

PENHOR, PRIVILÉGIO MOBILIÁRIO GERAL DA SEGURANÇA SOCIAL E SUA INCONSTITUCIONALIDADE

L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS (*)

SUMÁRIO: 1. Introdução. Plano de exposição; 2. O privilégio mobiliário geral da segurança social e o regime de execução do penhor; 2.1. O regime deste privilégio e o seu carácter excepcional; 2.2. O regime civil de execução do penhor; 2.3. O regime de execução do penhor financeiro; 3. Análise da constitucionalidade do regime decorrente do art. 10.º, n.º 2, do Dec.-Lei n.º 103/80, de 9-5, para o privilégio mobiliário geral da segurança social; 3.1. Os privilégios creditórios e o princípio da igualdade; 3.2. Os privilégios creditórios e o direito à propriedade privada; 3.3. A questão dos privilégios imobiliários gerais. A posição do Tribunal Constitucional; 3.4. A apreciação da constitucionalidade do privilégio mobiliário geral da segurança social; 3.5. A inconstitucionalidade do privilégio mobiliário geral da segurança social. Fundamentação.

1. INTRODUÇÃO. PLANO DE EXPOSIÇÃO

I. A matéria dos privilégios, apesar da sua inegável importância prática e das mudanças que recentemente tem vindo a sofrer, tanto pelas alterações introduzidas em sede falencial, e depois, em parte, revistas na nova lei da insolvência, como pela própria acção do Tribunal Constitucional, que levou mesmo à clarificação do regime dos privilégios imobiliários gerais no Código Civil, continua a ter um tratamento escasso na doutrina ⁽¹⁾.

(*) Professor da Faculdade de Direito e da Faculdade de Economia da Universidade do Porto.

⁽¹⁾ Sobre os privilégios creditórios entre nós, ver: PAULO CUNHA, *Da garantia nas obrigações* (apontamentos das aulas de direito civil do 5.º ano da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pelo aluno Eudoro Pamplona Côrte-Real), vol. II, Lisboa,

A existência de múltiplos privilégios, muitos deles com regimes próprios, torna difícil um tratamento geral desta matéria, pelo menos um que se pretenda completo. Contudo, eles, ou alguns deles, pelo menos, geram problemas complexos, em particular os que são concedidos aos entes públicos. Relativamente aos quais se tem assistido a uma constante alteração de percurso do legislador, primeiro com uma justificação deficiente e, se bem vista, mesmo errada, para os extinguir com a declaração de falência e, depois, já sem justificação nenhuma, no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas — CIRE — para se decidir por uma via *per mezzzo*.

II. O que se pretende neste estudo é a análise de um só desses privilégios e seu particular regime: o privilégio mobiliário geral da segurança social (art. 10.º do Dec.-Lei n.º 103/80, de 9-5), de que gozam os créditos desta por contribuições e respectivos juros de mora. Com efeito, o referido privilégio, sendo embora um privilégio geral e, portanto, não constituindo uma garantia real ⁽²⁾, “prevalece sobre qualquer penhor,

1938-1939, pp. 257, ss.; A. VAZ SERRA, *Privilégios*, BMJ n.º 64, pp. 41, ss.; PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA (com a colaboração de M. HENRIQUE MESQUITA), *Código civil anotado*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1987, pp. 754, ss.; J. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, vol. II, 7.ª ed. Almedina, Coimbra, 1997, pp. 571, ss.; M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 11.ª ed., Almedina, Coimbra, 2008, pp. 959, ss.; A. MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais*, vol. II, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, 1979, pp. 1096, ss.; idem, “*Salários em atraso e privilégios creditórios*”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, 1998, pp. 645, ss.; P. ROMANO MARTINEZ, *Direito das obrigações, apontamentos* (com a colaboração de Pedro Ferreira Múrias e de Pedro Paes de Vasconcelos), 2.ª ed., AAFDL, Lisboa, 2004 pp. 307, ss.; P. ROMANO MARTINEZ/P. FUZETA DA PONTE, *Garantias de cumprimento*, 5.ª ed., 2006, pp. 207, ss.; L. MENEZES LEITÃO, *Garantias das obrigações*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2008, pp. 233, ss., pp. 296, ss.; A. SANTOS JUSTO, *Direitos reais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 477, ss.; L. CARVALHO FERNANDES, *Lições de direitos reais*, 4.ª ed., Quid Juris, Lisboa, 2004, pp. 153, ss.; R. PINTO DUARTE, *Curso de direitos reais*, 2.ª ed., Principia, Cascais, 2007, pp. 243, ss.; A. LUÍS GONÇALVES, “*Privilégios creditórios: evolução histórica. Regime. Sua inserção no tráfico creditício*”, in: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1991, pp. 29, ss.; SALVADOR DA COSTA, *Concurso de credores*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2005, pp. 163, ss.; MIGUEL LUCAS PIRES, *Dos privilégios creditórios: regime jurídico e sua influência no concurso de credores*, Almedina, Coimbra, 2004.

(2) Cfr. CARLOS MOTA PINTO, *Direitos reais*, por Álvaro Moreira e Castro Fraga segundo as prelecções do Prof. Doutor C. A. da Mota Pinto ao 4.º ano jurídico de 1970-71, Almedina, Coimbra, p. 76; M. HENRIQUE MESQUITA, *Direitos reais (sumários das lições ao curso de 1966-1967)*, Coimbra, p. 19; A. MENEZES CORDEIRO, *Salários em atraso e privilégios creditórios*, cit., p. 665.

mesmo de constituição anterior” (art. 10.º, n.º 2, do Dec.-Lei n.º 103/80, de 9-5).

O seu carácter secreto e, para além disso, o facto de, excepcionalmente, prevalecer sobre os penhores mesmo anteriormente constituídos, coloca diversas dificuldades na articulação com as regras de execução do penhor, agudizadas sempre que as partes tenham acordado a sua execução extraprocessual.

III. O percurso a seguir será o seguinte. O estudo está dividido em duas partes. Numa primeira, exporemos o carácter excepcional do regime deste privilégio, as dificuldades que ele coloca na execução do penhor e verificaremos qual a sua articulação com a particular disciplina do penhor financeiro.

Numa segunda parte, faremos uma análise da sua constitucionalidade. Para o efeito, começaremos por colocar a questão em termos mais amplos, da própria constitucionalidade dos privilégios creditórios, para, de seguida, analisarmos a recente jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre os privilégios creditórios imobiliários gerais. No fim, estaremos em posição de nos pronunciarmos então sobre a compatibilidade do peculiar regime deste privilégio com a Constituição.

