dívidas não vencidas por um devedor que se encontra numa situação de insolvência iminente potencia o perigo (671) de não ressarcimento integral por parte da globalidade dos credores, se entendermos o elemento insolvência em um determinado sentido.

4.2. Ao referirmos a *globalidade dos credores*, tocamos no segundo ponto digno de menção. Enquanto que os crimes falenciais que examinámos até agora põem em perigo, virtualmente, os patrimónios de todos os credores, por força da diminuição real ou fictícia do património do devedor, um dos pressupostos do favorecimento de credores é precisamente a satisfação parcial ou integral dos créditos de algum ou alguns deles. Com efeito, nos crimes precedentes, seria indiferente admitir que o perigo se dirige contra cada um dos «patrimónios-credores», individualmente considerados, ou contra a globalidade desses patrimónios, pois a diminuição real ou fictícia da massa atinge todos por igual. Mas o favorecimento de credores tem que ser visto em outra perspectiva, já que, diversamente dos restantes crimes falenciais, este ilícito-típico parece atingir somente os patrimónios de alguns credores, e não o conjunto deles, até por isso que, paradoxalmente, a «insatisfação global» parece decrescer na proporção em que o devedor cometer as condutas proibidas, pois diminui o número de credores por ressarcir, podendo mesmo chegar-se ao extremo de restar um único credor não favorecido e, portanto, insatisfeito.

A dificuldade de qualificar como crimes contra o património dos credores condutas que satisfazem os seus interesses patrimoniais leva alguma doutrina a considerar que o favorecimento de credores é um crime contra o «princípio da *par condicio creditorum*» (672); outros autores classificam-no como um crime contra o «direito dos credores à *par condicio creditorum*» (673); enfim, um terceiro grupo encara-o como um crime contra o património dos credores, embora «matizado» pela *par condicio creditorum* (674).

(671) No preciso sentido de que a iminência da insolvência não constitui a previsão de um perigo de perigo, antes se mostra apta para fundamentar, por si própria, o perigo criminalmente relevante, OTTO, *GS-Bruns*, p. 280 s.

(672) Assim, FERRARA, *cit.*, p. 251; PAJARDI, *Manuale*, p. 869, e S./S./STREE, *cit.*, § 283c, nm. 1.

(673) Assim, LONGHI, *Bancarotta*, p. 126, e PUNZO, *cit.*, p. 176 e 181.

(674) Assim, CONTI, *DP Comm*, II, p. 84 ss. e 191 s.; VORMBAUM, *cit.*, p. 106; e TIEDEMANN, *LK*, § 283c, nm. 1.

Parece assistir razão a Conti (675) quando afirma que estas condutas «não ofendem o interesse geral dos credores na conservação do património do devedor em função da garantia que lhes é concedida pela ordem jurídica. Os bens continuam destinados a satisfazer a garantia, mas a acção do sujeito dirige-se a dispor da função solvencial dos mesmos de maneira não conforme à disciplina legal. A lei quer que, ressalvadas as preferências especificamente indicadas, os credores se encontrem em uma posição paritária (princípio da *par condicio*)». Mas, então, há que precisar a forma por que se há-de conjugar a tutela da *concursualidade* (bem [?] de índole inequivocamente supra-individual (676)) com o *património* (bem de índole eminentemente pessoal (677)), procurando não cair em posições eclécticas, que podem conduzir a soluções ambíguas, nomeadamente em sede de consentimento (678) e de concurso de crimes (679).

4.3. Qualquer uma das posições é compatível com o elemento gramatical da previsão do art. 327.º: decisiva poderá ser a ponderação do bem pro-

(675) CONTI, *últ. op. cit.*, p. 191 s.

(676) Em verdade, se não se aceitar determinada argumentação demasiadamente formal e na medida em que se admita o carácter público do processo falencial, é difícil conceber a imposição da *par condicio* como uma realização do interesse privado. O interesse privado, confrontado com a insolvência do devedor, residiria seguramente na satisfação integral do próprio direito através da execução individual (neste exacto sentido, JAEGER, *cit.*, p. 98). Ora é justamente a satisfação deste interesse que a concursualidade procura contrariar, impondo, se necessário, um ressarcimento inferior ao valor originário dos créditos através do rateio. Assim, não procede, em definitivo, a afirmação de que o interesse protegido pela concursualidade é «o interesse na tutela do próprio crédito em conformidade com a lei, face ao concurso dos créditos de outrem» (CONTI, *DP Comm*, II, p. 88). Cfr., para a crítica da «mistificação substantivante» da *par condicio creditorum*, o excelente estudo de JAEGER, *cit.*, *passim*, esp. p. 104 ss.

(677) Cfr. *supra*, Parte I, Cap. III, 3.

(678) Como parece acontecer com TIEDEMANN (*LK*, § 283c, nm. 1), que, depois de se referir à «posição de primeiro plano» do «princípio da satisfação paritária dos credores», admite (*últ. loc. cit.* (n. 7)) que «a modificação *(Verschiebung)* da consideração do bem jurídico não muda em nada a disponibilidade do interesse protegido, pelo que o consentimento continua a ser possível aqui» (cfr. também *ibid.*, vor § 283, nm. 54).

(679) Como parece acontecer com CONTI (*DP Comm*, II, p. 88), que, depois de defender que o crime de favorecimento de credores é um crime contra o património, afirma claramente (*ibid.*, p. 192) que «a pluralidade de condutas não dá lugar a um concurso de crimes», devendo «ser apreciada apenas para determinar a gravidade do crime».

tegido pela norma e as injunções que daí advêm para o conteúdo do ilícito. Julgamos que a ideia que vimos avançando sobre o relevo normativo da situação de crise é apta para resolver satisfatoriamente o problema.

O bem jurídico protegido continua a ser, também aqui, o património dos credores, *sc.*, a relação fáctica juridicamente tutelada entre a pessoa e determinados bens *(lato sensu)* — neste caso, a pretensão incorporada no crédito. Na verdade, sempre que o devedor que se encontra insolvente, ou nessa iminência, dispõe injustificadamente de valores a favor de um credor, está a pôr em perigo as pretensões dos restantes. E não porque diminua a garantia à mercê da globalidade dos credores — a qual, diversamente do que sucede nos restantes crimes, permanece intacta —, mas porque a tutela jurídico-penal dos patrimónios dos credores se abre, a partir da iminência da insolvência, às determinações da *par condicio creditorum.* Quer dizer: a partir da ocorrência da insolvência — ou, no entender da lei penal vigente, da sua iminência — os credores são especificamente protegidos contra as diminuições das pretensões que podem fazer valer de acordo com a *par condicio creditorum.*

O que mostra que esta norma penal não tutela os concretos direitos de crédito, no seu conteúdo e montante, mas sim a *pretensão fáctica que neles se funda, já mediada pelo respeito da concursualidade* (680). E isto é tanto mais assim quanto parece claro que, se o devedor puder calcular de forma exacta, perante o estado patrimonial em que se encontra, os valores a que os seus credores terão direito depois do rateio, e os satisfizer nessa precisa medida apesar de eles não serem exigíveis nesse momento, não se preencherá o ilícito-típico *objectivo* do favorecimento de credores (681). Com efeito, a irrelevância penal desta conduta não provém apenas, quanto a nós, de não se verificar a intenção de favorecer exigida pelo tipo, mas sobretudo de não se verificar a própria base factual de que a lei presume a potenciação

(680) E não, obviamente, o *direito* (?) à *par condicio creditorum,* como pretende PUNZO (*cit.*, p. 176 e 181). Perante tal construção, não se compreende que o A. sustente a relevância típica das condutas praticadas na iminência da falência: se de um tal direito se pudesse falar, ele só surgiria com a respectiva declaração — não com a falência propriamente dita, nem, muito menos, com a sua iminência. A não ser que se considerem as condutas praticadas antes da declaração de falência como um *crime de perigo* (relativo a um direito ainda inexistente) e as condutas posteriores como um *crime de dano* — hipótese que o A., compreensivelmente, não refere.

(681) Assim também, na conclusão, VORMBAUM, *cit.*, p. 120 s.

do perigo, pelo que se não se exigisse aquela intenção a solução seria a mesma (682).

4.4. Torna-se agora necessário dilucidar qual o sentido concreto que o elemento «insolvência» assume no tipo do favorecimento de credores: insolvabilidade ou insolvência *stricto sensu?* Ou haverá que distinguir, também aqui, consoante se trate de devedores comerciantes ou não comerciantes? Vejamos de que forma pode auxiliar-nos a história do preceito.

Segundo Lopes do Rego (683), «na redacção que constava do anteprojecto do Código Penal, o crime de favorecimento de credores apenas podia ser praticado pelo devedor não comerciante», pois o art. 228.º do mesmo estabelecia que «o devedor que, conhecendo a sua situação de *insolvência* [...], será punido, *se vier a ser declarado em estado de insolvência* [...]». Como, porém, na redacção definitiva, «o preceito veio a tornar-se aplicável quer a devedores comerciantes, quer aos não comerciantes», a não adaptação da redacção originária ao alargamento da incriminação teria levado «a uma deficiência de redacção, traduzida em se começar por falar em 'situação de insolvência', para depois se incriminar tanto aquele que vem a ser declarado em estado de *insolvência* como de *falência*» (684). Ainda de acordo com o mesmo A., a propósito da redacção definitiva dada ao preceito pelo CP de 1982, «é evidente que o conceito de 'situação de insolvência' terá de ser entendido como situação de insolvabilidade, de incapacidade do devedor — comerciante ou não comerciante — em assumir os seus compromissos».

Tal análise da história do preceito e as conclusões que dela se tiram merecem, salvo melhor opinião, vários reparos. Desde logo, não é verdade que a redacção originária do preceito, constante do anteprojecto, se dirigisse exclusivamente aos não comerciantes: bem ao invés, o problema que o Senhor Prof. Doutor Eduardo Correia pôs à Comissão Revisora foi o de «saber se este

(682) É curioso notar que o crime de favorecimento de credores é o crime falencial a propósito do qual se expressa com maior fidelidade a concepção de cada autor relativamente ao bem jurídico protegido pela generalidade dos crimes falenciais. Por nós, cremos que, independentemente de a conclusão (não) dever ser outra a propósito dos restantes crimes falenciais, o favorecimento de credores protege *apenas* o património dos credores, contra uma específica forma de agressão, *sc.*, contra o perigo de não ressarcimento das pretensões que podem fazer valer de acordo com o princípio da *par condicio.*

(683) LOPES DO REGO, *cit.*, p. 122.

(684) Cfr. o art. 327.º, na redacção anterior à entrada em vigor do DL n.º 132/93 *cit.*

artigo se deve aplicar só aos devedores comerciantes ou também aos não comerciantes» (685). Quer dizer: a punição dos comerciantes nunca esteve em dúvida — a questão residia apenas na inclusão (686) ou exclusão dos não comerciantes na previsão do crime. Assim, tendo o preceito sido pensado, na sua redacção originária, para os devedores comerciantes, não é lícito concluir por uma «deficiência de redacção» relativamente à previsão da situação de *insolvência*, pelo menos nos termos aduzidos por Lopes do Rego, *sc.*, por força de uma «inadaptação» da redacção do anteprojecto à solução que viria a ser definitivamente acolhida.

Subsiste, todavia, a questão de saber se não se trataria de um lapso originário, *sc.*, se o Autor do anteprojecto, ao construir o favorecimento de credores como crime específico dos comerciantes não teria querido significar, com a previsão da «situação de insolvência» uma situação de *falência*, i. é, de impossibilidade de cumprir (insolvabilidade). Dúvida tanto mais pertinente quanto é certo que praticamente todas as disposições do anteprojecto relativas aos crimes falenciais se referiam errónea e promiscuamente à insolvência e à falência (687). Porém, não é menos certo que todos esses lapsos foram convenientemente corrigidos, logo no seio da Comissão Revisora, no sentido de distinguir rigorosamente a relevância criminal dos dois estados (688), pelo que não parece ilegítimo concluir que a manutenção da previsão da situação de insolvência — com o significado então vigente, *sc.*, a insuficiência do activo para prover ao passivo — no único crime falencial aplicável a comerciantes e a não comerciantes não foi obra do acaso. De toda a maneira, podemos retirar daqui, com segurança, duas conclusões: em primeiro lugar, nada leva a concluir que a expressão «situação de insolvência» detivesse, pelo menos quanto aos devedores não comerciantes, o sentido de «insolvabilidade»; em segundo lugar, não é líquido qual terá sido a vontade do legislador histórico

(685) Cfr. *Actas PE*, p. 168.

(686) Não se tratava de um verdadeiro alargamento, já que o direito anterior ao do CP de 1982 e posterior ao do CPCiv de 1939 também punia o favorecimento de credores praticado por não comerciantes, em virtude da assimilação da insolvência fraudulenta à falência fraudulenta — tipo onde se incluíam as condutas de favorecimento: cfr. *supra*, A), Cap. II, 3.2.

(687) Cfr. os arts. 225.º, n.ºs 1 e 2 (onde se aludia à declaração de «insolvência ou falência» num crime específico dos não comerciantes: *Actas PE*, p. 157), e 227.º, n.º 1 (onde se punia a criação de um «estado de insolvência» num crime específico dos comerciantes: *Actas PE*, p. 160).

(688) Cfr. *Actas PE*, p. 158 e 161.

no que diz respeito ao significado a atribuir à mesma expressão relativamente aos devedores comerciantes.

4.5. Pois bem: independentemente da resposta que deva caber a esta última questão, julgamos que a situação de crise prevista pelo actual art. 327.º do CP deve ser interpretada como uma situação de insolvência *stricto sensu*, não importando a qualidade do agente (689). Na verdade, a *ratio* da incriminação repousa na pura protecção da pretensão incorporada no direito de crédito que cada credor pode fazer valer de acordo com o princípio da *par condicio creditorum*. Ora, tal pretensão só corre perigo se o devedor não possuir bens suficientes para satisfazer todos os seus credores, porque, como é evidente, só aí se põe a possibilidade de algum deles ficar prejudicado. Assim, se o devedor se encontrar impossibilitado de cumprir pontualmente as suas obrigações, mas dispuser de um activo suficiente para pagar as suas dívidas, não favorece certo credor em prejuízo dos outros ao efectuar uma prestação pecuniária a que está obrigado, ainda que esta não seja exigível nessa data.

Mas se se encontrar insolvente *stricto sensu*, aquele pagamento representa um perigo para o património dos restantes credores, pois diminui o valor a ratear pelos credores não favorecidos: apesar de não alterar o valor do património líquido (690) (pois diminui simultaneamente o passivo e o activo), subtrai ao princípio da concursualidade os créditos que lhe estão submetidos. O mesmo raciocínio vale, por maioria de razão, para o pagamento de dívidas vencidas de maneira diferente do modo usual através de prestação de valor superior ao devido (691) e no que diz respeito à prestação de garantias a que o devedor «não era obrigado» (692). Na verdade, estas duas condutas *(prestações incongruentes)*, diversamente do que acontece com o pagamento de dívidas ainda não vencidas, *diminuem realmente* o património líquido do devedor.

Como compreender, então, a antecipação do perigo criminalmente relevante para um momento em que o devedor ainda não se encontra insolvente,

(689) No sentido exactamente oposto, CARLOS ALEGRE (*cit.*, p. 147) considera que a expressão insolvência «não está referida no texto do artigo em sentido técnico, mas, apenas, pretende traduzir a situação de incapacidade económica, que há-de conduzir, necessariamente, à declaração de falência ou de insolvência», parecendo assim aproximar-se da posição de Lopes do Rego (*supra* no texto).

(690) Sobre o conceito de *património líquido*, cfr. *supra*, Parte I, Cap. I, 2.

(691) Cfr. *supra*, A), Cap. II, 3.6.

(692) Cfr. *supra*, A), Cap. II, 3.7.

mas tão-só nessa *iminência?* A opção do legislador mostra-se correcta. Na verdade, e desde logo, não se compreenderia a impunidade do agente que paga dívidas ainda não vencidas conhecendo a superveniência próxima da situação de défice (693). Mas também, e decisivamente, porque as *prestações incongruentes*, ao diminuirem o valor do património líquido do devedor, são aptas a *provocar* o défice patrimonial (694) e, consequentemente, o perigo de não ressarcimento integral dos restantes credores. Daí que a lei não restrinja a protecção dos credores contra os actos que *agravam* a (potencial) impossibilidade de ressarcimento integral dos credores *já existente:* ao consagrar a relevância típica da *iminência* da situação de insolvência, o legislador previne também a hipótese de o devedor *provocar* tal impossibilidade através de determinados actos de disposição, a favor de certos credores, que causam o défice patrimonial.

