

HA LUGAR A INVENTARIO ORFANOLÓGICO QUANDO UM DOS HERDEIROS FÔR FALIDO OU INSOLVENTE?

I

Eis a dúvida ou dificuldade de ordem jurídica que nos propomos relatar.

O problema, tal como fica enunciado, não é produto de pura congeminação teórica, mas tem-se suscitado repetidamente na prática forense.

Já o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de Fevereiro de 1917 (na Gazeta da Relação, ano 31.º, pág. 42) se pronunciou sôbre a hipótese.

Mais recentemente, o acórdão de 13 de Janeiro de 1940 também do Supremo, (na Revista dos Tribunais, ano 58.º n.º 1.378, pág. 157, e na mesma Gazeta, ano 53.º pág. 313), voltou a ocupar-se da matéria e decidiu, como o primeiro, pela negativa.

Paralelamente, o caso tem sido agitado na doutrina, devendo salientar-se o comentário discordante do Professor Barbosa de Magalhães, aos dois acórdãos citados, e a opinião conforme à doutrina destes que se lê em Dias Ferreira, Código Civil anotado, 2.ª ed., vol. IV, pág. 59, e no Tratado de Direito Civil, vol. X, pág. 595, do Sr. Dr. Cunha Gonçalves.

II

A dúvida é legítima por diversas razões.

Em primeiro lugar, porque não há texto que a resolva expressamente.

Em segundo lugar, porque sendo os falidos e insolventes fe-

ridos duma incapacidade que, embora relativa, tem carácter permanente, é-se levado a admitir, ao primeiro exame, que esta situação provoca as mesmas conseqüências que a lei fixa para os herdeiros menores ou interditos, igualmente feridos duma incapacidade permanente.

E daí poder concluir-se pela obrigatoriedade do inventário orfanológico.

A consolidar êste ponto de vista surge, mas só aparentemente, outra razão: é que não se encontra na lei providência expressa que confira aos representantes do falido ou insolvente poderes para outorgar a partilha extra-judicial com os demais interessados.

Além disso, o Código de Processo Comercial, que regulou por muito tempo o instituto da falência, parecia dar consistência a esta solução, preceituando no seu art. 198.º que a declaração da falência opera a *interdição* civil do falido.

Dir-se-ia, pois, que equiparava os falidos aos interditos, o que desde logo os sujeitaria à jurisdição orfanológica nos termos dos arts. 2.012.º e 2.064.º do Código Civil.

Em contrário, pode dizer-se, e já se disse, por exemplo no último dos acórdãos citados, que a incapacidade dos falidos e insolventes tem características muito especiais que a tornam inconfundível com a incapacidade dos menores e dos interditos, havendo até quem sustente que nem duma verdadeira incapacidade se trata, mas de simples indisponibilidade quanto a bens (Dr. Cunha Gonçalves, Comentário ao Código Comercial Português, Vol. I, pág. 57).

Além disso pode notar-se que no inventário orfanológico intervem, regra geral, além do tutor, o curador dos órfãos e o conselho de família, e que estes organismos tutelares são na falência e na insolvência substituídos por um simples administrador; e que, portanto, um inventário orfanológico em que não houvesse intervenção do curador e do conselho de família, de orfanológico só teria o nome.

Acresce que o administrador que, na falência e insolvência, é quem exclusivamente representa o incapaz e supre a sua incapacidade (arts. 1.158.º e 1.361.º e § único do Código de Processo Civil), tem poderes muito mais amplos que os do tutor ou curador dos interditos.

Assim, o administrador da massa, sob a orientação do síndico, pode efectuar a liquidação de bens do insolvente e do falido, ou por meio de arrematação (art. 1.211.º do Código de Processo Civil), ou por meio de proposta em carta fechada (art. 1.212.º); e até pode proceder à venda particular de quaisquer bens móveis ou imóveis desde que o Juíz síndico o autorize (art. 1.114.º do mesmo Código).

E nesta ordem de ideias, pode até o administrador vender o direito e acção à herança, antes de partilhada.

De tudo isto parece resultar, como conclue o acórdão de 13 de Janeiro de 1940, que o inventário orfanológico se não ajusta à hipótese de o único incapaz ser um insolvente.

É êste o panorama geral da questão, tal como ela tem sido debatida.

III

Hemos de convir que os argumentos sustentados dum lado e doutro não são decisivos: contrabalançam-se; equivalem-se.

A meditação do problema suscita-nos algumas razões que julgamos concludentes. E se o não são, servem, pelo menos, para fixar o método que há-de conduzir à resolução da dificuldade.

Peçamos à própria dúvida que nos oriente.