2. O PRIVILÉGIO MOBILIÁRIO GERAL DA SEGURANÇA SOCIAL E O REGIME DE EXECUÇÃO DO PENHOR

2.1. O regime deste privilégio e o seu carácter excepcional

I. De acordo com a disciplina traçada neste diploma para os diversos privilégios, no que toca à sua relação com direitos de terceiros, só os privilégios imobiliários especiais (e não os imobiliários gerais, como agora resulta claro do art. 751.º do Código Civil — CC) prevalecem sobre as garantias reais anteriormente constituídas.

Os privilégios mobiliários só quando são especiais prevalecem sobre os direitos de terceiro, que sejam posteriormente constituídos (art. 750.º CC; porém, art. 746.º CC).

Os privilégios mobiliários gerais são ainda mais fracos (em regra, como se vê), não valendo contra terceiros titulares de direitos que, recaindo sobre as coisas abrangidas pelos privilégios, sejam oponíveis ao exequente (art. 749.º, n.º 1, CC). Mais: as leis de processo estabelecem “os limites

ao objecto e à oponibilidade do privilégio geral ao exequente e à massa falida, bem como os casos em que ele não é invocável ou se extingue na execução ou perante a declaração de falência” (art. 749.º, n.º 2, CC).

Nem sequer são direitos reais. Efectivamente, os privilégios gerais serão simples “direitos de prioridade que prevalecem contra os credores comuns, na execução do património debitório.” (3)

II. Por isso, um privilégio mobiliário geral que prevalece sobre direitos reais de garantia de terceiros (neste caso, o penhor) reveste-se de um carácter de todo excepcional: tanto porque prevalece sobre os penhores posteriormente constituídos, à semelhança dos privilégios especiais, quando é um mero privilégio geral, como, em particular, dado que atinge igualmente essas garantias reais, quando elas sejam de constituição anterior, o que não sucede nem no regime dos privilégios especiais.

2.2. O regime civil de execução do penhor

I. Nos termos do Código Civil, o penhor (4) é uma garantia real que pode ser executada processual ou extraprocessualmente.

Na primeira hipótese, terá que se recorrer à acção executiva, no seio da qual terão que ser citados, além dos outros credores com garantia real sobre os bens penhorados, as entidades referidas nas leis fiscais, com vista à defesa dos possíveis direitos da Fazenda Nacional, e o Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social, com vista à defesa dos direitos da segurança social [art. 864.º, n.º 3, als. c) e d), CPC].

(3) M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, cit., p. 972.

(4) Quanto ao regime do penhor, entre nós, em geral, ver: PAULO CUNHA, *Da garantia nas obrigações*, vol. II, cit., pp. 175, ss.; A. VAZ SERRA, *Penhor*, BMJ n.º 58, pp. 17, ss., BMJ n.º 59 pp. 13, ss.; PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA (com a colaboração de M. HENRIQUE MESQUITA), *Código civil anotado*, vol. I, cit., pp. 684, ss.; J. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, vol. II, cit., pp. 526, ss.; M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, cit., pp. 920, ss.; idem, “Penhor, ilicitude na venda da coisa empenhada, venda antecipada”, in: *Colectânea de Jurisprudência*, 1985, t. 2, pp. 21, ss.; A. MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais*, cit., pp. 1057, ss.; idem, *Manual de direito bancário*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, pp. 599, ss.; P. ROMANO MARTINEZ, *Direito das obrigações, apontamentos*, cit., pp. 302, ss.; P. ROMANO MARTINEZ/P. FUZETA DA PONTE, *Garantias de cumprimento*, cit., pp. 170, ss.; L. MENEZES LEITÃO, *Garantias das obrigações*, cit., pp. 189, ss., pp. 283, ss.; A. SANTOS JUSTO, *Direitos reais*, cit., pp. 461, ss.; L. CARVALHO FERNANDES, *Lições de direitos reais*, cit., pp. 148, ss.; R. PINTO DUARTE, *Curso de direitos reais*, cit., pp. 229, ss.; SALVADOR DA COSTA, *Concurso de credores*, cit., pp. 38, ss.

Esta pode, deste modo, em sede executiva reclamar o seu crédito tutelado pelo privilégio, que no concurso será sempre graduado acima do crédito garantido pelo penhor, mesmo que a garantia real seja de constituição anterior.

II. Procurando evitar que o credor comum que recorre à acção executiva se veja preterido por um ente cujo crédito esteja tutelado por um privilégio creditório geral (mobiliário ou imobiliário), a lei estabeleceu limites à sua reclamação.

Efectivamente, o titular de um crédito tutelado por um privilégio geral não o poderá reclamar (excepto quando se tratem de privilégios creditórios dos trabalhadores — art. 865.º, n.º 6, CPC) ⁽⁵⁾ quando: a penhora tenha incidido sobre bem só parcialmente penhorável, nos termos do art. 824.º CPC, renda ou outro rendimento periódico, ou veículo automóvel [art. 865.º, n.º 4, al. a), CPC]; ou, sendo o crédito do exequente inferior a 190 UC, a penhora tenha incidido sobre moeda corrente, nacional ou estrangeira, depósito bancário em dinheiro [art. 865.º, n.º 4, al. b), CPC]; ou, sendo o crédito do exequente inferior a 190 UC, este requeira precedentemente a consignação de rendimentos, ou a adjudicação, em dação em cumprimento, do direito de crédito no qual a penhora tenha incidido, antes de convocados os credores [art. 865.º, n.º 4, al. c), CPC] ⁽⁶⁾.

Para além destes limites, já o poderá fazer. Contudo, mesmo nessa eventualidade, pretende-se reservar parte do produto da venda para pagamento do credor exequente, à custa do montante a receber pelo credor titular de privilégio creditório geral, mobiliário ou imobiliário, nos termos do art. 873.º, n.º 3, CPC, com a limitação, mais uma vez, decorrente dos privilégios creditórios dos trabalhadores — art. 873.º, n.º 4, CPC ⁽⁷⁾.

III. Saliente-se que as referidas limitações (de reclamação e pagamento) não se verificam quando o exequente for o titular do crédito garantido por privilégio creditório geral. Nesse caso, incidindo a penhora sobre um

⁽⁵⁾ Cfr. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *A reforma da acção executiva*, Lex, Lisboa, 2004, pp. 181-182; PAULA COSTA E SILVA, *A reforma da acção executiva*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, p. 104; RUI PINTO, *Penhora, venda e pagamento*, Lex, Lisboa, 2003, pp. 95, ss.

⁽⁶⁾ Não deverá nesses casos o credor sequer ser citado, uma vez que “constituiria um acto inútil, como tal inadmissível (art. 137)”, J. LEBRE DE FREITAS/A. RIBEIRO MENDES, *Código de processo civil anotado*, vol. 3.º, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 497-498.