Aliás, não é despiciendo notar que a lei alemã, instituindo um regime aparentemente diverso da interpretação que aqui se propõe da sua congénere portuguesa, conduz a resultados muito semelhantes. Com efeito, o § 283c do StGB positiva como situação-*écran* do perigo criminalmente relevante, não a insolvência *stricto sensu (Überschuldung)* iminente, mas sim a insolvabilidade *(Zahlungsunfähigkeit)* existente. Simplesmente, aquela norma configura o favorecimento de credores como um crime de resultado (695), ao exigir para a consumação do crime a causação de um prejuízo a (pelo menos) um credor. Ora, para que a prestação indevida provoque um prejuízo aos credores, é imperioso que o devedor cause através dela a situação de insolvência *stricto sensu* ou se encontre já nessa situação, pois só o défice patrimonial impede o ressarcimento integral da globalidade dos credores.

4.6. Resta tirar duas conclusões. Por um lado, torna-se patente que a mediação da tutela penal patrimonial através da concursualidade só se justifica pela consideração da perigosidade da situação de insolvência, ou da sua iminência, para as pretensões dos credores. Por outro lado, fácil se torna ver que cada conduta de favorecimento de credores constitui um novo perigo para os restantes credores (696). Assim, o paradoxo que se vislumbra no facto de a satisfação da globalidade dos credores aumentar na razão directa do cometimento de crimes de favorecimento é tão-só aparente: bem pelo contrário, é o perigo de insatisfação da globalidade dos credores que aumenta, se se tiver em atenção que a satisfação integral de todos eles é presuntivamente impossível.

Em conclusão: o art. 327.º prevê a infracção do especial dever que impende sobre o devedor (quase) insolvente de não causar ou agravar, através das condutas descritas, o perigo criado pelo estado de insolvência *stricto sensu* para o ressarcimento dos credores de acordo com a *par condicio creditorum*, infracção cuja punição ainda se justifica pelo recurso à noção de perigo abstracto. Em especial, o perigo potenciado pelo favorecimento de credores afecta, não a garantia geral do conjunto de todos os credores, mas as singulares pretensões de conteúdo pecuniário a que cada um dos credores não favorecidos pode aspirar no âmbito do concurso. Neste sentido, é lícito dizer que se trata ainda de um perigo para a satisfação da globalidade dos (de todos os) credores.

5. O incumprimento dos deveres de escrituração comercial previsto no art. 326.º, n.º 2, do CP e a omissão de justificação da aplicação regular de valores pelo devedor concordatário prevista no art. 325.º, n.º 4, do CP — crimes falenciais?

5.1. Todos os ilícitos-típicos que examinámos até este momento convocam, de uma forma ou de outra, a ocorrência da situação de crise para o campo da valoração penal. Mas que dizer da omissão (pura) dos deveres de

(693) Cfr. *supra* as críticas dirigidas pela doutrina alemã ao facto de o § 283c do StGB exigir uma situação de «insolvência existente».

(694) A procedência desta asserção é evidente no que toca a «prestação incongruente» de valor superior ao devido relativa às dívidas já vencidas: se *A* deve 100 e presta 150 agrava necessariamente o seu passivo. Mas outra não será a conclusão no que diz respeito à prestação de garantia a que o devedor não era obrigado: se *A* deve 100 a *B* e constitui uma hipoteca a seu favor sobre um imóvel que vale 200, o valor do bem decresce por força da constituição da garantia real.

(695) Cfr. TIEDEMANN, *LK*, § 283c, nms. 2 e 25, e BÖHLE-STAMSCHRÄDER, *KO*[12], § 283c, anot. 1).

(696) O que implica que se esteja, via de regra, perante uma pluralidade de infracções: assim TIEDEMANN, *LK*, § 283c, nm. 39; S./S./STREE, *SK*, § 283c, nm. 22; LACKNER, *cit.*, § 283c, nm. 8. Há que dizer que esta solução será porventura mais evidente em face da formulação da lei alemã; dispõe o § 283c do StGB: «quem, conhecendo a sua insolvabilidade, prestar uma garantia ou a satisfação de um crédito *a um credor* que não podia exigi-lo, ou que não podia exigi-lo dessa forma ou nesse momento, e assim, intencional ou conscientemente, favorecer *esse credor* em detrimento dos restantes [...]» (itálicos nossos). Porém, as considerações já expendidas acerca do bem jurídico protegido justificam a mesma interpretação para o direito português.

escrituração impostos pela lei comercial, que a declaração de insolvência torna punível?

Se relembrarmos o que se escreveu a propósito da não organização da contabilidade, como forma de prejudicar intencionalmente os credores através de uma diminuição fictícia do património, punida pelo art. 325.º, n.º 1, alínea *b)*, perceberemos a diferença entre as duas disposições: aí, a omissão dos deveres de escrituração constitui um meio de impedir o controle da diminuição fictícia do património levada a cabo pelo agente ao manifestar um estado patrimonial inferior ao real, de forma a criar uma situação de insolvabilidade fictícia; aqui, não é possível descortinar qualquer ligação entre a omissão pura dos deveres de escrituração e o estado de insolvabilidade (697-698). Põe-se então a questão de saber se se trata também de um ilícito-típico falencial que, prescindindo embora da valoração do estado de insolvabilidade, represente ainda uma ofensa criminal para o bem jurídico património.

5.2. A punição desta conduta é invariante, na lei portuguesa, desde o CCom de 1833 (699). A razão de ser da incriminação entronca no antigo sistema das presunções: a lei presume que o incumprimento dos deveres de escrituração é sintoma da indiferença genérica do comerciante para com as regras que orientam a actividade comercial, indiferença que *explica* a ocorrência da insolvabilidade, ou que a própria omissão, em si mesma considerada, é *causa potencial* da insolvabilidade. A ser assim, a insolvabilidade ainda relevaria para a valoração penal: seja como resultado, seja como ponto de referência do perigo.

Porém, nenhuma destas construções é aceitável. A primeira presume, em abstracto, a existência de uma negligência geral — que nada mais é que uma

(697) Esta distinção tira razão a LOPES DO REGO (*cit.*, p. 120) quando sustenta que, para serem puníveis, «as irregularidades de escrituração mercantil devem ou desencadear o próprio estado de falência (*v. g.*, quando a desorganização da contabilidade da empresa tenha contribuído para uma deficiente gestão, acarretando prejuízos ao comerciante), ou, pelo menos, aparecer como um reflexo da situação falimentar, como um meio de a ocultar a terceiros». A dita distinção explica, outrossim, a diferença das molduras penais previstas: neste exacto sentido, FORNASARI, *cit.*, p. 661.

(698) No sentido de que não se requer um nexo causal entre a omissão dos deveres de escrituração e a ocorrência da (antiga) falência, decidiram, na vigência do CPCiv de 1961 mas em termos que podem transpor-se para o direito vigente, o AcRL, de 28-02-1969, *BMJ*, 184 (1969), p. 186, e o AcRL, de 18-03-1970, *BMJ*, 195 (1970), p. 249.

(699) A versão original do Proj91 propunha já a eliminação do antigo n.º 2 do art. 326.º; contudo, a Comissão Revisora decidiu manter o preceito.

presunção de culpa — para daí presumir, de novo, uma relação de causalidade entre a incúria do «mau comerciante» e a ocorrência da insolvência. Nem os dados da experiência legitimam tais ilacções, nem o princípio da culpa permite tirá-las. A segunda acaba por figurar, uma vez mais, um perigo de perigo: o incumprimento dos deveres de escrituração é presuntivamente perigoso porque, retirando ao comerciante a capacidade de controlar a sua actividade, pode conduzir à insolvabilidade, a qual é presuntivamente perigosa para o património dos credores (700).

A jurisprudência e a doutrina alemãs, apoiando-se num trecho do Relatório Ministerial que introduziu a WiKG, sustentam uma posição próxima da última construção criticada, de acordo com a qual a imposição dos deveres de escrituração visa, antes de mais, proteger o próprio devedor contra erros de gestão patrimonial, de forma a que não venha a sofrer prejuízos potencialmente repercutíveis no património dos credores (701). Assim, advoga-se a desnecessidade de uma «relação» entre a omissão da escrituração e a declaração de insolvência, bastando uma «qualquer conexão» entre as duas; tal conexão deixará de existir, nomeadamente, quando seja possível a um perito, no momento da insolvência, obter um rápido panorama do estado patrimonial do devedor através da análise dos documentos. Mas, como nota Tiedemann (702), a exigência dessa ligação é incongruente com o fim assinalado à imposição do dever, que encontra o seu fundamento, não na protecção dos credores ou do administrador da massa falida, mas antes na tutela do próprio devedor. Assim, para este A., a «conexão» requerida consiste antes na «falta de informação própria [do devedor] no momento da insolvência que continua a produzir os seus efeitos como falta de documentação em face do administrador da massa falida ou dos credores» (703).

A crítica de Tiedemann, posto que bem fundada no contexto do direito alemão, não pode ser transposta para o direito português. Na verdade, nada leva, entre nós, a ancorar a imposição das obrigações de escrituração no interesse do devedor. Tal construção parece mesmo consubstanciar um *privilegium*

(700) Para a crítica desta construção, cfr. *supra*, 1.2.

(701) Cfr. S./S./STREE, *cit.*, § 283b, nm. 1, DREHER, *cit.*, p. 724, e, em Itália, MANGANO, *cit.*, p. 15 s.; em perspectiva crítica, cfr. TIEDEMANN, *LK*, § 283b, nms. 1 e segs.

(702) TIEDEMANN, *LK*, § 283b, nm. 15.

(703) Esta proposição constitui uma interpretação do direito positivo alemão vigente. Todavia, em estudo anterior à entrada em vigor da WiKG, Tiedemann propendia claramente para uma outra visão do problema: cfr. *infra* [n. 707].

odiosum: o agente é punido por não cumprir um dever que se lhe impõe em atenção ao seu «próprio bem». Por outro lado, pelas razões expostas acima, não se vê como a omissão dos deveres de escrituração possa integrar, por si só, uma ofensa para o património dos credores: a ausência de uma qualquer ligação com a ocorrência da situação de insolvabilidade leva à impossibilidade de a encarar como portadora de um perigo para aquele bem jurídico (704).

Julgamos que este ilícito-típico deve classificar-se como um *crime económico* (705). A dificuldade em qualificar a economia, enquanto tal, como *um* bem jurídico não anula a possibilidade de isolar diversos bens jurídicos, de configuração mais ou menos mutável, no âmbito da actividade económica, tais como, *v. g.*, a estabilidade dos preços no crime de especulação (706). No que interessa o caso vertente, supomos que a *contínua transparência do estado patrimonial dos comerciantes*, que deve poder comprovar-se para variadíssimos efeitos — e não apenas para protecção dos credores (707) — por intermédio da

(704) Aliás, não é certamente por acaso que este é o *único* crime falencial que a lei alemã não relaciona com a ocorrência da situação de crise. A diferença específica deste crime relativamente aos restantes crimes falenciais, ao menos no plano da ilicitude e do dever violado, foi desde muito cedo posta em relevo pela doutrina: assim, já em 1906 A. Wach (*apud* CONTI *RIDP*, 5 [1952], p. 480 (n. 67)) sustentava que os *Buchdelikte* violam apenas os deveres particulares impostos pela lei aos comerciantes. A sua figuração como crime contra o património conduz à dificuldade, com que justamente se debate DREHER (*cit.*, p. 725), de compatibilizar a punição da negligência (alínea 2.ª) com o princípio da culpa, porquanto a conduta negligente não é suficientemente desvaliosa para suportar a censura penal, carecendo para tanto da efectivação da condição objectiva de punibilidade. Para obviar à desconformidade constitucional de tal solução, o A. defende que é necessário comprovar-se a concreta previsibilidade da crise ao tempo da conduta. Ora, a crítica de TIEDEMANN (*LK*, 283b, p. 10) a esta posição depõe precisamente a favor da tese avançada no texto: «Dreher menospreza o significado da contabilidade comercial para a actividade empresarial actual, o qual foi sublinhado pela exposição de motivos da nova lei».

(705) Sobre o bem jurídico *economia nacional*, cfr. logo, na literatura portuguesa, EDUARDO CORREIA, *RDE*, 3 (1977), p. 24 ss.; FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *Problemática*, p. 34 ss.; FIGUEIREDO DIAS, *DP Económico*, p. 32; FARIA COSTA, *DP Económico*, p. 50 s.; em especial, FIGUEIREDO DIAS, *RLJ*, 116 (1984), *passim*, e COSTA ANDRADE, *DP Económico*, p. 86 ss.

(706) Assim, FIGUEIREDO DIAS, *DP Económico*, p. 39; coincidentemente, COSTA ANDRADE, *ibid.*, p. 92 e 101.

(707) Pense-se, *v. g.*, no controle da aplicação de subvenções estaduais pelos agentes económicos, na repressão da utilização de organizações sociais com personalidade jurídica para a afectação de fundos a fins ilícitos, na protecção de sócios minoritários, etc. Parece-nos que esta ideia se encontra também presente na fundamentação do E-60 (*E-60*,

respectiva documentação (708), constitui um bem digno de tutela. Compreende-se, deste modo, a sanção da violação do dever de a manter (709). Ora, desvinculando a omissão dos deveres de escrituração comercial da protecção do património, não repugna que o legislador escolha determinadas oportunidades para conferir dignidade penal ao facto — e esta é precisamente uma ocasião, a par de outras, em que não se justifica a abstenção da intervenção penal, pois o devedor comerciante cessou a sua actividade, não subsistindo o interesse geral no funcionamento da economia que, como veremos, explica a não intervenção antes da declaração de insolvência.

5.3. Enfim, esta qualificação da omissão dos deveres de escrituração comercial parece ser a que melhor permite compreender a ressalva da parte final do n.º 1 do art. 326.º: o devedor que possua um comércio exíguo e detenha rudimentares habilitações literárias não deve ser punido. Note-se que a lei *comercial*, ao impor o dever de escrituração, não faz qualquer distinção atinente à dimensão do comércio exercido ou às habilitações literárias do comerciante, pelo que nos encontramos perante uma valoração estritamente penal. Mas a

p. 415, 1.ª col.), que justifica a incriminação com o interesse público na correcção da escrituração comercial em vista da intensificação da dependência mútua entre as empresas e da crescente complexificação das suas relações, embora a partir da perspectiva dos credores; em sentido coincidente, TIEDEMANN, *ZRP*, 8 (1975), p. 133, e ID., *ZStW*, 26 (1976), p. 250.

(708) Cfr. J. M. BELEZA, *cit.*, p. 286 s. Actualmente, a manutenção de uma escrituração comercial regular constitui também o *conteúdo* de algumas obrigações de informação por parte dos titulares dos órgãos das sociedades comerciais, cuja violação pode importar um ilícito criminal (cfr. *v. g.*, os arts. 518.º e 519.º do CSC) ou uma contra-ordenação (cfr. o art. 528.º, n.ºs 1 e 3 do CSC).

(709) Os delitos de dever, «em que é pressuposto do preenchimento do tipo a violação de um especial dever, em regra extrapenal», constituem precisamente uma das formas preferenciais do surgimento de um ilícito penal secundário (FIGUEIREDO DIAS, *RLJ*, 117 [1984-5], p. 11 (n. 85)), que aqui se revela, além disso, ao nível do «'estatuto social' [do agente], no qual o tipo-de-ilícito se ancora» (ID., *ibid.*, p. 48). A sanção penal poderia porventura ser substituída, com vantagem, por uma sanção contra-ordenacional (no sentido da sua eliminação, por conter «uma exagerada tutela de obrigações profissionais», pronunciou-se o Sr. Prof. Doutor Figueiredo Dias, quando da discussão do Proj91 nas sessões da Comissão Revisora [cfr. *Actas Proj91*, p. 350]); é todavia um problema que não pretendemos discutir aqui. Sobre a matéria, cfr. EDUARDO CORREIA, *RDE*, 3 (1977), p. 16 e 33, e *DP Económico*, p. 15 s.; FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *Problemática*, *passim*; J. M. BELEZA, *cit.*, p. 283 ss.

qualificação dogmática desta causa de impunidade não é evidente: a impunidade prender-se-á com a falta de dignidade penal do facto (710)? Ou com uma causa de desnecessidade de pena (711)? Ou resultará, desde logo, de um elemento negativo do tipo incriminador (712)?