⁽⁷⁾ Cfr. J. LEBRE DE FREITAS/A. RIBEIRO MENDES, *Código de processo civil anotado*, vol. 3.º, cit., p. 532; RUI PINTO, *Penhora, venda e pagamento*, cit., pp. 95-96.

bem empenhado, o credor pignoratício será citado para reclamar o seu crédito [art. 864.º, n.º 3, al. b), CPC], aplicando-se o referido regime no que toca à graduação de créditos. Sendo certo, conforme se tem realçado, que o privilégio pode mesmo ser posterior à constituição do penhor.

Recorrendo-se a um exemplo simples: se um sujeito, como garantia de um crédito, constituir um penhor a favor do creditante e se a segurança social vier a interpor uma acção de execução por dívida de contribuições, dívida essa posterior à constituição do crédito garantido por penhor, o credor pignoratício terá que reclamar o seu crédito, mesmo que não se tenha ainda vencido (art. 868.º, n.º 3, CPC), sendo o crédito pignoratício graduado depois do crédito da segurança social.

IV. Aparentemente, a situação altera-se se for pactuada, aquando da constituição do penhor, a sua execução extraprocessual por venda (art. 675.º, n.º 1, CC) ⁽⁸⁾. Nessa eventualidade, o credor poderia, sem ter que recorrer à via judicial, executar o penhor, não havendo dessa forma o perigo do concurso com a segurança social e seu privilégio.

Mas não nos parece que possa ser assim.

Criar-se-ia desta maneira uma forma de atingir a garantia da segurança social que a lei pretendeu (mal a nosso ver, mas a sua finalidade é

⁽⁸⁾ Já havíamos apontado este aspecto no âmbito da comparação entre o regime do penhor de créditos e da cessão de créditos em garantia (ver L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *A cessão de créditos em garantia e a insolvência*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 550-551, nota 1074). Chamámos, na altura, a atenção para o facto de a alteração do art. 675.º, n.º 1, pelo Dec.-Lei n.º 38/2003, de 8-3, que deu corpo à “reforma da acção executiva”, significar uma mudança face ao regime anterior, a não ser que se perfilhasse a posição de PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA (*Código civil anotado*, vol. I, com a colaboração de M. HENRIQUE MESQUITA, cit., pp. 694-695), que tinha os favores da doutrina (como sublinha L. MENEZES LEITÃO, *Garantias das obrigações*, cit., p. 196, nota 467), no sentido de interpretar a venda extrajudicial, a que se referia a versão anterior da norma, como sendo uma venda privada, fora do processo (no que consistia efectivamente, atendendo ao significado de extrajudicial no regime processual da altura, numa — não assumida — interpretação correctiva da disposição). Em todo o caso, o que é certo é que, agora, na nova redacção, é inequívoco que o credor não terá que recorrer à acção executiva. Efectivamente, venda extraprocessual, por oposição a venda executiva, significa aquela que é realizada fora do processo. O que significa que se verificaria, neste ponto, uma aproximação entre o regime do penhor de créditos e a cessão de créditos em garantia.

Neste contexto, apontámos ainda que, assim sendo, parecia, entre outras questões, que se permitia que fossem postergados os privilégios mobiliários que prevalecessem sobre o penhor. Contudo, deixámos claro que “toda esta matéria, noutra sede, careceria de um desenvolvimento — e de uma problematização — mais ampla”. O que procuramos agora fazer.

muito clara) ser particularmente forte. Bastaria que as partes pactuassem a venda extraprocessual ⁽⁹⁾.

Parece-nos pois, atendendo à teleologia do art. 10.º, n.º 2, do Dec.-Lei n.º 103/80, de 9-5, defensável sustentar que se deverá aplicar aqui, por analogia com o disposto no seio do processo executivo, o dever de o credor pignoratício comunicar à segurança social, tanto a existência do penhor sobre aquele bem, como que pretende proceder à execução. Mas só quando a segurança social nos termos do art. 865.º, n.º 4, al. a), CPC fosse admitida a reclamar. Não nos outros, quando ela não o fosse.

Por outras palavras: o credor pignoratício que pretenda proceder à venda extraprocessual e a segurança social seja admitida a reclamar, deverá dar-lhe conhecimento desse facto para que ela, se for titular de um privilégio geral, possa reclamar ⁽¹⁰⁾. E, quando o faça, haverá ainda lugar à protecção do art. 873.º, n.º 3, CPC.

⁽⁹⁾ Sendo certo que, mesmo neste caso, a solução poderia variar conforme fosse o titular do crédito garantido pelo penhor a executar o bem, através de venda privada, ou um terceiro que interpusse a acção executiva, naqueles casos em que a segurança social fosse admitida a reclamar, ou a própria segurança social a recorrer à acção executiva. Ora a solução que a lei consagra não pode, como parece claro, ficar na contingência de a iniciativa de execução ser tomada pelo titular do crédito garantido pelo penhor, um credor comum do titular do bem ou a própria segurança social.

⁽¹⁰⁾ A defesa desta solução, que nos parece ser imposta, conforme referido, pela teleologia do art. 10.º, n.º 2, do Dec.-Lei n.º 103/80, de 9-5, implica ainda um esforço de compatibilização da mesma com o disposto no art. 735.º, n.º 2, CC. Nos termos desta disposição, os privilégios mobiliários gerais abrangem o valor de todos os bens móveis existentes no património do devedor à data da penhora ou de acto equivalente. Só nesse momento eles se concretizam no bem ou bens específicos, aqui no bem objecto do penhor.

Claro está, conforme se tem sublinhado, que este regime está pensado unicamente para a execução processual e não para a execução extraprocessual, como neste caso, onde, necessariamente, não há penhora. O bem objecto de execução, por venda, já está fixado: é o objecto do penhor. Efectivamente, tendo em conta que a penhora ou acto equivalente visam a concretização do privilégio sobre o bem (ver P. ROMANO MARTINEZ/P. FUZETA DA PONTE, *Garantias de cumprimento*, cit., p. 210), ela aqui é dispensável. É substituída pela notificação do credor à segurança social que vai executar o bem, ou, caso não o faça, pela prática dos primeiros actos conducentes à venda (extraprocessual) do bem empenhado. Qualquer destes actos deverá ser considerado “acto equivalente” para efeitos do art. 735.º, n.º 2, CC.

Só esta solução nos permite compatibilizar o regime dos privilégios creditórios gerais com a execução extraprocessual do penhor. Ela resulta em última instância, conforme foi dito, da teleologia do art. 10.º, n.º 2, do Dec.-Lei n.º 103/80, de 9-5: fazer com que o crédito da segurança social por contribuições e respectivos juros de mora prevaleça *sempre* sobre o crédito garantido por penhor.

Caso o titular do crédito tutelado pelo penhor não notifique, quando nos termos apontados o devia ter feito, a segurança social, o crédito desta não se extingue, mas, nos termos do art. 824.º, n.º 3, CC, passa a incidir sobre a quantia obtida com a venda.

V. É certo que é lícito aos interessados convencionar que a coisa empenhada seja adjudicada ao credor pelo valor que o tribunal fixar (art. 675.º, n.º 2, CC). Simplesmente, neste caso, em termos paralelos aos definidos na lei processual, portanto, sempre que a segurança social seja admitida a reclamar, ter-lhe-á também que ser dado conhecimento para esse efeito.

VI. A solução que acabámos de expor quanto à execução extraprocessual do penhor parece estranha, mas tal resulta do próprio regime excepcional deste privilégio geral que encontra sérias dificuldades de articulação com o regime do penhor fixado no Código Civil, que não foi pensado, como é óbvio, para privilégios desta natureza que não estão previstos no Código (o regime dos privilégios mobiliários gerais do Código Civil, como se sabe, é diverso). Sendo certo que o Código de 1966 é particularmente avesso à própria figura dos privilégios que procurou (e conseguiu, não fosse a legislação posterior) restringir.

VII. Acrescente-se ainda, como complemento, que na insolvência não há qualquer limite semelhante aos decorrentes da lei processual civil que salvaguarde o penhor, desde que o privilégio não se extinga com a declaração de insolvência.

Para o efeito, é necessário que o crédito de que esse privilégio seja acessório não se tenha constituído mais de 12 meses antes do início do processo de insolvência [art. 97.º, n.º 1, al. a), CIRE]. Os créditos que beneficiem de privilégios gerais constituídos nesse período de tempo mantêm a garantia, sendo assim graduados acima dos créditos garantidos com penhores, mesmo os anteriormente constituídos.

Dir-se-á que o período de tempo é curto, o que é verdade. No entanto, consiste num período *crucial* no que toca ao não pagamento de dívidas, porque corresponde a uma fase em que o sujeito começa a ter dificuldades que conduzirão depois à insolvência. Esta surge, em regra, depois de um processo anterior de deterioração progressiva das condições económico-financeiras do devedor. Portanto, será nessa altura que, com maior probabilidade, não cumprirá face à segurança social.

VIII. O perigo e o grau de incerteza para um credor que pretenda recorrer a esta garantia, é, como resulta do quadro traçado, mais do que evidente.

Em primeiro lugar, dado o carácter secreto do privilégio, nunca estará inteiramente certo que não exista já um crédito da segurança social sobre esse devedor. Por outro, o que é bastante pior, sabe que se o devedor/autor do penhor contrair dívidas à segurança social, facto que o credor pignoratício não controla, poderá em sede executiva, ou mesmo no âmbito da venda extraprocessual, como se viu, ver o seu crédito a não ser satisfeito ou a sê-lo só em parte.

É certo que naqueles casos em que a lei não admite agora a reclamação do credor com privilégio geral (e a protecção limitada concedida ao exequente no âmbito do pagamento), o credor pignoratício se encontrará protegido, se tiver sido ele, ou um terceiro, o exequente, mas já não se este for a segurança social. Nos outros casos, ou seja, naqueles que seja admitida a reclamação por parte do credor com privilégio geral, a sua protecção será já bastante diminuta.

A completar este quadro, na insolvência os créditos da segurança social constituídos nos 12 meses anteriores ao início do processo de insolvência, como se observou, estão tutelados. Sem os limites da lei processual civil (não muito apertados, se bem se vir).

O risco é de tal forma grande que certamente exigirá a constituição de garantias adicionais, o que tornará mais dispendiosa a transacção para o devedor (e, ponto é, claro, que ele as possa oferecer, o que é especialmente difícil se for um devedor economicamente débil).

IX. Do prisma de política legislativa a solução é péssima. É certo que se protegem fortemente os créditos da segurança social, cuja boa saúde financeira é um bem de elevado valor (mas cuja tutela poderia ser obtida de outra forma). Porém, esse efeito é obtido à custa do penhor, sacrificando-se em grande parte a eficácia desta garantia real, uma vez que os operadores económicos só com as maiores cautelas irão recorrer à mesma. Provavelmente exigindo que o valor da coisa empenhada seja muito superior ao do crédito garantido, o que não pode ser considerado uma sobregrantia ⁽¹¹⁾, com os efeitos inerentes, dado o perigo do referido privilégio.

(11) Quanto a esta, ver L. M. PESTANA DE VASCONCELOS, *A cessão de créditos em garantia e a insolvência*, cit., pp. 533, ss.

E, no entanto, o penhor é uma garantia da maior importância para os agentes económicos obterem crédito. Debilitando-o, maiores dificuldades se criam para a concessão desse mesmo crédito e o seu preço, pois o risco superior terá que se reflectir na taxa de juro.

Ora, sem crédito aumentam as dificuldades para as empresas, limita-se a sua capacidade de expansão e de criação de emprego, fulcral para a segurança social. Tanto porque não tem que pagar subsídios de desemprego, como recebe contribuições que, doutra forma, não receberia.

A criação de uma figura com estes contornos revela deficiências de conhecimento das realidades da vida económica e empresarial e acaba por gerar resultados opostos aos que se pretendem.

É resultado de uma política legislativa “míope”.

2.3. O regime de execução do penhor financeiro

I. Para estarmos face a um penhor financeiro (modalidade dos contratos de garantia financeira), para efeitos do Dec.-Lei n.º 105/2004, de 8-5, é necessário que se preencha um conjunto de requisitos previstos nos arts. 3.º a 7.º (art. 2.º, n.º 1, do Dec.-Lei n.º 105/2004, de 8-5): quanto aos sujeitos (art. 3.º), à obrigação garantida (art. 4.º), ao objecto da garantia (art. 5.º), à necessidade do objecto ser efectivamente prestado (art. 6.º) e à susceptibilidade de prova por documento escrito (art. 7.º) ⁽¹²⁾.

II. A lei afastou os contratos de garantia financeira, penhor (financeiro) incluído ⁽¹³⁾, dos efeitos da declaração de insolvência (art. 16.º, n.º 2,

⁽¹²⁾ Quanto aos contratos de garantia financeira em geral, entre nós, ver: A. MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito bancário*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, pp. 614, ss., pp. 625, ss.; J. CALVÃO DA SILVA, *Banca, bolsa e seguros. Direito europeu e português*, tomo I, *parte geral*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2007, pp. 211, ss.; M. PESTANA DE VASCONCELOS, *Os contratos de garantia financeira. O dealbar do direito europeu das garantias*, in: Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão (coordenados por António Menezes Cordeiro, Pedro Pais de Vasconcelos e Paula Costa e Silva), vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 1275, ss.