Parece-nos haver lugar a uma distinção. Com efeito, a lei faz depender a impunibilidade de duas condições cumulativas de diferente natureza. Relativamente à exiguidade do comércio, a última categoria afigura-se ser, à primeira vista, a que melhor se ajusta à ressalva da lei. Na verdade, o dever de manter uma escrituração comercial regular radica na protecção do tráfico em geral. Ora, apesar da subsistência desse dever face à lei comercial, a sua violação por comerciantes que possuem um comércio exíguo não parece atingir o limiar da danosidade social que justifica a intervenção penal.

Simplesmente, a lei não se basta com a exiguidade do comércio para afastar a punição do infractor: exige ainda que as suas habilitações literárias sejam rudimentares. E esta circunstância não parece poder relevar, em definitivo, ao nível do tipo: a danosidade social ínsita na violação do dever de escrituração por parte do comerciante que possui um comércio exíguo não depende, manifestamente, do grau das suas habilitações literárias. A índole rudimentar de tais habilitações constitui uma circunstância puramente pessoal que em nada contende com o desvalor objectivo do facto. Então, se a violação do dever de escrituração por parte do comerciante que possui um comércio exíguo, mas cujas habilitações literárias não são rudimentares, integra o tipo, somos obrigados a negar à exiguidade do comércio o carácter de elemento negativo do tipo.

Julgamos que a causa de impunidade referida pode ser enquadrada, de forma global, na categoria da dignidade penal. Assim, ainda que o comércio exercido pelo agente seja exíguo e as suas habilitações literárias rudimentares, o facto integrará o ilícito-típico do art. 326.º, n.º 2. Todavia, a diminuta danosidade social da conduta, aliada à presuntiva incapacidade do agente para cumprir o dever a que está obrigado, levam, desde logo, a que o facto não seja digno de punição.

5.4. É esta, em nosso entender, a interpretação que melhor cabe à ressalva feita pela lei. Contudo, se nada temos a opor à exclusão da punição relativamente ao comércio exíguo — porque, na verdade, esta circunstância deveria constituir, como começámos por referir, um verdadeiro elemento excludente do tipo (713) —, não encontramos fundamento válido para se fazer depender a dignidade penal do facto das habilitações literárias do agente.

(710) No sentido que lhe dá FIGUEIREDO DIAS, *RPCC*, 2 (1992), p. 30 ss.

(711) ID., *ibid.*, p. 40 ss.

(712) Neste sentido, CARLOS ALEGRE, *cit.*, p. 146.

O preceito em questão foi introduzido pela primeira vez no nosso direito com o CFal de 1899, manteve-se até aos dias de hoje (714) e constitui, ao que sabemos, outra originalidade do direito falencial português. A consideração das habilitações literárias do comerciante prendia-se com uma ideia de «desculpa» — ainda hoje sensível na expressão «[...] o *relevarem* do cumprimento dessas disposições» — e compreendia-se, talvez, em um contexto social que contava com elevadas taxas de analfabetismo: todo o comerciante, mesmo o que exercia um comércio exíguo, estava obrigado ao cumprimento dos deveres de escrituração, excepto aquele a quem faltavam as mais rudimentares habilitações. Inversamente, esta falta não «desculpava» a violação do dito dever caso a dimensão do comércio fosse mais do que exígua.

Ora, já em 1901 Barbosa de Magalhães (715) se insurgia contra esta inovação: «é curioso que a nossa velha legislação [Alvará de 13 de Novembro de 1756, § 14], quando era bem mais baixo o nível da instrução popular, presumia fraude, e não somente culpa, da falta de escrituração, e só admitia contra essa presunção a prova *in continenti* de que os livros haviam desaparecido por incêndio ou caso fortuito, que notoriamente excluísse a responsabilidade do falido. Depois, na vigência do antigo Código Comercial, já se entendia que, não restringindo ele os meios de prova, os admitia todos, cabendo portanto ao júri apreciar se houvera ou não culpa, apesar de não existir escrituração [...]. E agora, quando mais parecia natural ser rigoroso con-

(713) A mesma solução cabe ao direito alemão, que, por força do disposto no § 4.º, alínea 1.ª do CCom alemão, isenta do dever de escrituração os «comerciantes mínimos» *(Minderkaufleute)*; cfr. TIEDEMANN, *LK*, § 283, nm. 96.

(714) Com uma ligeira — e curiosa — alteração: o CFal de 1899 e, posteriormente, o CPCom de 1905 subordinavam o funcionamento da causa de impunidade à *falta* de habilitações rudimentares; a partir do CFal de 1935, alargou-se a impunidade ao caso de o agente possuir *apenas* habilitações rudimentares. Dada a progressiva redução das taxas de analfabetismo, a alteração só pode ter ficado a dever-se a uma maior tolerância do legislador penal — ou, então, a uma gralha da lei que, no contexto daquela evolução, torna a dita alteração quase risível; cfr. já a seguir no texto a crítica de Barbosa de Magalhães, que tinha por horizonte a redacção originária do preceito.

(715) BARBOSA DE MAGALHÃES, *CFal Anot.*, p. 331 (reproduzido depois no do *CPCom Anot.*, p. 471).

tra a falta ou irregularidade da escrituração, é que as reclamações do comércio impuseram a desculpa consignada no final deste artigo. Ora se o tráfico é exíguo, a escrituração também não pode ser difícil nem dispendiosa; e se o comerciante é analfabeto, por maioria de razão precisa de ter e deve ter quem lhe faça regulares assentamentos. A verdade, porém, é que há em nosso país uma repugnância invencível à escrituração comercial».

Pouco há a acrescentar às palavras do ilustre jurista. Supomos que a falta de habilitações literárias não pode servir de causa de exculpação (716). Quem exerce profissionalmente o comércio está obrigado aos deveres daí decorrentes; por outro lado, a falta de instrução não impede que o comerciante cumpra, ainda que por interposta pessoa, os deveres de escrituração que lhe competem. Não se vê, por isso, razão alguma para tratar diferentemente dois comerciantes que, possuindo um comércio da mesma exígua dimensão, tenham mais ou menos habilitações.

5.5. O art. 325.º, n.º 4, pune o devedor concordatário que não justifique a regular aplicação dada aos valores do activo existentes à data da providência. Este é o único crime em que não se subordina a punibilidade ao reconhecimento judicial da insolvência ou à declaração de falência, pela razão óbvia de que se trata, inevitavelmente, de um devedor que já foi declarado insolvente.

Duas questões se levantam: qual a relevância da situação de insolvabilidade neste ilícito-típico e qual a razão por que o legislador não incriminou condutas análogas praticadas por devedores sujeitos a outras providências de recuperação?

A insolvabilidade não é aqui, manifestamente, o resultado típico. Contudo, este ilícito aproxima-se bastante dos casos em que a lei pune o devedor que pratica determinadas condutas quando já se encontra num estado de insolvabilidade. Com efeito, o devedor concordatário beneficia de uma renovada manifestação de confiança por parte dos seus credores, pelo que está investido num reforçado dever de não os defraudar através de condutas que dissipem, contra as exigências de uma administração regular, os valores de que ainda é titular, visto que o seu património já está, por assim dizer, em «estado de sítio». Na verdade, como mostrámos em outro local, a concordata

(716) Contra, todavia, LEAL-HENRIQUES/SIMAS SANTOS *(cit.,* p. 246), e LOPES DO REGO (*cit.,* p. 118 s.), que vêem aqui uma «causa de exclusão de culpa».

não constitui um meio de recuperação de empresas em sentido próprio, pois limita-se a proporcionar ao devedor um alívio financeiro que lhe permita, pelos seus próprios meios — embora eventualmente auxiliado pelo gestor judicial —, vencer a crise que o atinge.

Por outro lado, a concessão da concordata encontra-se na disponibilidade dos credores, que, como também vimos, só terão verdadeiro interesse na sua aprovação quando, para além de existir alguma esperança de recuperação, o activo do devedor for de tal modo inferior ao passivo que a liquidação patrimonial se cifre em grande prejuízo. Caso contrário, os credores preferirão certamente, apesar da viabilidade económica da empresa, assegurar o rápido ressarcimento dos seus créditos. O que implicará, *normalmente,* que o perigo ínsito na situação de insolvabilidade se exaspere relativamente ao devedor concordatário, que se encontrará, quase inevitavelmente, numa situação de insolvência *stricto sensu.* Assim, a força normativa irradiante da situação de insolvabilidade projecta-se para além do seu reconhecimento judicial, constituindo o devedor num dever análogo aos que impõem as normas que dão corpo aos restantes crimes falenciais «pós-insolvenciais».

Por fim, a aplicação da previsão legal ao devedor concordatário e já não ao devedor sujeito a uma providência de reestruturação financeira (717) parece explicar-se pelo facto de o primeiro conservar a generalidade dos seus poderes de disposição sobre o próprio património (718), enquanto que o segundo nem sempre terá esse domínio, estando sujeito a operações económicas sobre o seu património que não pode controlar e que, portanto, não tem o dever de justificar (719).

6. O reconhecimento judicial do estado de insolvência

6.1. A indistinção entre o estado de insolvência e o acto judicial que o declara deve-se, como vimos, ao progressivo desaparecimento do primeiro dos tipos legais, provocado pelo sistema das presunções. Além disso, a *Konkursordnung* alemã contribuiu de forma não despicienda para aquela identi-

(717) No que toca o acordo de credores e a gestão controlada, não seria possível estabelecer uma incriminação semelhante, pois o devedor fica privado do poder de disposição sobre os bens.

(718) Cfr. arts. 66.º e 68.º do CFal.

(719) Cfr. arts. 88.º e segs. do CFal.

ficação, ao assimilar a cessação de pagamentos à abertura do processo concursual (720): se esta última constituía, inequivocamente, uma condição de punibilidade, a primeira ganhou, por mimetismo, o mesmo estatuto. Na verdade, como a cessação de pagamentos *(Zahlungseinstellung)* é, também no direito alemão, um dos índices da impossibilidade de cumprir *(Zahlungsunfähigkeit)*, que consubstancia, por sua vez, o estado cuja comprovação é necessária para a abertura do processo concursual (§ 102 da KO), fácil se tornou concluir que o estado de falência integrava uma condição objectiva de punibilidade. Esta foi a construção dominante na doutrina alemã (até à WiKG de 1976) e na doutrina italiana que lhe seguiu o encalço (721), confortada esta última, a partir do RD de 1942, por uma disciplina legal de algum modo semelhante.

Vimos também que a WiKG desfez o equívoco, recuperando a relevância normativa da insolvabilidade para o plano da ilicitude, quer como resultado típico, quer como contexto factual que cria especiais deveres para o agente. A sua autonomização em face do acto judicial de que depende a punibilidade permite repor correctamente o problema do papel que este desempenha no seio dos crimes falenciais.

6.2. Existe um generalizado consenso, na doutrina alemã, italiana e portuguesa, acerca da qualificação dogmática da intervenção do tribunal civil para efeitos criminais. Trata-se de uma *condição objectiva de punibilidade*, que não contende com o desvalor do facto nem com a culpa do agente, pelo que também não necessita de ser por ele representada (722). O condicionamento da punibilidade à declaração judicial da insolvência restringe a intervenção penal relativamente a factos que preenchem um ilícito-típico e um tipo-de-culpa, mas que não possuem dignidade penal (723).

Segundo Stree (724), a falta de dignidade penal — no entender do A., desnecessidade de pena — do ilícito-típico não seguido da condição objectiva de punibilidade advém da «falta de relevância do facto quando o devedor consegue evitar a sua ruína económica»; assim, a exigência de um reconhecimento judicial da insolvência liga-se ainda ao *facto*, e não ao processo penal ou às penas (725). A ideia deve ser acolhida no essencial, mas é preciso notar que nela vai (ainda) pressuposta a suficiência de algumas condutas bancarroteiras para o preenchimento do tipo-de-ilícito, pelo que o seu sentido «histórico» (726) é o seguinte: o ilícito-típico carece de dignidade penal sempre que a sua prática não conduza a uma situação de insolvência. Ora, tendo nós afirmado a pertinência da situação de crise ao tipo, parece que esta justificação cai por terra, ao menos nos casos em que tal estado constitui o resultado típico, já que a consumação do crime pressupõe que o agente não conseguiu superar a situação de insolvência.

(720) Os §§ 239 *(betrügerischer Bankrott)*, 240 *(einfacher Bankrott)* e 241 *(Gläubigerbegünstigung)* da KO iniciavam-se com a seguinte expressão: «*Schuldner, welche ihre Zahlungen eingestellt haben, oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist (...)*».

(721) Assim, TIEDEMANN, *ZRP*, 8 (1975), p. 130 s.

(722) Na Alemanha, cfr., por todos, TIEDEMANN, *LK*, vor § 283, nms. 83 e segs., esp. nm. 85; em Itália, por todos, CONTI, *RIDP*, 5 (1952), p. 471; na literatura nacional, cfr. LUÍS OSÓRIO, *cit.*, p. 183; LEAL-HENRIQUES/SIMAS SANTOS, *cit.*, p. 242; PINHEIRO FARINHA, *cit.*, p. 33; por último, FIGUEIREDO DIAS, *RPCC*, 2 (1992), p. 38. A jurisprudência da *Corte di Cassazione* admite que a *declaração de falência* é um elemento constitutivo do crime, e não uma condição objectiva de punibilidade, «sempre que antes da dita declaração o facto cometido pelo devedor seja penalmente indiferente»: cfr. DI AMATO, *cit.*, p. 449.

(723) Contra, a generalidade da doutrina alemã (cfr., por todos, TIEDEMANN, *LK*, vor § 283, nm. 85), que vê na ausência das condições objectivas de punibilidade uma desnecessidade de pena; assim, também, COSTA ANDRADE, *RPCC*, 2 (1992), p. 200. No sentido do texto, FIGUEIREDO DIAS, *RPCC*, 2 (1992), p. 30 ss., e especificamente sobre o problema que nos ocupa, *ibid.*, p. 38 s. Para a resenha e apreciação crítica da controvérsia doutrinal gerada em torno da polaridade dignidade penal/necessidade de pena, cfr. COSTA ANDRADE, *cit.* nesta nota, p. 173 ss. O «papel da dignidade penal e da necessidade de pena no sistema do direito penal» constituíu objecto de várias conferências — entre as quais se conta o estudo do último A. *cit.* — no âmbito do Colóquio Internacional de Direito Penal realizado na cidade de Coimbra em Maio de 1991; um resumo desses trabalhos pode ver-se em PEDRO CAEIRO, *RPCC*, 1 (1991), p. 633 ss.

A classificação dogmática das condições objectivas de punibilidade constitui um problema que transcende em muito, como é óbvio, os propósitos deste estudo. De toda a maneira, parece-nos bem fundada a ideia de que a primeira categoria se prende ainda com o facto globalmente considerado, diversamente da segunda, que atende à carência de pena no caso concreto, pelo que preferimos inserir as condições de punibilidade na categoria da dignidade penal.

(724) STREE, *JuS*, 5 (1965), p. 472; no mesmo sentido, ARZT/WEBER, *LH*, 4, nm. 330.

(725) No mesmo sentido *E-60*, p. 413, 2.ª col. Contra, ALIMENA (*cit.*, p. 47 s.), por entender que as condições de punibilidade pertencem já à doutrina das reacções criminais.

(726) O estudo referido foi escrito ainda na vigência dos preceitos penais da KO.

Cremos porém que a objecção não procede. A ocorrência do estado de insolvência não implica necessariamente a dignidade penal do facto — esta só existe com o seu *reconhecimento judicial*. É importante relembrar, neste momento, que os crimes falenciais protegem o património dos credores. Pois bem: se o devedor praticou uma conduta típica no contexto de uma situação de insolvência, ou uma conduta que a esta conduziu, e os credores não sentiram a necessidade de recorrer ao processo concursual para efectivarem os seus direitos, é porque as partes envolvidas chegaram a um qualquer entendimento extra-judicial que a *todos* (727) satisfez. Então, dada a essencial disponibilidade do bem em causa, a intervenção penal não se justificaria.