⁽¹³⁾ A disciplina do penhor financeiro tem inúmeras particularidades face ao regime geral do penhor. De facto, para além dos aspectos insolvenciais mencionados em texto, referimos: a possibilidade de o credor dispor do objecto, as regras relativas à sua restituição se tiver disposto dele e a execução da garantia. Ver, com detalhe sobre este ponto, M. PESTANA DE VASCONCELOS, *Os contratos de garantia financeira. O dealbar do direito europeu das garantias*, cit., pp.

CIRE), estabelecendo aqui um regime próprio, cuidadosa e pormenorizadamente talhado para estas garantias, que as “imuniza” desses efeitos.

Essa disciplina particular diz respeito tanto à exclusão da faculdade de o administrador resolver estes contratos, num determinado período anterior à declaração de insolvência, como ao regime destes negócios em curso e os poderes do administrador relativamente ao cumprimento dos mesmos, logo que se verifique esse facto.

Quanto ao primeiro aspecto, quer os contratos de garantia financeira tenham sido celebrados, quer a garantia financeira tenha sido prestada, no dia da abertura do processo, desde que antes de proferida a sentença, ou num período anterior à abertura do processo de insolvência [art. 17.º, n.º 1, als. a) e b), do Dec.-Lei n.º 105/2004, de 8-5], não podem ser resolvidos pelo administrador.

Relativamente ao segundo ponto focado, tanto se estivermos face à declaração de insolvência do autor do penhor, como do titular do crédito que beneficie desta garantia, estes contratos “produzem os seus efeitos nas condições e segundo os termos convencionados pelas partes” (art. 18.º, n.º 1, do Dec.-Lei n.º 105/2004, de 8-5). O que significa que o administrador da insolvência terá que os cumprir.

Houve, desta forma, como se referiu, e resulta do quadro acabado de traçar, uma preocupação muito grande em “blindar” estes contratos dos efeitos da declaração de insolvência. Ao contrário do regime geral, o credor pignoratício não terá que reclamar o seu crédito e sujeitar-se às regras do concurso insolvencial.

Por essa razão, mesmo que exista um crédito tutelado com o referido privilégio mobiliário geral da segurança social [e este não se tenha extinto nos termos do art. 97.º, n.º 1, al. a), CIRE], o penhor nunca é afectado.

III. A lei não se pronuncia sobre a execução singular. Se não tiver sido pactuado o direito de disposição do bem empenhado (e, mesmo que o tenha sido, se o credor não se valer desse direito), ele mantém-se na esfera do devedor. O que significa que poderia ser penhorado numa acção interposta por um credor comum ou pela segurança social. Além disso, esta última poderia, nos termos acima apontados, ser admitida a reclamar numa execução interposta pelo primeiro.

IV. Embora a lei nada diga a este respeito, retira-se da teleologia da disciplina destes contratos que se pretende assegurar de forma muito sólida

a sua execução, nos termos neles acordados, sem que estejam sujeitos a interferências de terceiros e sem que, mesmo na insolvência, onde, em regra, se verifica uma comunidade de sacrifícios, possam ser atingidos.

Aceitar que um credor comum exequente pudesse fazer cessar antecipadamente um acordo destes (art. 868.º, n.º 3, CPC), ou que a garantia pudesse ficar prejudicada pela prevalência do crédito tutelado pelo privilégio da segurança social, em caso de concurso de credores, contraria fortemente a *ratio* de toda esta disciplina.

Talvez possamos exprimir esta ideia da seguinte forma: se se “blindam” estes contratos na insolvência, então também terão que se “blindados”, no sentido de se assegurar sempre a sua execução nos termos acordados, na execução singular.

Por isso, dada a *ratio* desta disciplina, a inexistência de disposição a este respeito deve ser considerada como uma lacuna (patente) ⁽¹⁴⁾, a ser preenchida da seguinte forma: os bens objecto do penhor financeiro não podem ser penhorados no seio de uma acção executiva interposta por um terceiro.

3. ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DECORRENTE DO ART. 10.º, N.º 2, DO DEC.-LEI N.º 103/80, DE 9-5, PARA O PRIVILÉGIO MOBILIÁRIO GERAL DA SEGURANÇA SOCIAL

3.1. Os privilégios creditórios e o princípio da igualdade

I. No início de uma análise geral da constitucionalidade dos privilégios creditórios, a primeira questão que se deverá colocar é a de saber se, dessa forma, ou seja, através da preferência concedida a certos credores, não se viola o princípio constitucional da igualdade (art. 13.º da Constituição da República Portuguesa — CRP).

A resposta, diga-se já, terá que ser claramente negativa.

O que o princípio da igualdade impede é que se operem “diferenciações de tratamento sem qualquer justificação razoável, de acordo com critérios de valor objectivos, constitucionalmente relevantes...” ⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁴⁾ Ver J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Almedina, Coimbra, 1983, p. 196.

⁽¹⁵⁾ J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 339.

O que não acontece com a concessão a certos credores de um privilégio que lhes assegura um tratamento preferencial, que nada terá, em regra, de arbitrário, desde que exista um fundamento material razoável, de acordo com o critério referido, que o justifique.

Esse fundamento material será diverso, de acordo com os casos e, portanto, terá que ser apurado face a cada privilégio concedido. Sendo certo que pertence ao legislador, “dentro dos limites constitucionais, definir ou qualificar as situações de facto ou as relações da vida que hão-de funcionar como os elementos de referência a tratar igual ou desigualmente” ⁽¹⁶⁾ ⁽¹⁷⁾.

II. É esse, aliás, o entendimento do Tribunal Constitucional, justamente a propósito agora dos privilégios da segurança social: “não se questiona que, face à natureza, às finalidades e às funções atribuídas a certos créditos de entidades públicas que visam permitir ao Estado a satisfação de relevantes necessidades colectivas constitucionalmente tuteladas (...) se possa conferir algum privilégio ao credor, expresso, nomeadamente, na quebra da *par condicio creditorum*...” ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁶⁾ J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, cit., p. 339. Continuam estes Autores, “Só quando os limites externos da “discrecionariedade legislativa” são violados, isto é, quando a medida legislativa não tem adequado suporte material, é que existe uma “infracção” do princípio da igualdade enquanto proibição do arbítrio”.

Ainda, nesta linha, o Parecer da Comissão Constitucional n.º 26/82, citado em JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição portuguesa anotada*, tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 125, onde se diz: “Onde a lei considerar que determinada situação apresenta um particularismo suficientemente distinto e relevante para justificar um tratamento legal diverso concedido a situações equiparáveis (sob outros pontos de vista) e onde erigir esse particularismo, por conseguinte, como fundamento de uma desigualdade de regime jurídico, semelhante juízo legal tem por si uma presunção de racionalidade — justamente por provir da instância que detém a primazia da “conformação constitucional”. Continua-se mais à frente: aos órgãos de controlo da constitucionalidade “o que lhes cabe é tão-somente um juízo “negativo”, que afaste aquelas soluções legais de todo o ponto insusceptíveis de credenciar-se racionalmente”.

⁽¹⁷⁾ Ver sobre o princípio constitucional da igualdade: JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional, tomo IV, direitos fundamentais*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pp. 228, ss. (com ampla indicação de jurisprudência); JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição portuguesa anotada*, tomo I, cit., pp. 120, ss.; J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 1999, pp. 398, ss.; CARLOS MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 4.ª edição por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 79, ss.

⁽¹⁸⁾ Acórdão do TC n.º 362/2002, de 17-9-2002, publicado no *DR*, I Série-A, de 16-10-2002 (que se apoia, adoptando, na fundamentação do Acórdão do TC n.º 160/2000,

3.2. Os privilégios creditórios e o direito à propriedade privada

I. A questão da constitucionalidade dos privilégios creditórios, ou pelo menos de alguns deles, poderia ainda ser formulada de uma outra forma. Poderia perguntar-se se a existência de normas que criam privilégios creditórios (ou certos privilégios creditórios, em particular os especiais) a favor de certos credores, não poderão, em certos casos, ser consideradas inconstitucionais, por atingirem os direitos de crédito dos credores comuns, direitos esses incluídos igualmente no seio do art. 62.º CRP, ou seja, no direito à propriedade privada.

Como referem Gomes Canotilho e Vital Moreira ⁽¹⁹⁾: “O objecto do direito de propriedade não se limita ao universo das coisas. Parece seguro que ele não coincide com o conceito civilístico tradicional, abrangendo não apenas a propriedade de coisas (...), mas também a propriedade científica, literária e artística (art. 42.º, n.º 2) e outros direitos de valor patrimonial (direitos de autor, direitos de crédito, partes sociais), etc.” ⁽²⁰⁾.

A questão aqui é se não se verificaria essa ablação, (obviamente) sem qualquer compensação. É que, como sublinham Jorge Miranda e Rui Medeiros, embora o n.º 2 do art. 62.º se refira “a requisição e expropriação apenas”, a “sua *ratio* não pode deixar de ser mais abrangente. Quaisquer figuras afins que afectem a propriedade ou direitos patrimoniais dos cidadãos devem submeter-se a limites similares...” ⁽²¹⁾.

de 22-3-2000). Ver, ainda neste sentido, o Acórdão do TC n.º 668/98, de 15-12-1998, publicado no *DR*, II Série, de 5-3-1999 (onde se faz ampla referência à jurisprudência do Tribunal Constitucional acerca do princípio da igualdade).

⁽¹⁹⁾ J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, cit., p. 800.

⁽²⁰⁾ É a posição dominante na doutrina, ver: JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional, tomo IV, direitos fundamentais*, cit., pp. 350, ss., p. 530; J. A. ENGRÁCIA ANTUNES, *O artigo 490.º do CSC e a lei fundamental. “Propriedade corporativa”, propriedade privada, igualdade de tratamento*, in: Estudos em comemoração dos cinco anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 236; STAUDINGER/J. BUSCHE, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse*, §§ 397-432, Sellier de Gruyter, Berlim, 1999, § 398, p. 140 (também para a inclusão face ao direito constitucional alemão dos créditos no seio do “conceito de propriedade”)].

Ver, para esta questão, VINCENZO ROPPO “Tutela costituzionale del credito e procedure concorsuali”, in: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1999, pp. 8-10.

⁽²¹⁾ JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição portuguesa anotada*, tomo I, cit., p. 629.

II. Este efeito poderia verificar-se na insolvência, quando os bens que integram a massa são, na esmagadora parte dos casos, insuficientes para satisfazer na integralidade todos os credores do insolvente. Com efeito, o tratamento privilegiado, levando, conforme vimos, à satisfação, em primeira linha (com preferência), desses credores pelo produto da liquidação dos bens da massa sobre que incidem os privilégios, provoca, dada a normal escassez desta para satisfazer integralmente o conjunto dos créditos sobre o insolvente, a satisfação parcial, ou mesmo a não satisfação total, de todos esses créditos. O que não se verificaria se os referidos créditos fossem satisfeitos como os restantes créditos comuns.

De tal modo que se poderia dizer que a concessão de preferências legais [agora limitadas, mas só a certos entes públicos e num determinado período de tempo anterior ao início do processo de insolvência — art. 97.º, n.º 1, al. a) e b), CIRE] na insolvência do devedor acabaria por atingir os créditos, conduzindo, desta forma, a uma ablação total ou parcial destes (sem qualquer compensação).

III. Contudo, ao contrário do que poderia parecer, não estamos aqui perante uma ablação total ou parcial do direito do credor. O direito mantém-se na esfera do credor. A sua titularidade em nada é afectada pela concessão de privilégios legais a outros credores. Pode é vir a não ser satisfeito. Aliás, encerrado o processo (art. 230.º CIRE) ⁽²²⁾, o credor cujo crédito não tenha sido integralmente satisfeito poderá, se se mantiver a entidade, como sucede com as pessoas singulares, vir depois a exigí-lo [art. 233.º, n.º 1, al. c), CIRE]. E, se essa pessoa tiver posteriormente obtido outros bens executáveis, recorrer com sucesso à acção executiva para ver integralmente satisfeito o seu crédito.

IV. O que se pode dizer é que existe diminuição da probabilidade da sua satisfação do crédito. A concessão de privilégios creditórios a alguns credores do devedor, que venha depois a ser declarado insolvente, atinge, de facto, “consistência económica-jurídica” ⁽²³⁾ dos créditos dos credores comuns.

Com efeito, os credores comuns só serão satisfeitos depois dos credores privilegiados (relativamente aos bens sobre que incida o privilégio). Como

⁽²²⁾ Em geral, sobre o encerramento do processo, ver CATARINA SERRA, *O novo regime português da insolvência. Uma introdução*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2008, pp. 97, ss.

⁽²³⁾ J. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, vol. II, cit., p. 420.

na insolvência a massa dos bens não é suficiente para a satisfação integral de todos os credores, aqueles que não gozem de uma preferência verão os seus créditos serem satisfeitos numa percentagem menor (ou não serem satisfeitos de todo) do que o que aconteceria se esses privilégios não tivessem sido concedidos.

Todavia, sendo este efeito claro, não se pode dizer que essas normas atinjam um direito constitucionalmente garantido dos credores comuns ao seu crédito, ou seja, que normas que conferem uma tutela privilegiada conduzam à ablação total ou parcial do crédito.

A titularidade do crédito mantém-se na esfera do credor, que, conforme já foi referido, poderá mesmo, eventualmente, mais tarde, encerrado o processo, vir a ser integralmente satisfeito. O que se passa é que na eventualidade de os bens do devedor não serem suficientes para cumprir todas as suas obrigações, sendo declarada a sua insolvência, estes (os credores comuns) terão que se sujeitar à contingência, ligada à própria natureza do direito de crédito, da insuficiência patrimonial do devedor.