6.3. Tudo o que explica a não intervenção do sistema penal *antes* da declaração judicial da insolvência. Como vimos, o perigo para o património dos credores não reside na situação real-verdadeira de insolvência, nem na declaração judicial da mesma, mas sim na situação de insolvência (real ou fictícia) que é objecto de um litígio judicial, como facto jurídico. Ora, a intervenção penal que se antecipasse a essa *cristalização* do perigo contrariaria a disponibilidade de princípio que é concedida aos credores para o accionamento do processo concursual civil, criando artificialmente uma situação de conflito onde presumivelmente rege o consenso (728). Se o devedor que,

(727) Não se olvide que o processo concursual pode ser accionado por *um único* credor.

(728) Poderia pensar-se que esta subordinação da punibilidade à *declaração* do tribunal civil representa uma inteira subalternização da pretensão punitiva às vicissitudes do processo civil. Todavia, descontado o que nessa suposição vai de verdadeiro em virtude da disponibilidade da iniciativa processual por parte dos credores, é curioso notar que a consideração da pretensão punitiva ganha relevo autónomo logo no seio do processo civil. Na verdade, a jurisprudência tem decidido que a falta de bens do devedor obsta ao requisito do interesse em agir e, consequentemente, conduz à absolvição da instância, que se traduz na ausência de uma declaração judicial de insolvência, *salvo se o requerente tiver alegado factos que indiciem a responsabilidade criminal do requerido*: cfr. AcRE, de 9-01-1986 (*BMJ*, 355 [1986], p. 453), e AcRC, de 15-10-1991 (*CJ*, 16 [1991], IV, p. 110 ss.). Embora o raciocínio que preside a estas decisões, no que toca a ausência de interesse em agir e a necessidade de alegação de factos indiciadores de crime pelo requerente, não colha a nossa concordância — merecendo-nos vivo aplauso a justa posição divergente assumida pelo AcRP, de 7-01-1992 (*CJ*, 17 [1992], I, p. 220 s.), para cuja fundamentação remetemos —, notar-se-á que a proposta que avançamos no texto para a

preenchendo com culpa um ilícito-típico falencial e assim causando, por hipótese, uma situação de insolvabilidade em que todavia continua a dispor de um activo superior ao passivo, chega a um acordo extra-judicial com os credores nos termos do qual satisfaz integralmente as suas pretensões, o facto continua a carecer de dignidade penal, não se justificando a intervenção do sistema punitivo (729). O reconhecimento judicial da insolvência parece então ser um dos casos em que a impunibilidade se fundamenta em «imposições de fins extra-penais» (730).

6.4. Do que fica dito intui-se já a necessidade de uma *conexão fáctica* (não de uma relação causal) entre a situação de insolvência tipicamente relevante (quer como contexto onde se produzem as acções típicas, quer como seu resultado típico) e a situação de insolvência judicialmente declarada (731). Assim, *v. g.*, se o devedor requerer a declaração de insolvência com base na apresentação de uma situação patrimonial simuladamente inferior à real, mas vier a ser declarado insolvente no mesmo processo, apesar de descoberta a fraude, por os credores comprovarem a sua real impossibilidade de cumprir, deve aquele agente ser punido por tentativa de insolvência dolosa, pois o perigo resultante para os credores não foi efeito adequado da sua conduta criminosa, subsistindo todavia uma ligação fáctica entre a insolvência judicialmente declarada e a insolvência que fraudulentamente se tentou provocar. Já se o devedor praticar uma conduta de favorecimento de credores na iminência de uma situação de insolvência, conseguindo todavia superar a crise em que se encon-

caracterização penal da declaração de insolvência sai reforçada pela praxis judicial. Efectivamente, uma vez revelado o conflito entre credores e devedor, o facto torna-se digno de pena e o sistema penal dita soluções (erroneamente) tidas por derrogatórias das regras do processo civil.

(729) Partindo também da consideração dos interesses dos credores, STREE (*JuS*, 5 [1965], p. 471) mostra como a intervenção penal anterior à cessação de pagamentos ou à abertura do processo concursual, ao dar o «golpe de misericórdia» ao devedor enfraquecido, equivaleria as mais das vezes a «combater o Diabo com Belzebu»; no mesmo sentido, cfr. *E-60*, p. 413, 2.ª col. Coerentemente com a sua concepção acerca do bem jurídico protegido, TIEDEMANN (*LK*, vor § 283, nm. 84), em perspectiva político-criminal, justifica a abstenção de intervenção penal na ausência da condição de punibilidade com a indesejabilidade da liquidação prematura das empresas; coincidentemente, referindo a «utilidade social» das empresas que continuam a produzir, MANGANO, *cit.*, p. 7.

(730) FIGUEIREDO DIAS, *RPCC*, 2 (1992), p. 39.

(731) Cfr. *supra*, 1.6.

tra, e vier posteriormente a ser declarado insolvente por circunstâncias totalmente alheias à dita crise, então não deve caber-lhe punição alguma.

6.5. Em suma: o reconhecimento judicial da insolvência constitui, nos crimes previstos pelos arts. 325.º e 327.º do CP, uma condição objectiva de punibilidade, que não contende com o desvalor do facto mas tão-só com a sua dignidade penal, porque é ela que, denunciando a conflitualidade última entre o agente e os titulares do bem protegido, *evidencia* o perigo penalmente relevante.

CAPÍTULO III

O ESTATUTO DA FALÊNCIA E DA SUA DECLARAÇÃO JUDICIAL NO DESENHO ACTUAL DOS CRIMES FALENCIAIS

1. Não é demais frisar que a falência, à luz do direito vigente, não constitui um estado do devedor, mas apenas uma fase processual que assenta em determinados pressupostos.

Assim, a lei concursual destina a declaração de falência aos devedores (insolventes) titulares de uma empresa economicamente inviável ou de impossível recuperação financeira (art. 1.º, n.º 2, do CFal), bem como aos devedores (insolventes) não titulares de empresa que não beneficiem de uma concordata particular (art. 27.º, n.º 1, do CFal).

As formas da relevância penal da falência no direito vigente aparentam diferir de crime para crime. O art. 325.º, n.º 2, comina uma pena agravada para os casos em que a falência venha a ser declarada em consequência da prática de qualquer dos factos descritos no n.º 1; o art. 326.º subordina a punibilidade das condutas previstas no seu n.º 1 à declaração de falência e restringe a punibilidade das condutas previstas no n.º 2 aos casos em que o devedor venha a ser declarado falido; enfim, o art. 327.º distingue, para efeitos de punição, os casos em que é declarada a falência (alínea *a)*) dos casos em que é reconhecida judicialmente a insolvência (alínea *b)*).

2. A compreensão de disposições tão diversas postula a caracterização, agora jurídico-penalmente interessada, da falência no direito concursual vigente. A primeira unidade de sentido que preside àquelas normas é a expressão de um *desvalor* (lato sensu) *agravado* da falência relativamente à insolvência. Mas as razões dessa agravação não são evidentes. Com efeito, a declaração de

falência (*rectius:* os pressupostos de facto de que ela depende) não importa uma ofensa mais grave para o património dos credores, pois não se funda num estado agravado de depreciação patrimonial. A declaração de falência representa apenas a impossibilidade de submeter a empresa a uma providência de recuperação, por força da sua inviabilidade económica ou da impossibilidade da sua recuperação financeira, ou então, no caso do devedor não titular de empresa, a ausência de uma concordata particular entre o devedor e os credores. Vejamos de que forma estes factos podem relevar no seio de cada uma das normas referidas.

3. No que diz respeito ao art. 325.º, n.º 2, a lei é clara ao exigir um nexo causal entre os factos descritos no n.º 1 — *sc.*, a causação dolosa da própria insolvência, real ou fictícia, através das condutas descritas nas alíneas *a), b)* e *c)*, ou o retardamento doloso do reconhecimento da situação de insolvência através das condutas descritas na alínea *d)* — e a declaração de falência. Contra a formulação literal deste preceito podem levantar-se, legitimamente, objecções semelhantes às que a doutrina tradicional opunha à qualificação da *declaração* de falência como resultado típico: um acto judicial não pode agravar a punição do crime, pelo que a relação de causalidade só pode estabelecer-se entre os factos puníveis e *a situação que a sentença declara*, não entre os factos puníveis e a própria sentença.

O sentido do n.º 2 do art. 325.º é, pois, o seguinte: o devedor que, praticando um dos factos descritos no n.º 1, provocar a inviabilidade económica da empresa, ou a impossibilidade da sua recuperação financeira, ou, tratando-se de devedor não titular de empresa, a impossibilidade de obtenção de uma concordata particular, será punido com uma pena agravada. A questão aflora imediatamente: qual a natureza e a razão de ser desta agravação?

Em primeiro lugar, parece inquestionável que a situação de falência declarada pela sentença constitui, no art. 325.º, n.º 2, um resultado agravante, para os efeitos do art. 18.º do CP (732), que há-de poder ser imputável à conduta do agente a título de dolo ou, pelo menos, de negligência.

Em segundo lugar, há que admitir que nem a destruição da empresa, nem a não celebração da concordata particular representam uma ofensa agravada para o património dos credores.

(732) A exigência do referido nexo causal parece-nos suficiente para afastar liminarmente a possibilidade de configurar a declaração de falência como uma circunstância agravante específica; sobre esta categoria, cfr. FIGUEIREDO DIAS, *DPP*, §§ 259 e segs.

Esta asserção é logo comprovada pelo caso dos devedores não titulares de empresa: de que forma pode afirmar-se, em abstracto, que a declaração de falência é mais gravosa para os credores do que o reconhecimento judicial da insolvabilidade seguido de concordata particular? Bem pelo contrário, os ensinamentos da experiência fazem crer que a aceitação de uma concordata particular por parte dos credores só existirá nos casos em que as possibilidades de obter um ressarcimento minimamente satisfatório através da liquidação patrimonial se mostrem exíguas (733) — *sc.*, nos casos em que é maior a probabilidade de uma lesão, ou perigo de lesão, do bem protegido. Pode dizer-se que sempre que o devedor não titular de empresa possuir um activo suficiente para prover ao passivo, os credores terão o maior interesse em optar pela liquidação patrimonial, requerendo a falência — decisão que, como se disse, está na sua inteira disponibilidade.

E a mesma conclusão vale para o devedor titular de empresa. Não se vislumbra de que forma a liquidação do seu património em benefício dos credores e a consequente destruição da empresa podem revestir um prejuízo mais grave para os últimos, sobretudo se tivermos em conta que a efectiva aplicação de uma providência de recuperação está na disponibilidade dos mesmos.

Parece-nos que a razão de ser da agravação reside no *dano social* — concretamente, no que toca a *capacidade produtiva do país* e a *manutenção dos postos de trabalho* — que a destruição da empresa provoca (734-735). E, a ser assim, a agravação da pena compagina-se perfeitamente com a sua natureza: a causação da insolvabilidade real ou fictícia (art. 325.º, n.º 1, alíneas *a), b)* e *c)*) e o retardamento da respectiva declaração através de actividades manifestamente contrárias às exigências de uma actividade económica regular (art. 325.º, n.º 1, alínea *d)*) transportam consigo o risco intrínseco da inviabilidade económica da empresa ou da impossibilidade da sua recuperação financeira. Deste modo, se a produção desse resultado for imputável ao agente, a título de dolo ou de negligência, como consequência de uma das condutas dolosas previstas no n.º 1 do art. 325.º, justifica-se plenamente a agravação da pena.

(733) Cfr. *supra*, Parte II, Cap. III, 4.4.

(734) Cfr., a propósito, J. M. BELEZA, *cit.*, p. 280 s.

(735) O mesmo raciocínio deveria levar ao acolhimento legal de outros resultados agravantes, tais como, *v. g.*, o despedimento de um número substancial de trabalhadores levado a cabo durante a aplicação de uma providência de recuperação para evitar a declaração de falência e a concomitante destruição da empresa: neste sentido, DÄUBLER, *cit.*, p. 13.

4. Algumas notas porém.

Em primeiro lugar, é necessário que se prove que a inviabilidade económica da empresa ou a impossibilidade da sua recuperação financeira são verdadeira consequência das condutas praticadas pelo devedor nos termos do art. 325.º, n.º 1. Assim, é de rejeitar a aplicação automática da agravação de pena por força da simples declaração de falência: de contrário, estar-se-ia a aceitar uma agravação objectiva da responsabilidade (736), seguindo o brocardo *«versari in re illicita»*, de forma algo paralela à doutrina que admitia a suficiência da prática das condutas típicas, prescindindo da ocorrência da insolvência, para fundamentar a responsabilidade por crimes falenciais. Além disso, o nexo de adequação entre o crime falencial cometido e o resultado agravante tem que ser estabelecido pelo tribunal criminal: há que provar, no processo-crime, que as condutas praticadas nos termos do n.º 1 do art. 325.º foram causa adequada da inviabilidade económica da empresa, ou da impossibilidade da sua recuperação financeira, já que este juízo cabe, no processo concursual civil, aos credores e é, enquanto tal, insindicável pelo tribunal civil (737).

Ora, está bem de ver que o estabelecimento daquela relação de causalidade pressupõe que o tribunal criminal se pronuncie sobre a *real* inviabilidade económica ou impossibilidade de recuperação financeira da empresa — o que nem sempre será fácil —, podendo vir a concluir pela efectiva inexistência destes pressupostos — caso em que não deverá aplicar a norma agravante. Solução contrária, para além de não se mostrar racionalmente adequada ao fim da norma — punir a destruição da empresa *causada* pelo crime falencial —, equivaleria a cometer aos credores o poder de decidir virtualmente sobre a agravação da responsabilidade penal — o que parece absolutamente ilegítimo. Que se ponha nas mãos dos credores a protecção dos interesses da economia nacional, entregando-lhes o poder de decidir soberanamente sobre a viabilidade económica da empresa, é uma opção, boa ou má, de política

(736) Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Problema*, p. 246.

(737) Pensamos ser esta a solução correcta, devido às razões que se expõem de seguida no texto. Quem repudiar — a nosso ver, infundadamente — a ideia de que o tribunal criminal tem que sindicar, para os efeitos desta norma, a viabilidade económica e a possibilidade de recuperação da empresa, deverá, ao menos, admitir que a aplicação da norma agravante depende da prova de que as condutas bancarroteiras tiveram por consequência o concreto estado de coisas que, levando os credores a requerer a falência, fundamentou a respectiva declaração.

legislativa; mas que daí se retirem consequências imediatas para a responsabilidade penal de um cidadão, é algo de inadmissível. Claro que as coisas seriam bem diferentes se coubesse ao tribunal civil decidir, à semelhança do que acontece no direito francês, sobre a (in)viabilidade económica da empresa e a consequente (in)adequação da aplicação de uma providência de recuperação. Mas esse não é o caso.

Em segundo lugar, a consideração da razão de ser da agravação prevista pelo art. 325.º, n.º 2, conduz à conclusão inevitável de que esta norma não se aplica aos devedores não titulares de empresa, pois a falência destes não importa dano algum para a economia nacional, já que, por definição, a declaração de falência não implica aqui a destruição de uma empresa que diminua a capacidade produtiva do país nem põe em causa a manutenção dos postos de trabalho. A declaração de falência dos devedores não titulares de empresa estará sempre, portanto, fora do âmbito da norma (738). Mais do que isso, parece claro que o prejuízo para a economia nacional criminalmente relevante só se produzirá com a extinção de empresas com um mínimo de envergadura, que intervenham com um mínimo de frequência nas trocas — e essas são as empresas comerciais. Propendemos, por isso, para aceitar a restrição da aplicação da norma agravante aos casos em que o devedor seja comerciante.

Em terceiro lugar, e algo inexplicavelmente, a formulação do n.º 4 do art. 325.º exclui a possibilidade de aplicar a agravação do n.º 2 aos devedores concordatários (titulares de empresa) que não justifiquem o regular emprego dos valores do activo. Na verdade, os devedores concordatários que incorram na previsão do primeiro normativo podem ser sujeitos à declaração de falência, pelo que se justificaria inteiramente puni-los mais gravemente sempre que a dissipação ou sonegação de bens que vai pressuposta no n.º 4 do art. 325.º conduza à inviabilidade económica ou à impossibilidade de recuperação financeira da empresa que, apesar do reconhecimento judicial da insolvabilidade, continuam a exercer.