Por isso, o que leva à não satisfação do direito do credor é sempre a insuficiência do seu património para satisfazer integralmente a totalidade dos credores, e não propriamente a existência de preferências (*maxime*, decorrentes de privilégios) legais.

V. Em resumo: não se pode dizer que a criação de privilégios legais leve a uma ablação dos direitos de crédito dos credores comuns. Quando muito, como acima se disse, poderá afirmar-se que estes podem, eventualmente, em certas circunstâncias, vir a afectar a “consistência económico-jurídica” desses créditos, em particular se for declarada a insolvência do devedor.

3.3. A questão dos privilégios imobiliários gerais. A posição do Tribunal Constitucional

I. No Código Civil era (e é) desconhecida a figura dos privilégios imobiliários gerais. Conhecidos são os privilégios mobiliários gerais (arts. 736.º e segs. CC) e especiais (arts. 738.º e segs. CC). Os privilégios imobiliários aí previstos (art. 735.º, n.º 3, CC) são especiais.

Contudo, posteriormente, a lei veio a criar, em particular em benefício da fazenda pública e da segurança social, privilégios mobiliários gerais. A questão que se colocava era se lhes poderia aplicar o regime do art. 751.º CC. O que era perfilhado por uma forte corrente da juris-

prudência ⁽²⁴⁾, apesar das vozes discordantes que se faziam ouvir na doutrina ⁽²⁵⁾.

II. O Tribunal Constitucional em dois acórdãos pôs termo à discussão.

Com efeito, declarou a inconstitucionalidade com força obrigatória geral, com base na violação do princípio da confiança “insito no princípio do Estado de direito democrático, consagrado no art. 2.º da Constituição da República”, das normas constantes do art. 104.º do Código do IRS (na versão primitiva e que consta agora do art. 111.º), assim como do art. 11.º do Dec.-Lei n.º 103/80, de 9-5, e do art. 2.º do Dec.-Lei n.º 512/76, de 3-7, na “interpretação segundo a qual o privilégio imobiliário geral nelas conferido” à Fazenda Pública (no primeiro caso) e à segurança social (nos segundo o terceiro casos) “prefere à hipoteca, nos termos do art. 751.º do Código Civil.” [respectivamente (quanto ao privilégio da Fazenda Pública), o Acórdão do TC n.º 362/2002, de 17-9-2002, cit., e (no que toca ao privilégio da segurança social) o Acórdão do TC n.º 363/2002, de 17-9-2002, publicados no *DR*, I Série-A, de 16-10-2002) ⁽²⁶⁾].

Os argumentos do Tribunal Constitucional foram, na sua essência, os seguintes. Em primeiro lugar, os privilégios constituem uma garantia oculta, não havendo qualquer meio de um outro credor, que se julgue legitimamente protegido, ter conhecimento da sua constituição, uma vez que não constam do registo, sendo que o princípio da confidencialidade tributária impossibilitaria os sujeitos de saberem se a outra parte é ou não devedor do Estado ou da segurança social. O credor que constitui a hipoteca, confiando na inexistência de uma oneração anterior, arrisca-se, conseqüentemente, a ver-se mais tarde surpreendido pelo privilégio.

Em segundo lugar, trata-se de um privilégio geral, que abrange pois todos os imóveis do devedor, com os quais não está necessariamente conexionado, levando a sua subsistência, com a amplitude referida (e, no caso da segurança social, não estar sujeito a limite temporal), a uma “lesão desproporcionada do comércio jurídico”.

⁽²⁴⁾ Ver, quanto à corrente jurisprudencial nesse sentido, A. LUÍS GONÇALVES, *Privilégios creditórios: evolução histórica. Regime, sua inserção no tráfico creditício*, cit., pp. 38, ss.

⁽²⁵⁾ M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, cit., pp. 971-972; A. MENEZES CORDEIRO, *Salários em atraso e privilégios creditórios*, cit., p. 665.

⁽²⁶⁾ Em geral quanto à fiscalização da constitucionalidade, ver JORGE MIRANDA, *Teoria do Estado e da Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 717, ss.

Em terceiro lugar, no caso do privilégio da segurança social, haveria à disposição deste ente um meio de tutela alternativo: a hipoteca legal.

III. Da argumentação do Tribunal Constitucional retira-se que as características da figura que permitem afirmar que é atingido o princípio da confiança, constitucionalmente tutelado, são essencialmente duas.

O seu carácter oculto que impede que o credor saiba da oneração anterior e, mesmo que saiba, atento o regime do art. 751.º CC, venha a ser surpreendido quando pretender executar o seu crédito.

O carácter geral do privilégio, que leva a que não esteja conexionado a um bem específico.

O terceiro elemento não está relacionado com o princípio da confiança, mas decorre da preocupação do Tribunal na existência de instrumentos que permitam conceder a esses créditos um grau de protecção superior aos créditos comuns, atendendo aos relevantes interesses públicos em presença.

3.4. A apreciação da constitucionalidade do privilégio mobiliário geral da segurança social

I. Há já um acórdão do Tribunal Constitucional (Acórdão do TC n.º 668/98, de 15-12-1998) sobre esta matéria, em que se pronunciou pela sua constitucionalidade.

Ao procedermos à análise deste acórdão importa começar por se destacar que o Tribunal Constitucional não se pronunciou directamente sobre a constitucionalidade do n.º 2 do art. 10.º do Dec.-Lei n.º 103/80, de 9-5, que é o que agora nos importa, mas sobre o privilégio mobiliário geral conferido à segurança social pelo art. 10.º, n.ºs 1 e 2, do Dec.-Lei n.º 103/80, de 9-5, e ao prejuízo que a sua reclamação em processo executivo causa ao credor que tenha interposto a acção.

Além do mais, perspectivou a questão sob o prisma da violação do direito de acesso do credor aos tribunais e também do princípio da igualdade, em ambos os casos se tendo decidido pela negativa.

II. Sob este prisma não há nada a observar ao acórdão do Tribunal. Já vimos que a concessão de privilégios não afecta o princípio constitucional da igualdade e não atinge também o acesso dos credores ao tribunal. Hoje até menos do que na data da prolação do acórdão, dados os limites existentes à reclamação dos créditos por parte do credor com privilégio geral

e o limite de pagamento que a lei procura garantir ao exequente, quando tal suceda.

Não é certamente o princípio da igualdade e o do acesso do credor ao tribunal que este diploma viola. Acontece, no entanto, que a questão se pode colocar também de outro prisma. Do do princípio da confiança. É o que passamos já a ver.

3.5. A inconstitucionalidade do privilégio mobiliário geral da segurança social. Fundamentação

I. No acórdão supra citado, a Juíza Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, no seu voto de vencida, entende que a norma em questão atenta contra os princípios da confiança e da proporcionalidade.

Analisemos a sua argumentação.

Esta Juíza Constitucional centrou a sua análise, no que toca à violação do princípio da confiança, no facto de o “exequente credor comum” ver “o seu crédito ultrapassado por outros que sobre ele preferem, sem ter o ónus ou, a mais das vezes, a mera possibilidade de os conhecer quando decide instaurar a acção executiva, da qual frequentemente acaba por não tirar qualquer proveito”.

A isto junta-se o facto de que a “preferência tal como é conferida, não toma em conta a prioridade relativa na constituição dos créditos, não tem limites temporais e não é objecto de publicidade”.

Quanto ao princípio da proporcionalidade, alega que “a preferência é absoluta, não permitindo a ponderação concreta do sacrifício sofrido pelos credores em confronto, lesando sempre um deles independentemente das circunstâncias do caso”.

II. No que diz respeito a este último princípio, cremos que se poderia sustentar que seria excessivo, ou manifestamente excessivo, e, como tal, desproporcionado.

Mas já nos parece o resto da argumentação, neste ponto específico, menos convincente, porque um privilégio não permite uma ponderação em concreto do sacrifício sofrido pelos credores em confronto, lesando sempre um deles em abstracto, independentemente das circunstâncias do caso.

III. Muito mais convincente, verdadeiro nervo da questão, diríamos, é a argumentação quanto ao princípio da confiança. Ela assenta em dois conjuntos de argumentos. Vejamos.

Quanto ao primeiro argumento, a verdade é que existem entre nós um conjunto de garantias que têm um carácter oculto ou pelo menos semi-oculto. Em grande parte isso acontece mesmo no que toca ao penhor, na modalidade de penhor em garantia de créditos de estabelecimentos bancários (Dec.-Lei n.º 29 833, de 17-8-1939) em que não é exigido qualquer desapossamento (o que significa que o penhor sem desapossamento terá sido até o mais frequente na nossa prática comercial — pelo menos até entrar em vigor o penhor financeiro, que não comunga desta característica). O próprio direito de retenção tem uma publicidade limitada. Esse argumento tem assim uma valia escassa.

O mesmo não se pode dizer do seguinte que se apoia em três características da preferência: carácter oculto, prevalência sobre garantias reais anteriores e não existência de limites temporais. Cremos que eles são em conjunto, e não isoladamente, decisivos no juízo da inconstitucionalidade da norma por violar o princípio da confiança.

O carácter oculto, em si, não é. Os privilégios creditórios são, por definição, ocultos e, conforme resulta dos exemplos acima apresentados, não são os únicos que carecem de publicidade ou em que ela é muito restrita.

A prevalência sobre garantias anteriores, isoladamente, também não será, uma vez que é aceite no âmbito do art. 751.º CC ⁽²⁷⁾.

A não existência de limites temporais, por si, também parece insuficiente, se o que estiver em jogo for um simples privilégio geral.

Contudo, a conjugação destes três elementos numa única figura, como é o caso, atenta claramente contra o princípio da confiança, pelo que a argumentação desta juíza, toca no cerne do problema, era sem dúvida correcta e, a nosso ver, já na altura, decisiva.

IV. É interessante observar que estes argumentos coincidem em grande parte, mas não na totalidade, com aqueles a que o Tribunal Constitucional veio mais tarde a recorrer para fundar o juízo de inconstitucionalidade da interpretação de que aos privilégios imobiliários gerais, acima referidos, se aplicaria o art. 751.º CC e, portanto, prevaleceriam sobre a hipoteca.

⁽²⁷⁾ Questão diversa é se o próprio art. 751.º CC, dada a sua prevalência sobre garantias anteriores, em especial a hipoteca, não poderá ser considerado inconstitucional. Também por atingir o princípio da confiança. A questão merece ser discutida, mas num outro estudo, pelo que não o faremos aqui.

Temos assim, o seu carácter oculto, a impossibilidade para o credor de saber que existe a preferência anterior e, mesmo que não exista, a prevalência do privilégio sobre a garantia real anteriormente constituída, a que os acórdãos do Tribunal Constitucional relativos aos privilégios imobiliários gerais, acrescentam a falta de conexão, dado o carácter geral do privilégio, com um bem específico. Em rigor, a ausência de limites temporais é apontada ao privilégio imobiliário geral da segurança social, mas já não ao idêntico privilégio da Fazenda Pública. Razão pela qual este último é considerado “menos «agressivo»” (Acórdão do TC n.º 362/2002, de 17-9-2002) do que o primeiro (o que não obsteu ao juízo de inconstitucionalidade).

V. Tudo visto, não existem grandes dúvidas que este conjunto de características apontadas na fundamentação do Tribunal Constitucional quanto aos privilégios imobiliários gerais tanto da Fazenda Pública como da segurança social se aplicam igualmente ao privilégio mobiliário geral da segurança social em análise ⁽²⁸⁾.

Mas só para o n.º 2 do art. 10.º do Dec.-Lei n.º 103/80, de 9-5, e já não o privilégio mobiliário geral, em si, conferido pelo n.º 1 do art. 10.º do mesmo diploma.

VI. Para levarmos a análise até ao fim, conviria ver se as alterações introduzidas no seio da acção executiva, assim como a consagração do penhor financeiro, com o seu lato âmbito de aplicação, não conduzem hoje a uma solução diversa.

A verdade é que deste novo quadro legislativo resulta somente que são em menor número os casos em que os créditos garantidos com um penhor concorrerão com créditos que beneficiem deste privilégio mobiliário geral. Mas eles continuam a poder verificar-se. E não é por serem menores estas possibilidades de concurso que isso afecta a inconstitucionalidade desta disposição.

VII. Por último, não se diga que a segurança social fica desprotegida. Ela goza ainda de um privilégio mobiliário (e imobiliário) geral o que lhe

⁽²⁸⁾ Como bem apontou M. LUCAS PIRES, *Dos privilégios creditórios: regime jurídico e sua influência no concurso de credores*, cit., p. 133. Autor que sustenta igualmente a inconstitucionalidade da referida norma (*ob. cit.*, p. 134).

permite ver os seus créditos graduados acima daqueles dos credores comuns. Para além disso, a lei concede-lhe também uma hipoteca legal (art. 12.º do Dec.-Lei n.º 103/80, de 9-5). Pode assim proteger devidamente os seus créditos sem causar danos ao tráfego negocial e à concessão de crédito que os privilégios gerais com as características daquele do art. 10.º, n.º 2, do Dec.-Lei n.º 103/80, de 9-5, provocam.

Porto, Outubro de 2008.