(738) Cremos poder utilizar aqui esta figura, embora saibamos que ela é normalmente invocada como critério da imputação objectiva do resultado à conduta (cfr. FARIA COSTA, *Perigo*, p. 495 ss.). Com efeito, se «o problema que subjaz ao âmbito de protecção da norma é [...] um problema de [...] interpretação teleológica» (ID., *ibid.*, p. 501), parece lícito lançar mão desta figura não só para estabelecer se o resultado concretamente produzido cabe na área da tutela típica mas também para identificar, desde logo e em abstracto, o desenho da própria tutela típica.

5. No que diz respeito ao art. 326.º, a declaração de falência assume um papel diferente: ela substitui, neste crime, o reconhecimento judicial da insolvência como condição objectiva de punibilidade. O legislador procedeu, aqui, a um recuo da intervenção penal, que se traduz, substancialmente, na seguinte ideia: para que o ilícito-típico se torne digno de pena, é necessário que o facto cause um dano à economia nacional. Quer dizer: a tutela penal dos credores é relegada para segundo plano em favor da preservação das unidades produtivas. Assim, enquanto a empresa subsistir, ainda que sujeita a uma providência de recuperação, a lei penal considera que os ilícitos-típicos praticados não são dignos de pena, por força de considerações que se prendem com a conservação da capacidade produtiva do país e com a manutenção dos postos de trabalho (739). Valem, aqui sim, as considerações que a doutrina tece a propósito da paralisação da acção penal até ao reconhecimento judicial da insolvência (740).

Pelas razões enunciadas anteriormente, o art. 326.º torna-se inaplicável aos devedores não titulares de empresa. Não que o desvalor do ilícito-típico seja diferente consoante a espécie de devedor que os pratica. Simplesmente, as razões que tornam o facto digno de pena, por serem pensadas para os devedores titulares de empresa, não subsistem relativamente aos devedores não titulares de empresa, que a interpretação teleológica da norma e as razões de certeza na aplicação do direito nos levam de novo a identificar com os não comerciantes, ainda que «titulares de empresa» para efeitos do processo concursual.

A surpresa que esta conclusão provoca rapidamente se desvanece se nos lembrarmos que, logo do ponto de vista do ilícito-típico, havíamos concluído que tanto a 2.ª parte do n.º 1, como todo o n.º 2 do art. 326.º (741) se aplicam exclusivamente aos comerciantes. Pode por isso dizer-se que a correcta

(739) O carácter público dos interesses que servem de contramotivo à punição não se mostra incompatível com a previsão do n.º 3 deste artigo, que faz depender o procedimento criminal da apresentação de queixa. Com efeito, cessando o interesse geral na não intervenção penal, nada obsta a que a iniciativa processual continue na disponibilidade do(s) titular(es) do direito de queixa (art. 111.º do CP). A previsível configuração do crime de *Falência não intencional* como crime público com a entrada em vigor do diploma que reverá o CP (cfr. o art. 228.º da L. n.º 35/94 *cit.*) não colhe, por isso, o nosso aplauso.

(740) Cfr. MANGANO, *cit.*, p. 39 s.

(741) Há que ressalvar a previsão do dever de apresentação (n.º 2, 2.ª parte), que, como vimos *supra*, A), Cap. II, 2.7., parece obrigar todos os titulares de empresa.

compreensão do sentido da declaração de falência como condição objectiva de punibilidade no seio deste normativo apenas «neutraliza» a possibilidade de punição dos crimes de insolvência não intencional cometidos por devedores não titulares de empresa relativamente à criação de uma situação de insolvência por grave incúria ou imprudência, prodigalidade ou despesas excessivas, ou especulações ruinosas. Note-se, aliás, que a inaplicabilidade de todo o art. 326.º aos devedores não comerciantes se limita a prosseguir a solução que decorria do anterior regime, o qual restringia o círculo dos destinatários da norma que previa os mesmos factos aos devedores comerciantes (742).

Não obstante, a subordinação da punibilidade dos ilícitos-típicos que podem ser cometidos por não comerciantes previstos neste artigo à declaração de falência afigura-se, *de jure condendo*, injustificada. É que a «suspensão» da intervenção penal deve-se à esperança posta na eficácia das providências de recuperação aplicadas à empresa. Sendo assim, nada justifica que a criação dolosa de um estado de insolvência pelo devedor não comerciante não seja punida por não representar um dano para a economia nacional. Todavia, como cremos que a subordinação da punibilidade à declaração de falência não pode ter, neste normativo, outro significado que não o que aqui se propõe, somos obrigados a admitir a impunidade dos não comerciantes que pratiquem os ilícitos-típicos aí previstos. Mas o preenchimento desta lacuna terá de passar pela reconstrução dos crimes falenciais, libertando a punibilidade daqueles devedores da declaração de falência, e não pelo desvirtuamento do sentido que esta condição hoje detém.

6. Por último, a punição diferenciada do art. 327.º, consoante seja (apenas) reconhecida a insolvência ou seja declarada a falência é absolutamente incompreensível. Na verdade, como se disse, a declaração de falência não interfere minimamente com as pretensões dos credores, as quais constituem os únicos interesses tutelados por este crime.

Cremos que a solução adoptada se deve somente a uma reprodução impensada do regime vigente no direito anterior, cuja bondade material se afigurava, já aí, altamente duvidosa. Com efeito, à luz do direito anterior, a distinção das molduras penais aplicáveis só tinha razão de ser por se considerar que os *comerciantes* tinham um *especial dever* de não favorecer credores em detrimento de outros. Daí que, nos trabalhos da Comissão Revisora do ProjCP

(742) Cfr. o art. 326.º do CP antes da redacção introduzida pelo DL n.º 132/93.

Correia, a discussão do preceito em causa se tenha iniciado com «a questão de saber se este artigo se deve aplicar só aos devedores comerciantes ou também aos não comerciantes». Ora, perante a divisão das opiniões manifestadas, o Autor do Projecto propôs uma «solução intermédia e conciliatória» que acabou por ser aceita: «o artigo aplicar-se-á a todos os devedores mas na punição distinguir-se-á conforme sejam ou não comerciantes» (743) — e por isso se fez variar a severidade da punição consoante se produzisse a declaração de insolvência ou a de falência. Pois bem: com a unificação do processo concursual e, sobretudo, com o significado inteiramente diferente que a falência detém no direito concursual e penal vigente, a distinção do art. 327.º mostra-se, repetimos, absolutamente incompreensível, pelo que é altamente desejável a sua rápida eliminação.

(743) Os trechos citados encontram-se nas *Actas PE*, p. 168 s.

CAPÍTULO IV

ALGUMAS REFLEXÕES FINAIS

1. A investigação que agora terminamos não permite a elaboração de um grande número de proposições conclusivas. Mais do que a obtenção de resultados, preocupou-nos a identificação das questões suscitadas pela conjugação dos três tópicos sugeridos: a tutela penal do património através da tipificação de crimes construídos a partir de uma declaração judicial de insolvência. O presente trabalho deve pois ser encarado como uma sementeira de problemas, não como uma colheita de certezas. De todo o modo, supomos poder condensar algumas das ideias que o tratamento do tema fez emergir.

2. Em primeiro lugar, parece inquestionável que os crimes falenciais gozam de um «espaço normativo» próprio dentro da tutela penal do património no momento pré-positivo da valoração da danosidade social. Assim, seria incorrecto construir as incriminações que giram em torno do fenómeno da insolvência *(lato sensu)* referindo-as exclusivamente à protecção de bens supra-individuais. Depois, e seguindo a cadeia metódica do discurso da produção da norma penal, ter-se-á tornado claro que a razão por que se justifica a necessidade da intervenção penal participa do mesmo fundamento sobre que assenta a instituição do processo concursual, qual seja, o perigo que a situação de crise económica do devedor provoca para os interesses patrimoniais dos credores. No plano civil, tal situação de crise legitima o recurso a um processo *sui generis*, que envolve uma série de derrogações às regras gerais das obrigações e do processo comum — nomeadamente, as que derivam do princípio da *par condicio creditorum*; no plano criminal, o mesmo estado crítico serve de ponto de ancoragem à consubstanciação de um perigo para o património dos credores cuja intolerabilidade, aliada ao exaurimento dos meios civis,

impõe a intervenção penal. Deste modo, o bem jurídico património requer uma autónoma protecção contra as condutas que dão corpo aos crimes falenciais e os ilícitos-típicos previstos pelo CP encontram-se efectivamente ordenados à tutela desse bem, ressalvado o incumprimento da obrigação de manter a regularidade da escrituração comercial (art. 326.º, n.º 2).

3. Todavia, a referência ao mesmo fundamento, que encontra a sua raiz profunda numa evolução histórica com um sentido tão límpido quanto persistente, não pode significar, nos dias de hoje, uma confusão de intenções normativas ou, ainda menos, uma configuração da tutela penal como mera adição ao regime imposto pela lei civil. Vale por dizer que a norma penal não deve receber acriticamente as injunções de sentido lançadas pela norma concursual civil, nem seguir ordeiramente os objectivos de política legislativa que aquela se propõe alcançar. Assim, e a título de exemplo, se a declaração de insolvência pudesse ter por pressuposto suficiente, no direito actual, a pura cessação de pagamentos — embora, como vimos, não seja esse o caso —, nem por isso a insolvência penalmente relevante haveria de ser automaticamente entendida como cessação de pagamentos: tornar-se-ia imprescindível mostrar que este facto representa uma ofensa criminalmente relevante — tarefa que estaria, em nosso entender, condenada ao fracasso.

Da mesma forma, não surpreende que a norma penal continue a distinguir, ao arrepio do regime externo do novo ordenamento concursual-civil, o devedor civil e o devedor comerciante, desde que a sua autónoma busca de um sentido válido de regulação conclua pela necessidade de um tratamento diferencial. Ora, a concepção do património, enquanto bem jurídico-penal, como a relação fáctica juridicamente legitimada entre a pessoa e os bens do mundo externo, por um lado, e a ponderação da legitimidade da proibição penal, por outro, depõem a favor dessa diferenciação. A primeira permite-a, pois a personalização do património justifica a especialização da tutela de forma a prevenir modalidades especiais de ofensa; a segunda exige-a, pois não se pode impor o dever de manter a capacidade de cumprir pontualmente toda a espécie de obrigações, assente na possibilidade de aceder sistematicamente ao crédito comercial, ao devedor que, à partida, se encontra excluído desse acesso. Bom seria, sem dúvida, que tal distinção material tornasse a encontrar uma expressão formal mais nítida na formulação dos tipos legais, de maneira a evidenciar com segurança a separação entre crimes insolvenciais e crimes falenciais.

4. Não será necessário salientar a inadequação global do regime dos arts. 325.º, 326.º e 327.º à realidade do comércio moderno. Se, *v. g.*, o furto

é um crime intemporal, o mesmo não pode dizer-se de crimes que gravitam em torno de uma actividade económica co-naturalmente mutável. E, todavia, as modalidades de acção previstas pouco diferem das condutas bancarroteiras punidas pelas Ordenações e pelas codificações jurídico-mercantis do século passado, épocas em que pontificavam ainda as representações culturais do pequeno comércio, protagonizado pelo comerciante em nome individual.

Assim, salvo melhor opinião, parece-nos que a subordinação das acções típicas à intenção de prejudicar os credores e a correlativa distinção entre uma «insolvência dolosa» (herdeira da antiga falência fraudulenta) e uma «insolvência não intencional» (decalcada da antiga falência simples ou culposa) se tornaram verdadeiramente obsoletas. O mesmo se diga da incriminação das «despesas excessivas», da «prodigalidade» e das «especulações ruinosas», que se reconduzem a um probo comando de «viver segundo a própria condição» risivelmente alheio à exasperação do risco comercial inerente à vida dos negócios deste tempo. Bem mais congruente se mostra, a este propósito, a cláusula das «exigências de uma actividade económica regular» acolhida pela lei alemã, pese embora a duplicidade que continua a introduzir num sistema económico devotado à maximização do lucro; duplicidade que, no entanto, se limita a revelar, porventura de forma particularmente clara, a invencível tensão, na esfera da circulação dos bens, entre a reivindicação da máxima disponibilidade patrimonial e a aspiração à maior segurança da riqueza.

Além disso, parece urgente criminalizar as condutas de sonegação e distracção de bens praticadas no contexto de uma situação de crise, à semelhança do que se prevê actualmente no § 283, alínea 1.ª, do StGB, pois também elas são susceptíveis de causar ou agravar o perigo de não ressarcimento integral por parte dos credores.

5. A subordinação da intervenção penal à condição objectiva de punibilidade consubstanciada no reconhecimento judicial da insolvência pode explicar-se por o bem jurídico protegido e a iniciativa processual (civil) reveladora da ofensa digna de pena se encontrarem na disponibilidade dos credores. Do ponto de vista da tutela destes últimos, a restrição da punibilidade não sofre contestação. Por outro lado, se a agravação da pena por força da causação da falência (e da inerente destruição da empresa) cominada pelo art. 325.º, n.º 2, não suscita reservas, já não merece aplauso, ainda na perspectiva da protecção do património, a absoluta impossibilidade de punir os devedores civis que pratiquem as condutas dolosas previstas no art. 326.º

6. Simplesmente, o condicionamento da punibilidade ao reconhecimento judicial da insolvência (art. 325.º) ou à declaração de falência (art. 326.º) suscita, em geral, outro tipo de objecções, não do ponto de vista da tutela dos credores, mas antes — algo paradoxalmente no que à última respeita — do ponto de vista da preservação da capacidade produtiva da economia nacional e da manutenção dos postos de trabalho. Com efeito, se estas razões aconselham a paralisação da intervenção penal, não é menos verdade que frequentemente se põe fim a uma empresa, com ou sem prejuízo dos credores, através de meios outros que não o processo concursual. Assim, a necessidade de uma declaração judicial para o desencadeamento da punibilidade deixa impunes os crimes falenciais praticados por um devedor contra o qual não foi instaurado, por razões várias (*v. g.*, satisfação oculta dos credores, inexistência ou manifesta insuficiência de bens, etc.), um processo de falência, e que todavia provocaram a destruição de uma empresa.

7. O paradoxo que assim se desvela participa da ambiguidade que o tratamento jurídico do fenómeno da insolvência *(lato sensu)* conhece no direito privado. Também aí o regime vigente assenta em duas intenções de índole muito diversa e, mesmo, conflituante: de uma parte, a garantia dos interesses e dos direitos dos credores; de outra parte, a manutenção da capacidade produtiva nacional e dos postos de trabalho, através da preservação das empresas viáveis.

O problema de saber se a melhor harmonização possível de tais propósitos no seio do processo concursual se consegue com a regulamentação instituída pelo CFal exorbita do âmbito deste estudo. Todavia, no que toca o direito penal, parece imprescindível «levar a sério», para utilizar a expressão de Däubler, o dano social (em sentido estrito) que o aniquilamento das empresas provoca. Admitida a erecção daqueles bens supra-individuais em bens jurídico-penais, impõe-se a reflexão sobre a criminalização das condutas que os ofendem, abandonando de vez o pré-conceito segundo o qual a abstenção de intervir penalmente no funcionamento da economia é preferível, em termos de custos e ganhos sociais, a um pretensamente insuportável estrangulamento da livre iniciativa privada. A criminalização de condutas ofensivas da economia nacional e da manutenção do emprego relacionadas com a insolvência *(lato sensu)* deve efectuar-se, em nosso entender, através de preceitos especificamente talhados para o efeito. Na verdade, as incriminações previstas pelo direito vigente foram desenhadas, há vários séculos, com o exclusivo intuito de proteger os interesses dos credores, pelo que a sua funcionalidade pontual no âmbito da protecção de novos bens constituirá apenas um feliz acaso.

A complexidade da matéria exige uma cuidadosa construção da tutela, a qual, evidentemente, não pode aqui esboçar-se com um mínimo de rigor. Afigura-se lícito, todavia, sugerir alguns tópicos problemáticos, que não têm que concorrer em todas as previsões legais, mas que são aptos a ditar, aqui e ali, soluções particulares. Assim, será conveniente ponderar:

— a desvinculação dos ilícitos-típicos de uma ofensa ao bem jurídico «património»;

— os fenómenos de sub-capitalização e descapitalização das empresas (na esteira do que se previa no § 192 do AE-77 *[Konkursträchtiges Verhalten]*);

— as manobras por que fraudulentamente se consegue tornear, recorrendo ao processo concursual, as normas imperativas do regime juslaboral do despedimento;

— a dimensão do dano;

— a responsabilização penal das pessoas colectivas;

— a independência da punibilidade relativamente a uma declaração judicial civil que se encontra na disponibilidade dos credores.

ANEXO

Dada a dispersão do direito penal falencial por múltiplos e sucessivos diplomas, coligem-se neste *Anexo*, por razões de maior facilidade de acesso, as normas que constituem os marcos históricos mais significativos da regulamentação da matéria em Portugal.

1) Ordenações Filipinas

Livro V, Título 66: Dos Mercadores, que quebram: E dos que se levantam com fazenda alheia.

Por quanto alguns Mercadores quebram de seus tratos, levantando-se com mercadorias, que lhes foram fiadas, ou dinheiro que tomaram a câmbio, e se ausentam, e escondem suas fazendas, de maneira que delas se não pode ter notícia, e outros põem seus créditos em cabeça alheia, e para alegarem perdas, fazem carregamentos fingidos: Querendo Nós prover, como os tais enganos e roubos, e outros semelhantes se não façam, ordenamos e mandamos que os Mercadores e Cambiadores, ou seus Feitores, que se levantarem com mercadorias alheias, ou dinheiro, que tomarem a câmbio, ausentando-se do lugar, onde forem moradores, e esconderem seus livros de razão, levando consigo o dinheiro, que tiverem, ou passando-o por letras a outras partes, e esconderem a dita fazenda em parte de que se não saiba, assim neste Reino, como fora dele, ou por qualquer outro modo a encobrirem, sejam tidos por públicos ladrões, roubadores e castigados com as mesmas penas com que por nossas Ordenações e Direito Civil os ladrões públicos se castigam, e percam a nobreza e liberdades, que tiverem, para não haverem pena vil.

1. E quando por falta de prova, ou por outro algum respeito jurídico, nos sobreditos se não puder executar a pena ordinária, serão condenados em degredo para galés e outras partes, segundo o engano, ou malícia, em que forem compreendidos; e não poderão mais em sua vida exercer o Ofício de Mercador, para o qual os tomamos por inabilitados. E exercendo-o, incorrerão nas penas, que por nossas Ordenações incorrem os que exercem Ofícios públicos, sem para isso terem nossa licença. E nas mesmas penas incorrerão seus feitores, que os ditos delitos cometerem.

2. E bem assim não poderão fazer cessão de bens, nem gozar de perdão, ou prazo, que os credores lhe derem, posto que por escritura pública lha concedam, por quanto as entendemos por nulas, sem embargo de quaisquer cláusulas e condições, que nelas forem postas. E poderão os credores fazer execução inteiramente, por o que lhes deverem em suas pessoas e fazenda, que lhes for achada, ou depois por qualquer título adquirirem.

3. Item, vindo à notícia dos Oficiais de Justiça, que alguns bens dos ditos levantados estão em algumas Igrejas, Mosteiros, lugares pios, Fortalezas, navios, ou em casas de pessoas poderosas, de qualquer qualidade e condição que sejam, os tirarão delas, sem lhes ser posto dúvida ou embargo algum. E farão delas inventário, e depositarão para pagamento dos credores.

4. E as pessoas, que em seu poder tiverem dívidas, conhecimentos, escrituras, ou outra qualquer fazenda, que pertença aos ditos levantados, não lhas entregarão, posto que em depósito, ou guarda as tenham recebido, nem lhe pagarão dívidas: mas sabendo por qualquer via, que algum Mercador se levantou, comunicá-lo-ão dentro de quinze dias aos Oficiais de Justiça, a que o conhecimento do caso pertencer. E provando-se, que lhe entregaram alguma coisa, ou pagaram dívida, depois de serem levantados, ou quebrados, a pagarão outra vez. E os encobridores perderão outra tanta fazenda para os credores, quanta foi a que encobriram.

5. E mandamos, que pessoa alguma, de qualquer condição que seja, não receba, nem recolha em suas casas, Fortalezas, Naus, pessoa alguma, que se levantar ou quebrar de seu crédito, nem fazenda sua: antes os entreguem às Justiças, quando para isso forem requeridos. E não os entregando, serão obrigados a pagar de suas fazendas aos credores tudo o que o dito levantado lhes dever, e haverão as mais penas crimes, que por nossas Ordenações são postas aos que recolhem ladrões e malfeitores.

6. E os que derem conselho, ajuda e favor para os ditos Mercadores quebrarem, ou lhes ajudarem a encobrir, ou a salvar as suas pessoas e fazendas, pagarão as dívidas, que eles deverem aos credores, e serão castigados, como participantes no mesmo levantamento, conforme a culpa, que contra eles se provar.

7. E as pessoas, que por sua culpa perderem a sua fazenda, jogando, ou gastando demasiadamente, incorrerão nas sobreditas penas, excepto que não serão conhecidos por públicos ladrões, nem serão condenados em pena de morte natural: mas em penas de degredo, segundo a qualidade da culpa, em que forem compreendidos, e quantidade das dívidas, com que quebrarem, e se levantarem.

8. E os que caírem em pobreza sem culpa sua, por receberem grandes perdas no mar, ou na terra em seus tratos e comércios lícitos, não constando de algum dolo e malícia, não incorrerão em pena alguma crime. E neste caso serão os autos remetidos ao Prior e Cônsules do Consulado, que os procurarão concertar e compor com seus credores, conforme a seu Regimento.

9. E mandamos aos julgadores, a que o conhecimento pertencer, que tanto que à sua notícia vier, que algum Mercador se levantou, vão logo a sua casa, e façam auto e inventário do que nela acharem, e lhe tomem o livro da razão, e se informem de seus credores, da quantia do dinheiro, ou fazenda, com que se levantou, e do tempo, em que lhe foi dada; e tirem devassa de modo, que se saiba a verdade, e a causa, que teve para quebrar, e procurem de prender os culpados, e procedam contra eles, como for justiça. E sendo ausentes, procederão por éditos na forma de nossas Ordenações.

10. Qualquer pessoa, posto que Mercador não seja, nem seu feitor, que se alevantar com dinheiro, ou dívida, ou qualquer fazenda alheia, ou se puser onde a parte não possa dele haver direito (se a dívida, com que se alevantar, for de cem cruzados, e daí para cima), morra de morte natural. E sendo de cem cruzados para baixo, não descendo de cinquenta cruzados, seja degradado por oito anos para o Brasil. E sendo de cinquenta cruzados para baixo, será degradado por o tempo, e para onde aos julgadores bem parecer. As penas assim da morte, como as outras, haverão lugar, posto que tais dívidas, com que se alevantaram, pudessem fazer cessão.

2) Código Comercial de 1833

1146. Diz-se quebra casual o estado d'insolvência d'um comerciante proveniente de caso fortuito, ou força maior.

1147. Reputam-se falidos com culpa, os que se acharem em algum dos seguintes casos:

— 1.º quando havendo atenção a sua qualidade e família os gastos do quebrado se mostrarem excessivos e sem relação com o seu cabedal;

— 2.º apresentando grandes perdas em jogos;

— 3.º provindo as perdas de especulações de aposta, e agiotagem;

— 4.º se estiver devendo preços de vendas a crédito, cujos objectos vendesse com perda ou por menos do preço corrente nos seis meses prévios à quebra;

— 5.º achando-se que desde o seu último balanço à quebra houve época em que estivesse devendo por obrigações directas o dobro do seu cabedal líquido resultante desse balanço.

1148. São igualmente reputados em quebra culposa, salva sua defesa:

— 1º os que não tiverem a sua escrituração e correspondência mercantil nos termos regulados pela lei;

— 2º os que se não apresentarem falidos em tempo e na forma da lei;

— 3º os que se ausentarem ou ocultarem, ou não comparecerem na apresentação e termos de residência marcados pela lei.

1149. É fraudulenta a quebra, em que se verificar alguma das seguintes circunstâncias:

— 1.º se se descobrir despesas ou perdas fictícias, ou não se justificar o emprego de todas as receitas;

— 2.º se se ocultar no balanço qualquer soma de dinheiro, dívida, mercadoria, géneros, ou quaisquer bens móveis;

— 3.º se se achar que fizera vendas, negociações, ou doações fingidas;

— 4.º que contraíra dívidas fictícias, escrituras simuladas, ou se constituíra devedor sem causa, ou valor, quer por escritura pública, quer particular;

— 5.º se sendo mandatário ou depositário aplicou em proveito próprio, e em prejuízo do mandato ou depósito os fundos ou valor dos objectos destes contratos;

— 6.º se comprou bens de raiz ou efeitos móveis em nome de terceira pessoa;

— 7.º se ocultar os livros comerciais, ou não os tiver, ou os apresentar truncados ou falsificados.

1150. [enumeração dos cúmplices da quebra fraudulenta]

1151. Os falidos culposos, e os fraudulentos serão punidos conforme a direito pelos respectivos juízos criminais. A sentença do tribunal de comércio remetida por seu presidente *ex officio* servirá de base e corpo de delito à acusação pela justiça, e nela se seguirá o processo marcado na lei.

1153. O comerciante que se alevantar com fazenda alheia será processado sem privilégio algum, e nos termos ordinários, pelo juízo criminal competente [...].

3) Código Penal de 1852

Capítulo II. Das quebras, burlas e outras defraudações

Art. 447.º: Aqueles que, nos casos previstos pelo Código Comercial, forem julgados ter cometido o crime de quebra fraudulenta, serão punidos com o degredo por toda a vida.

Se a quebra for julgada culposa, a pena será a de prisão correccional.

§ único. A mesma pena será aplicada aos cúmplices.

Art. 448.º: [quebra dos corretores]

Art. 449.º: Todo o devedor não comerciante que se constituir em insolvência, ocultando ou alheando maliciosamente os seus bens, será punido com prisão de três meses a três anos.

4) Código Comercial de 1888

Art. 736.º: A quebra é casual, quando o falido, tendo procedido na gerência do seu comércio com honrada solicitude, foi forçado a cessar pagamentos por causa independente da sua vontade.

Art. 737.º: A quebra é culposa quando proveniente de manifesta incúria, desleixo ou prodigalidade do falido, ou quando este haja deixado de cumprir os preceitos ou as formalidades que a lei impõe para a inteira regularidade da escrituração e das transacções comerciais.

§ único. A presunção de culpa, resultante da falta de apresentação voluntária no tribunal no decêndio posterior à cessação dos pagamentos ou ao reconhecimento da insolvabilidade, só pode ser ilidida por prova inequívoca de legítimo e ininterrompido impedimento claramente alegado e concludentemente demonstrado.

Art. 738.º: A quebra é fraudulenta, sempre que o falido, conhecendo a insuficiência do seu activo para solução de suas responsabilidades, pagar a quaisquer credores ou lhes facultar meios de obterem preferência sobre outros.

§ único. É sempre elemento constitutivo de fraude na quebra, e não de mera culpa, a celebração de qualquer acto ou contrato simulado ou feito em prejuízo de terceiro, ou criminoso por algum outro motivo, como são, por exemplo, o levantamento de capitais por letras ditas de favor, a compra para revenda imediata com prejuízo antes de pago o preço, e outras abusivas práticas contrárias à boa-fé própria e indispensável ao comércio.

Art. 741.º: A sentença da classificação da falência aplicará ao falido as penas que couberem ao caso, segundo o Código Penal e mais leis vigentes, sendo executória como criminal, que igualmente fica sendo [...].

5) Código de Falências de 1899 (*)

Art. 142.º: A falência é casual, quando o falido, tendo procedido na gerência do seu comércio com honrada solicitude, foi forçado a cessar pagamentos por causa independente da sua vontade.

Art. 143.º: A falência é culposa quando proveniente de incúria, imprudência ou prodigalidade manifestas do falido; quando este tenha consumido grande parte do seu património em jogo de azar; e quando o falido tenha deixado de cumprir os preceitos ou formalidades que a lei impõe para regularidade da escrituração e das transacções comerciais, salvo se a exiguidade do comércio e a falta de habilitações literárias rudimentares do falido o relevarem do não cumprimento daqueles preceitos.

§ 1.º O banqueiro que cessa pagamentos presume-se em falência culposa, salvo defesa legítima.

§ 2.º A presunção de culpa resultante da falta de apresentação voluntária ao tribunal no decêndio a que se refere o o artigo 6.º, só pode ser ilidida provando-se legítimo impedimento.

Art. 117.º: O concordado, que cair em falência antes de pagar aos credores as respectivas percentagens, justificará a regular aplicação dada aos valores constantes do balanço apresentado com a concordata, sob pena de a falência ser declarada fraudulenta.

Art. 144.º: A falência é fraudulenta, além do caso do artigo 117.º, quando o falido, conhecendo a insuficiência do seu activo para a solução das suas responsabilidades, pague a quaisquer credores ou lhes faculte meios de obterem vantagem sobre os outros; quando haja descrição de créditos fictícios ou omissão dolosa do activo nos seus balanços; quando, com o fim de evitar ou retardar a falência, tenha feito compra de mercadorias a crédito com intenção de revendê-las, antes de as ter pago, por preço inferior ao corrente, se tal revenda se efectuou; e, em geral, quando se celebrem actos ou contratos simulados, fal-

(*) As disposições do CFal de 1899 que a seguir se transcrevem foram reproduzidas, no essencial, pelo CPCom de 1905, CFal de 1935, CPCiv de 1939 e CPCiv de 1961.

samente datados, ou por qualquer outra forma praticados de má fé pelo falido em prejuízo dos credores.

§ único. A insolvência dos correctores presumir-se-á sempre fraudulenta.

6) D. n.º 21 758, de 22-10-1932

Art. 20.º: A insolvência será casual quando devida a causas estranhas à vontade do insolvente e fraudulenta quando houver sido motivada por jogo de fortuna e azar, por manifesta prodigalidade, ou quando se verifiquem actos simulados, falsamente datados, ou de qualquer forma praticados de má fé em prejuízo dos credores.

§ único: A insolvência fraudulenta será punida com a pena cominada no artigo 449.º do Código Penal.

7) Código de Processo Civil de 1939

Art. 1357.º: À insolvência são aplicáveis as disposições das sub-secções anteriores, na parte não relacionada com o exercício da profissão de comerciante, salvo o que vai prescrito nos artigos seguintes.

Art. 1367.º: A insolvência fraudulenta será punida com prisão de um a dois anos.

8) Código Penal de 1982

Art. 324.º *(Frustração de créditos)*

1. O devedor sujeito a uma execução já instaurada que destruir, danificar ou fizer desaparecer parte do seu património, para dessa forma intencionalmente frustrar, total ou parcialmente, a satisfação de um crédito de outrem, será punido, se sua insolvência vier a ser declarada, com prisão até 1 ano.

2. O terceiro que praticar o facto com o conhecimento ou a favor do devedor, se este vier a ser declarado insolvente, será punido com prisão até 6 meses e multa até 90 dias.

Art. 325.º *(Falência dolosa)*

1. O devedor comerciante que com a intenção de prejudicar os seus credores:

a) Destruir, danificar, inutilizar ou fizer desaparecer parte do seu património;

b) Diminuir ficticiamente o seu activo, dissimulando objectos, invocando dívidas supostas, reconhecendo créditos fictícios, incitando terceiros a apresentá-los ou simulando, por qualquer outra forma, uma situação patrimonial inferior à realidade, particularmente por meio de contabilidade inexacta ou de falso balanço;

c) Para reterdar a falência, comprar mercadorias a crédito, com o fim de as vender ou utilizar em pagamento por preço sensivelmente inferior ao corrente, será punido, se vier a ser declarado em estado de falência, com prisão até 5 anos.

2. A mesma pena será aplicada ao concordado que não justificar a regular aplicação dada aos valores do activo existentes à data da concordata.

3. Qualquer terceiro que, com conhecimento do devedor ou em seu benefício, praticar os factos referidos no n.º 1 deste artigo, se o estado de falência vier a ser declarado, será punido com prisão até 2 anos.

Art. 326.º *(Falência por negligência)*

1. O devedor comerciante que, por grave incúria ou imprudência, prodigalidade ou despesas manifestamente exageradas, especulações ruinosas, ou grave negligência de exercício da profissão, criar um estado de falência, se esta vier efectivamente a ser declarada, será punido com prisão até 1 ano e multa até 100 dias.

2. Aos factos indicados no número anterior é equiparado o caso do devedor que vier a ser declarado falido, quando tenha deixado de cumprir as disposições que a lei estabelece para a regularidade da escrituração e das transacções comerciais, salvo se a exiguidade do comércio e as rudimentares habilitações literárias do falido o relevarem do não cumprimento dessas disposições.

3. O procedimento criminal depende de queixa, que deve ser exercida dentro de 3 meses a partir da declaração de falência.

4. O direito de queixa não poderá ser exercido pelo credor que tiver induzido o falido a contrair levianamente dívidas, a fazer despesas exageradas, a dedicar-se a especulações ruinosas ou que o tiver explorado usurariamente.

Art. 327.º *(Favorecimento de credores)*

O devedor que, conhecendo a sua situação de insolvência e com a intenção de favorecer certos credores em prejuízo de outros, solver dívidas ainda não vencidas ou as solver de maneira diferente do pagamento em dinheiro ou valores usuais, ou der garantias para as suas dívidas a que não era obrigado, será punido com prisão até 2 anos ou até 1 ano, conforme venha a ser declarado em estado de falência ou de insolvência.

BIBLIOGRAFIA

Indicam-se apenas as obras citadas no decurso do trabalho. Nas notas de fundo de página só se alude (abreviadamente) ao título da obra caso se tenha utilizado mais do que uma obra do respectivo autor.

As citações de comentários a diplomas legais indicam, sempre que possível, a norma em questão seguida do número da anotação entre parêntesis rectos (ex: 8.º [II]).

ACTAS das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal. Parte Geral, vols. I e II, Lisboa, s/d (cit.: *Actas PG*).

ACTAS das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal. Parte Especial, Lisboa, 1979 (cit.: *Actas PE*).

ALBERTI, Alberto Maffei, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Pádua, 1981.

ALBUQUERQUE, Pedro de, «Falência por cessação de pagamentos», in *Estudos de Direito Comercial*, I (Das Falências), Coimbra, 1989, p. 181 ss.

ALBUQUERQUE, Ruy de/BELEZA, Maria dos Prazeres, «Considerações sobre a conversão da execução em falência», in *Estudos de Direito Comercial*, I (Das Falências), Coimbra, 1989, p. 69 ss.

ALEGRE, Carlos, «Crimes contra o património», in *Cadernos da Revista do Ministério Público*, 3, Lisboa, 1988.

D'ALESSANDRO, Floriano, «Interesse publico alla conservazione dell'impresa e diritti privati sul patrimonio dell'imprenditore», *GComm*, 11 (1984), p. 53 ss.

ALIMENA, Francesco, «La dichiarazione di fallimento come condizione di punibilità nei reati di bancarotta», *RIDP*, 11 (1939), p. 47 ss.

ALLIOT, Renée, «La faillite personnelle. Tentative de bilan après 12 ans d'application», *RTDCDEc*, 34 (1981), p. 201 ss.

ALTERNATIV-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil: Straftaten gegen die Wirtschaft (vorg. v. Ernst-Joachim Lampe, Theodor Lenckner, Walter Stree, Klaus Tiedemann, Ulrich Weber), Tubinga, 1977 (cit.: *AE-77*).

AMATO, Astolfo di, «Disposizioni penali in materia di fallimento e di altre procedure concorsuali», *GComm*, 11 (1984), p. 448 ss.

ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 1987.

ANDRADE, Manuel de, *Teoria Geral da Relação Jurídica* (reimp.), I e II, Coimbra, 1964
ANDRADE, Manuel da Costa, «A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei n.º 26/84, de 20 de Janeiro) à luz do conceito de 'bem jurídico'», in *Direito Penal Económico*, Lisboa, 1985, p. 27 ss. (cit.: *DP Económico*).
——, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra, 1991
——, «A 'dignidade penal' e a 'carência de tutela penal' como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime», *RPCC*, 2 (1992), p. 173 ss.
ARANTES, Tito Castelo Branco, «A declaração de falência sem audiência prévia do falido», *GzRL*, 39 (1925), p. 209 ss.
ARZT, Günther/WEBER, Ulrich, *Strafrecht. Besonderer Teil. LH 3: Vermögensdelikte (Kernbereich)*², Bielefeld: 1986 (cit.: *LH*, 3).
——, *Strafrecht. Besonderer Teil. LH*, 4, *Wirtschaftsstraftaten, Vermögensdelikte (Randbereich), Fälschungsdelikte*², Bielefeld: 1989 (cit.: *LH*, 4).
ASCENSÃO, José de Oliveira, «Acção executiva e pressupostos da falência», in *Estudos de Direito Comercial*, I (Das Falências), Coimbra, 1989, p. 43 ss. (cit.: *Estudos*).
——, «O estabelecimento de responsabilidade limitada ou o falido rico», in *Estruturas Jurídicas da Empresa*, Lisboa, 1989, p. 13 ss.
AULETTA, Giuseppe/SALANITRO, Niccolò, *Diritto commerciale*³, Milão, 1984
BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, «El contenido del injusto en el delito de quiebra. Observaciones sobre una reciente corriente jurisprudencial», *AnuDP*, 26 (1973), p. 532 ss.
——, «A reforma dos delitos patrimoniais e económicos», *RPCC*, 3 (1993), p. 499 ss.
BAJO FERNÁNDEZ, M./PÉREZ MANZANO, M./SUAREZ GONZALEZ, C., *Manual de Derecho Penal (Parte Especial. Delitos patrimoniales y economicos)*, Madrid, 1993
BELEZA, José Manuel Merêa Pizarro, «Notas sobre o direito penal especial das sociedades comerciais», *RDE*, 3 (1977), p. 267 ss.
BELEZA, Tereza Pizarro, «A estrutura da autoria nos crimes de violação de dever — titularidade *versus* domínio do facto?», *RPCC*, 2 (1992), p. 337 ss.
BENFER, Jost, *Besonderes Strafrecht*, I², Colónia, etc., 1986.
BINDING, Karl, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, I², Leipzig, 1902.
——, *Die Normen und ihre Übertretung*, I⁴, Leipzig, 1922.
BÖHLE-STAMSCHRÄDER, Aloys, *Konkursordnung*¹¹, Munique, 1974.
——, *Konkursordnung*¹², Munique, 1976.
BRUNS, Hans-Jürgen, «Gilt die Strafrechtsordnung auch für und gegen Verbrecher untereinander?», in *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag*, Munique e Berlim, 1954, p. 335 ss.
CABRAL, Rita Amaral, «Pressupostos materiais da falência (anot. ao AcSTJ, de 7-01-1986)», in *Estudos de Direito Comercial*, I (Das Falências), Coimbra, 1989, p. 141 ss.
CAEIRO, António, «A parte geral do Código das Sociedades Comerciais», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró* (n.º esp. do *BFD*), I, Coimbra, 1986, p. 621 ss.
CAEIRO, Pedro, «Colóquio Internacional de Direito Penal — breve crónica», *RPCC*, 1 (1991), p. 629 ss.
CAEIRO JR., António Miguel, «Algumas considerações sobre o objecto jurídico no crime de furto», *BMJ*, 18 (1950), p. 5 ss.
CANOTILHO, José J. Gomes, *Direito Constitucional*², Coimbra, 1991.

CANOTILHO, José J. Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*³, Coimbra, 1993.
CARLOS, Adelino da Palma, *Declaração de Falência por Apresentação do Comerciante*, Lisboa, 1935.
CARVALHO, Orlando de, «Para uma teoria humana da propriedade: do problema do ser ao problema do ter», in *Estudos. Revista mensal do CADC*, p. 315 ss. (cit.: *Estudos*).
——, *Critério e Estrutura do Estabelecimento Comercial*, Coimbra, 1967.
——, «A teoria geral da relação jurídica — seu sentido e limites», *RDES*, 16 (1969), p. 55 ss. e 249 ss.
——, *Direito das Coisas* (fascículos), Coimbra, 1977.
——, *Direitos Reais* (policop.), s/d.
——, *Teoria Geral do Direito Civil* (fascículos), Coimbra, 1981.
——, *Nótulas de Direito das Empresas* (policop.), Coimbra, s/d.
——, *Direito Comercial (de acordo com as lições ao IV ano jurídico de 1992-93)*, (fascículos), Coimbra, 1993 (cit.: *DCom*).
CLOQUET, André, «Les réformes souhaitables en droit belge», in *Idées Nouvelles dans le Droit de la Faillite (Travaux de la quatrième Journée d'Etudes Juridiques Jean Dabin)*, Bruxelas, 1969.
CÓDIGO Penal. Actas e Projecto da Comissão de Revisão, Lisboa, 1993 (cit.: *Actas Proj91*).
COGLIOLO, Pietro, «L'insolvenza fraudolenta», *DirComm*, 24 (n. s.) (1932), p. 32 s.
CONTI, Luigi, *Diritto penale commerciale*, II, Turim, 1965 (cit.: *DP Com*, II).
——, «Gli elementi costitutivi del reato di bancarotta fraudolenta», *RIDP*, 5 (n. s.) (1952), p. 452 ss.
CORDEIRO, António Menezes, «Da conversão da execução em falência», in *Estudos de Direito Comercial*, I (Das Falências), Coimbra 1989, p. 105 ss.
CORREIA, António Ferrer, *Reivindicação do estabelecimento comercial como unidade jurídica* (2.ª reimp.), Coimbra, 1962.
——, *Lições de Direito Comercial*, (com a colaboração de Manuel H. Mesquita e António A. Caeiro) (fascículos), Coimbra, 1973.
CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal* (com a colaboração de J. Figueiredo Dias), I, Coimbra, 1963; II, Coimbra, 1965 (cit.: *DC*, I e *DC*, II).
——, «Introdução ao direito penal económico», *RDE*, 3 (1977) (com a colaboração de J. Faria Costa), p. 3 ss.
——, «Notas críticas à penalização de actividades económicas», in *Direito Penal Económico*, Lisboa, 1985, p. 11 ss. (cit.: *DP Económico*).
CORREIA, Fernando Alves, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, Coimbra, 1990.
COSTA, António Manuel de Almeida, «Sobre o crime de corrupção», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia* (n.º esp. do *BFD*), I, Coimbra, 1984, p. 56 ss.
COSTA, Ary Elias da, *Das Falências — seu estado e seu processo*, Porto, s/d.
COSTA, José de Faria, «O direito penal económico e as causas implícitas de exclusão da ilicitude», in *Direito Penal Económico*, Lisboa, 1985, p. 45 ss. (cit.: *DP Económico*).
——, *Crimes contra o Património* (sumários), policop.
——, *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra, 1992.
——, «A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos», *RPCC*, 2 (1992), p. 537 ss.

CRAMER, Peter, in: SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst, *Strafgesetzbuch Kommentar*[22], Munique: 1985 (cit.: S./S./CRAMER).

DÄUBLER, Wolfgang, «Sinn und Unsinn der Insolvenzdelikte — zugleich ein Beitrag zur Reform des Vermögensstrafrechts», in *Studien zum Wirtschaftsstrafrecht* (hersg. v. J. Baumann u. G. Dähn), Tubinga, 1972.

DELITALA, Giacomo, «L'oggetto della tutela nel reato di bancarotta», *RP*, 61 (1935) (Studi in onore di Silvio Longhi), p. 279 ss.

DELMAS, Mireille, «Le non-paiement des dettes civiles et la cessation de paiements», *RTDC*, 23 (1970), p. 641 ss.

DELMAS-MARTY, Mireille, *Droit Pénal des Affaires*, Paris, 1970.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*, Coimbra, 1969.

——, *Crime preterintencional, causalidade adequada e questão-de-facto*, (separata da *RDES*, 17 [1970]), Coimbra, 1970.

——, *Direito Penal. Sumários das Lições à 2.ª turma do 2.º ano da Faculdade de Direito* (fascículos) (cit.: *DP 1975*).

——, *Direito Penal* (policop.). *Sumários e notas das Lições ao 1.º ano do Curso Complementar de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito de 1975-76*, Coimbra, 1976 (cit.: *DP 1976*).

——, *Liberdade — Culpa — Direito penal* [2], Coimbra, 1983

——, «Pressupostos da punição e causas que excluem a ilicitude e a culpa», in *Jornadas de Direito Criminal. O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, Lisboa, 1983.

——, «Os novos rumos da política criminal», *ROA*, 43 (1983), p. 5 ss.

——, «Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal económico», in *Direito Penal Económico*, Lisboa, 1985, p. 27 ss. (cit.: *DP Económico*).

——, «Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português», *RLJ*, 116-117 (1983-4/1984-5), p. 263 ss.

——, «Sobre o estado actual da doutrina do crime», *RPCC*, 2 (1992), p. 7 ss.

——, *Direito Penal Português. Parte Geral II: As Consequências Jurídicas do Crime*, Lisboa, 1993 (cit.: *DPP*).

——, «O Código Penal Português de 1982 e a sua reforma», *RPCC*, 3 (1993), p. 161 ss.

DIAS, Jorge de Figueiredo/ANDRADE, Manuel da Costa, *Problemática Geral das Infracções contra a Economia Nacional*, (separata do *BMJ*, 262 [1977]), Lisboa, 1977.

DREHER, Eduard, «Zur Problematik des § 283b Abs. 2 StGB», *MDR*, 32 (1978), p. 724 s.

DREHER, Eduard/TRÖNDLE, Herbert, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*[41], Munique, 1983.

ENTWURF eines Strafgesetzbuches mit Begründung, Bona, 1960 (cit.: E-60).

ESER, Albin, *Strafrecht*, IV. *Schwerpunkt: Vermögensdelikte*[4], Munique, 1983.

——, in: SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst, *Strafgesetzbuch Kommentar*[22], Munique, 1985 (cit.: S./S./ESER).

D'ESPINOSA, Luigi Bianchi, «Bilancio della legge fallimentare», in *Esecuzione individuale e fallimento. — Bilancio della legge fallimentare*, Milão, 1961, p. 139 ss.

IL FALLIMENTO: un istituto da salvare?, Roma, 1980.

FARINHA, João de Deus Pinheiro, «Instrução preparatória nos processos de falência», *RDES*, 10 (1959), p. 16 ss.

FERNANDES, Francisco J., *Declaração da Falência e seus Efeitos*, Coimbra, 1897.

FERNANDES, Luís A. Carvalho/LABAREDA, João, *Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência Anotado*, Lisboa, 1994.

FERRI, Giovan Battista, «La bancarotta colposa nella concezione di Silvio Longhi», *RP*, 61 (1935) (Studi in onore di Silvio Longhi), p. 209 ss.

FIANDACA, Giovanni/MUSCO, Enzo, *Diritto penale. Parte Speciale*, vol. II, t. 2 — *Delitti contro il patrimonio*, Bolonha, 1992.

FINGER, August, «Thatbestandsmerkmale und Bedingungen der Strafbarkeit», *GA* (1903), p. 32 ss.

FORNASARI, Gabriele, «I criteri di imputazione soggettiva del delitto di bancarotta semplice», *GComm*, 15 (1988), p. 650 ss.

FOSCHINI, Gaetano, «(Anot. Cass., de 4-03-1952)», *RIDP*, 5 (n. s.) (1952), p. 706 ss.

FRANCO, António L. Sousa/MARTINS, Guilherme d'Oliveira, *A Constituição Económica Portuguesa. Ensaio Interpretativo*, Coimbra, 1993.

FURTADO, Jorge Pinto, «Perspectivas e tendências do moderno direito da falência», *RB*, 11 (1989), p. 19 ss.

——, «Âmbito subjectivo da falência e índices de revelação do estado de falência», *RB*, 13 (1990), p. 63 ss.

GONÇALVES, Manuel Maia, *Código Penal Português Anotado e Comentado e Legislação Complementar*[4], Coimbra, 1988.

GRAMMATICA, Filippo, «Il delitto di bancarotta (fallimento doloso o colposo)», *DirComm*, 23 (n. s.) (1931), p. 57 ss.

HAEHL, Jean-Philippe, «La liquidation judiciaire», *RTDC*, 41 (1988), p. 700 ss.

HEINZ, Wolfgang, «Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität mit strafrechtlichen Mitteln — unter besonderer Berücksichtigung des 1. WiKG», *GA* (1977), p. 192 ss.

HILTENKAMP-WISGALLE, Ursula, *Die Bankrottdelikte*, Bochum, 1987.

HÖRSTER, Heinrich Ewald, *A Parte Geral do Código Civil Português*, Coimbra, 1992.

HOFFMANN, Günther, «Berücksichtigung von Rückstellungen bei Prüfung der Überschuldung im Sinne des Bankrottstrafrechts», *MDR*, 33 (1979), p. 93 ss.

——. «Zahlungsunfähigkeit und Zahlungseinstellung», *MDR*, 33 (1979), p. 713 ss.

HOUIN, Roger, «La réforme de la faillite et de la liquidation judiciaire», *RTDC*, 8 (1955), p. 481 ss.

——, «Innovations de la loi française en matière de faillite et de procédures collectives», in *Idées Nouvelles dans le Droit de la Faillite (Travaux de la quatrième Journée d'Etudes Juridiques Jean Dabin)*, Bruxelas, 1969.

HUERTA TOCILDO, Susana, «Los delitos patrimoniales en el proyecto de C. P. de 1980», *CPolCrim*, 15 (1981), p. 473 ss.

JAEGER, Pier Giusto, «'Par condicio creditorum'», *GComm*, 11 (1984), p. 88 ss.

JOÃO XXIII, «Mater et Magistra», in *A Igreja no Mundo*, Lisboa, s/d.

JORDÃO, Levy Maria, *Comentário ao Código Penal Português*, III-IV, Lisboa, 1853-4.

——, *Relatório do Projecto de Código Penal*, Lisboa, 1864.

KOHLRAUSCH, Eduard/LANGE, Richard, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen*[42], Berlim, 1959.

LACKNER, Karl, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*[18], Munique, 1989.
LAURO, Attilio di, *Interpretazione evolutiva della legge fallimentare*, Nápoles, 1966.
LAVORI preparatori del codice penale e del codice di procedura penale, V, Roma, 1929.
LEAL, Artur Pavão da Silva, *Das Falências e Concordatas*, I, Lisboa, 1936; II, Lisboa, 1937.
LEAL-HENRIQUES, Manuel de Oliveira/SANTOS, Manuel J. C. Simas, *O Código Penal de 1982*, IV, Lisboa, 1987.
LONGHI, Silvio, «Estensione del fallimento ai non commercianti», *ScPos*, 7 (1897), p. 1 ss.
——, *La bancarotta*, Milão, 1898.
——, *Bancarotta ed altri reati in materia commerciale*, (obra extraída da *Enciclopedia di Diritto Penale* [vol. XIV]), Milão, 1913.
MACEDO, Pedro de Sousa, *Manual de Direito das Falências*, I, Coimbra, 1964; II, Coimbra, 1968.
MAGALHÃES, José M. Barbosa de, *Código de Falências Anotado*, Lisboa, 1901.
——, *Código de Processo Comercial anotado*[3], vols. I, II e III, Lisboa, 1912.
MAGALHÃES, José M. Vilhena Barbosa de, «Algumas Considerações sobre o novo Código de Falências», *GzRL*, 49 (1936), p. 321 ss., 337 ss., 353 ss. e 369 ss.
——, *Do Estabelecimento Comercial. Estudo de Direito Privado*, Lisboa, 1951.
MALHERBE, Jacques, «L'administration contrôlée des entreprises», in *Idées Nouvelles dans le Droit de la Faillite (Travaux de la quatrième Journée d'Etudes Juridiques Jean Dabin)*, Bruxelas, 1969.
MANCI, Filippo, «La bancarotta e il nuovo Codice di Commercio — osservazioni sul progetto», *ScPos*, 7 (1927), p. 193 ss.
MANDEL, Ernst, *Die sogenannten äußeren Bedingungen der Strafbarkeit im geltenden Recht und nach der Vorentwurf*, Munique/Berlim, 1912.
MANGANO, Pompeo, *Il diritto penale fallimentare nel sistema giuridico italiano*, Milão, 1989.
MANTOVANI, Ferrando, *Diritto penale. Parte Speciale: Delitti contro il patrimonio*, Pádua, 1989.
MATTA, José Caeiro da, *O direito de propriedade e a utilidade pública*, Coimbra, 1906.
——, *Do furto*, Coimbra, 1906.
MEIRELES, Henrique Seixas, «Marx e o direito civil», *Supl. BFD*, 35 (1992), p. 239 ss.
MENDES, Armindo Ribeiro, «Novo processo executivo. As linhas orientadoras da nova legislação processual civil e o processo executivo», *SJ*, 5 (1993), p. 27 ss.
MENTZEL, Franz, *Kommentar zur Reichskonkursordnung*, Berlim, 1937.
MERKEL, Adolf, «Betrug und Untreue», in *Handbuch des Deutschen Strafrechts* (hrsg. v. v. Holtzendorff), B. III, b), p. 750 ss., Berlim, 1874.
——, «Bankerutt», in *Handbuch des Deutschen Strafrechts* (hrsg. v. v. Holtzendorff), B. III, b), p. 812 ss., Berlim, 1874.
MERLE, Philippe, «Faillite personnelle et autres sanctions (art. 105 et S. L. 13 juillet 1967)», *RTDCDEc*, 38 (1985), p. 162 ss.
——, «Redressement et liquidation judiciaires», *RTDCDEc*, 42 (1989), p. 122 ss.
——, «Surendettement des particuliers», *RTDCDEc*, 43 (1990), p. 467 ss.
MOCCIA, Sergio, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionale*, Pádua, 1988.
MOREIRA, Vital, *A Ordem Jurídica do Capitalismo*, Coimbra, 1973.
MOUNIER, Emmanuel, «De la propriété capitaliste à la propriété humaine», *Esprit*, 2 (1934), t. II, p. 5 ss.

MOURA, António Graça, «Sobre a posição dos credores em face do projecto de reforma do direito falimentar», in *Os Processos Especiais de Recuperação de Empresa e de Falência. Nova Legislação*, Coimbra, 1993.
NAVARRINI, Umberto, *Le nuove dispozione in materia fallimentare illustrate coi lavori preparatori e colla dottrina*, Roma, 1931.
——, *Trattato di diritto fallimentare secondo la nuova legislazione*, I, Bolonha, 1934; II, Bolonha, 1935.
NEVES, António Castanheira, «O papel do jurista no nosso tempo», *BFD*, 44 (1968), p. 82 ss.
——, «(Anot. AcTC, 810/93)», *RLJ*, 127 (1994) ss.
NUNES, António Avelãs, *Os Sistemas Económicos* (separata do *BCE*, 16), Coimbra, 1973.
OLAVO, Fernando, «Caducidade da declaração de falência por cessação de pagamentos pelo devedor» (Parecer), *CJ*, 9 (1984), V, p. 25 ss.
OSÓRIO, Luís, *Notas ao Código Penal Português*, IV[2], Coimbra, 1925.
OTTO, Harro, *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*, Berlim, 1970.
——, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, Nova Iorque/Berlim, 1977.
——, «Der Zusammenhang zwischen Krise, Bankrotthandlung und Bankrott im Konkursstrafrecht», in: *Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns*, Munique, 1980.
——, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*[3], Nova Iorque/Berlim, 1991.
PAGENSTECHER, Max, *Il fallimento* (trad. italiana da 3.ª ed. alemã por Marina Bonsignori), Milão, 1968.
PAJARDI, Piero, *Manuale di diritto fallimentare*[3], Milão, 1986.
——, *Codice del fallimento*, Pádua, 1986.
PARDESSUS, J.-M., *Cours de Droit Commercial*, Bruxelas, 1836.
PEDRAZZI, Cesare, «Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?», *RIDProcP*, 32 (n. s.) (1989), p. 898 ss.
PINTO, Carlos A. da Mota, «Direito económico português — desenvolvimentos recentes», *BFD*, 57 (1981), p. 137 ss.
——, *Teoria Geral do Direito Civil*[3], Coimbra, 1986.
PIRES, Francisco Lucas, *Teoria da Constituição de 1976. A Transição Dualista*, Coimbra, 1988.
PROVINCIALI, Renzo, «La legge fallimentare vigente nella sua attuazione», in *Esecuzione individuale e fallimento. — Bilancio della legge fallimentare*, Milão, 1961, p. 67 ss.
PUNZO, Massimo, *Il delitto di bancarotta*, Turim, 1953.
REGO, Carlos Francisco Lopes do, «Dos crimes contra direitos patrimoniais (artigos 324.º a 328.º)», in *Crimes contra o Património em geral. Notas ao Código Penal: artigos 313.º a 333.º*, Lisboa, 1983.
REIS, José Alberto dos, *Processos Especiais*, II (reimp.), Coimbra, 1982.
RENUCCI, Jean-François, «Le parquet et les faillites», *RScCrim*, 2 (1990), p. 235 ss.
RIBEIRO, Ernesto R. Hintze, («Discurso»), in *Apêndice ao Código Comercial Português*[2], Coimbra, 1893, p. 396 ss.
ROCCO, Alfredo, *Il fallimento*, Milão, etc., 1917.
RODRIGUES, José Narciso Cunha, «Os crimes patrimoniais e económicos no Código Penal Português», *RPCC*, 3 (1993), p. 515 ss.
SALDANHA, Eduardo, *Das falências*, Porto, 1987.

SALGADO, António Mota, *Falência e Insolvência*[2], Lisboa, 1987 (?).
——, *Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência*, Lisboa, 1993.
SANTOS, António Furtado dos, «(Parecer)», *BMJ*, 126 (1963), p. 329 ss.
SANTOS, José Beleza dos, *Ensaio sobre a Introdução ao Direito Criminal*, Coimbra, 1968.
SARACENO, Pasquale, «Il momento consumativo del reato di bancarotta», *RP*, 61 (1935) (Studi in onore di Silvio Longhi), p. 471 ss.
SCHLUCHTER, Wolfgang, «Max Weber: el origen del modo de vida burgués», *REstPol*, 71 (n. s.) (1991), p. 39 ss.
SCHLÜCHTER, Ellen, «Die Krise im Sinne des Bankrottstrafrechts», *MDR*, 32 (1978), p. 265 ss.
——, («Anm. U. BGH, 20-12-1978»), *JR*, (1979), p. 512 ss.
SGUBBI, Filippo, *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, Milão, 1980.
——, «Patrimonio (reati contro il)», *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXII, Milão (cit.: *Enc. Dir.*).
SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt, *Direito Público e Sociedade Técnica*, Coimbra, 1969.
SOLAL, Alfred, «Les nouveaux concepts introduits dans le droit des faillites par la loi du 13 juillet 1967», *RTDC*, 22 (1969), p. 719 ss.
TIEDEMANN, Klaus, «Objektive Strafbarkeitsbedingungen und die Reform des deutschen Konkursstrafrechts», *ZRP*, 8 (1975), p. 129 ss.
——, «Erscheinungsformen der Wirtschaftskriminalität und Möglichkeiten ihrer strafrechtlichen Bekämpfung», *ZStW*, 26 (1976), p. 231 ss.
——, «Die Überschuldung als Tatbestandsmerkmal des Bankrotts», in *Gedächtnisschrift für Horst Schröder* (hrsg. v. Walter Stree, Theodor Lenckner, Peter Cramer, Albin Eser), Munique, 1978.
——, in *Leipziger Kommentar*[10], Berlim/Nova Iorque, 1985 (cit.: *LK*).
——, «Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität durch den Gesetzgeber», *JZ*, 41 (1986), p. 865 ss.
VAZ, Manuel Afonso, *Direito Económico. A Ordem Económica Portuguesa*[3], Coimbra, 1994.
VORMBAUM, Thomas, «Probleme der Gläubigerbegunstigung — zur Auslegung des § 283c StGB», *GA*, (1981), p. 101 ss.
WIEACKER, Franz, *História do Direito Privado Moderno*, Lisboa, 1980.
XAVIER, Vasco da Gama Lobo, *Direito Comercial* (fascículos), Coimbra, 1977-78.
——, «Comerciante», in *Polis. Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, 1, Lisboa/São Paulo, 1983 (cit.: *Polis*, 1).
——, «Falência», in *Polis. Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, 2, Lisboa/São Paulo, 1984 (cit.: *Polis*, 2).

ÍNDICE

Págs.

SIGLAS 11
NOTA PRÉVIA 13

I. Generalidades 13
II. Razão de ordem 15

PARTE I

O BEM JURÍDICO PROTEGIDO

Introdução 19

Capítulo I — Os elementos semânticos colhidos na experiência comum e no direito civil 21

1. A linguagem comum 21
2. O conceito jurídico-civil de património 21

Capítulo II — O sentido de uma tutela jurídica do património e a sua evolução 29

1. A ruptura entre a pessoa e as coisas: sinopse 29
2. Os factores determinantes da ruptura entre a tutela do património e a protecção da pessoa 34
3. A absorção da ordem de exclusão pelo direito penal 41
4. O sentido actual de uma tutela jurídica do património 44

Capítulo III— A tutela jurídico-penal do património 49

1. A determinação constitucional 49
2. O património como bem jurídico-criminal 56
3. O património como bem jurídico-criminal (cont.): a sua autonomização face à propriedade 61

PARTE II

OS ESTADOS DE INSOLVÊNCIA E DE FALÊNCIA E A SUA DECLARAÇÃO

Págs.

Introdução 81

Excurso: determinações conceituais 85

Capítulo I — Os pressupostos da declaração de insolvência no direito anterior ao CFal 91

Capítulo II — Os pressupostos da declaração de falência no direito anterior ao CFal: *impossibilidade de cumprir* ou *cessação de pagamentos?* Os termos da polémica e a sua apreciação 93

1. O direito anterior ao Código de Falências de 1935 93
2. O Código de Falências de 1935 e o direito posterior 95
3. A tentativa de superação jurisprudencial da polémica 102
4. Projecção da construção jurisprudencial 109
5. Conclusões 122

Capítulo III — O direito vigente. Comparação com o direito pregresso 125

1. Os fundamentos do novo processo concursual 125
2. Os pressupostos do novo processo concursual 133
3. O âmbito de aplicação do novo processo concursual e o problema da unificação: o *«devedor não titular de empresa»* 145
4. O âmbito de aplicação do novo processo concursual (cont.): a figura do *«empresário não-comerciante»* 155
5. Conclusões 166

PARTE III

OS CRIMES FALENCIAIS NO DIREITO PORTUGUÊS VIGENTE

A) A ESTRUTURA DOS CRIMES FALENCIAIS

Capítulo I — Os elementos comuns 173

1. O *devedor insolvente* 173
2. O *devedor insolvente* (cont.): as pessoas jurídicas *stricto sensu* 179
3. O *devedor insolvente* (cont.): os casos especiais da herança jacente e dos patrimónios autónomos semelhantes 181
4. O *devedor insolvente* (cont.): o caso especial do EIRL 185
5. A *ocorrência de um estado de insolvência e o seu reconhecimento judicial* (remissão) 189

Págs.

Capítulo II — Os elementos específicos 191

1. A *Insolvência dolosa* (art. 325.º do CP) 192
2. A *Falência não intencional* (art. 326.º do CP) 208
3. O *Favorecimento de credores* (art. 327.º do CP) 219

B) INSOLVÊNCIA, FALÊNCIA E CRIME

Capítulo I — O bem jurídico protegido e o conteúdo do ilícito nos crimes falenciais 229

1. Síntese e justificação do caminho percorrido 229
2. O crédito como ponto de partida da compreensão dos crimes falenciais 230
3. Os crimes «insolvenciais» dos não comerciantes no direito anterior: a *Insolvência fraudulenta* e a *Frustração de créditos* 232
4. As relações entre os crimes «insolvenciais» e os crimes «falenciais» 238

Capítulo II — O estatuto dos estados de *insolvência* e de *insolvabilidade* e do seu reconhecimento judicial nos crimes falenciais previstos pelo direito vigente 251

1. A (aparente) exclusão da ocorrência da situação de crise da valoração jurídico-penal nos crimes previstos no art. 325.º, n.º 1, alíneas *a), b)* e *c),* do CP 251
2. O estatuto da situação de crise nos crimes previstos no art. 326.º, n.º 1, do CP 273
3. O estatuto da situação de crise nos crimes previstos nos arts. 325.º, n.º 1, alínea *d),* e 326.º, n.º 2, 2.ª parte, do CP 276
4. O estatuto da situação de crise no crime previsto no art. 327.º do CP 281
5. O incumprimento dos deveres de escrituração comercial previsto no art. 326.º, n.º 2, do CP e a omissão de justificação da aplicação regular de valores pelo devedor concordatário prevista no art. 325.º, n.º 4, do CP — crimes falenciais? 289
6. O reconhecimento judicial do estado de insolvência 297

Capítulo III — O estatuto da falência e da sua declaração judicial no desenho actual dos crimes falenciais 303

Capítulo IV — Algumas reflexões finais 311

Anexo 317

Bibliografia 325