Donde resulta originariamente a dificuldade?

De haver um texto de lei que não se refere explicitamente ao caso dos insolventes e falidos.

Esse texto é o dos arts. 2.012.º e 2.064.º do Código Civil que declaram haver sempre inventário orfanológico se algum dos herdeiros fôr menor, interdito, ausente ou desconhecido.

O texto contém assim uma enumeração; para sabermos se ela abrange ou não o caso duvidoso — o que desde logo ocorre é apurar se essa enumeração é taxativa ou exemplificativa.

A solução desta alternativa tem suma importância: porque se a enumeração é exemplificativa, a hipótese pode ser abrangida pelo preceito, tanto por estar compreendida na sua letra ou espírito, como por oferecer analogia com os casos lá previstos; ao passo que, se a enumeração fôr taxativa, será *indispensável* que a

hipótese dos insolventes e falidos esteja enquadrada em qualquer das categorias expressamente abrangidas no preceito legal.

Eis o primeiro ponto a resolver.

IV

A enumeração é taxativa porque o preceito é excepcional.

E o preceito é excepcional porque regula matéria de incapacidade para lhe atribuir determinados efeitos : e a matéria de incapacidade, na regulamentação dos seus efeitos, é excepcional em confronto com a regra — que é a capacidade.

Excepcional também porque constitue desvio ao princípio geral de que tôda a pessoa capaz pode regular com outrem os seus interêsses privados, por meio de acôrdo, em homenagem ao princípio da autonomia da vontade em direito privado.

Como preceito excepcional está sujeito a interpretação restritíssima, o que quer dizer que só é de aplicar aos casos nele expressamente previstos, porque todos os demais recaem no âmbito da regra geral ; o que quer dizer ainda que não é susceptível de aplicação por analogia ou maioria de razão.

A lei que faz excepção às regras gerais, não pode ser aplicada a nenhuns casos que não estejam especificados na mesma lei (art. 11.º do Código Civil).

Posto isto, só nos fica aberto um caminho : o de averiguar se o caso dos falidos e insolventes está enquadrado em qualquer das categorias contempladas no texto legal.

Desde já, podemos excluir três das categorias lá previstas que nenhuma relação têm com a situação dos insolventes e falidos : os menores, os ausentes e os desconhecidos.

Restam os interditos — e, por isso, tôda a questão se reduz agora a saber se os falidos e insolventes estão compreendidos na categoria dos interditos.

Antes de mais, importa acentuar que incapacidade e interdição são duas coisas distintas, que podem ou não coincidir. Havendo incapacidade não quer dizer que haja necessàriamente interdição.

Incapacidade é a não atribuição de certos poderes ou direitos à pessoa jurídica ou a impossibilidade de esta os exercer pessoal-

mente; interdição é um estado em que certos incapazes são colocados, importando um conjunto de providências e instituições tutelares destinadas a representar e defender o incapaz e a suprir a sua incapacidade.

Isto se frisa para que se não dê como assente que onde há incapacidade há interdição, como parece resultar do comentário do Prof. Barbosa de Magalhães ao acórdão de 13 de Janeiro de 1940.

É indiscutível que há incapacidade a que não corresponde interdição. É o caso, por exemplo, das incapacidades provenientes do casamento e do sexo.

Parece-nos inegável que os falidos e insolventes são incapazes (1).

Mas o que não se pode concluir só por si é que sejam interditos.

E de facto não o são, porque a insolvência e a falência não reúnem as características da interdição que, fundamentalmente são duas :

a) as incapacidades jurídicas que revestem forma de interdição são determinadas por causas ou *factos naturais* (2);

bi a interdição é estabelecida *em favor* do próprio incapaz, contra terceiros e contra as suas próprias tendências.

Outrotanto não sucede na insolvência e na falência.

Nem as respectivas incapacidades correspondem, no ponto

(1) A doutrina segundo a qual o falido e o insolvente não são incapazes, estando apenas numa situação de «indisponibilidade» quanto aos seus bens, afigura-se-nos inadmissível no nosso direito positivo por inconciliável com o preceito do artigo 1.158.º do Código de Processo Civil, cujos termos definem uma verdadeira incapacidade para administrar bens e dispor deles.

(2) Em direito português, as diversas incapacidades que geram interdição-demenção, surdez-mudez e prodigalidade — são definidas (arts. 314.º, 337.º e 340.º do Código Civil) como a expressão jurídica duma incapacidade natural ou de facto.

A própria prodigalidade supõe, no sistema do nosso direito, uma inaptidão habitual.

Repare-se que o art. 340.º do Código Civil está redigido assim :

«As pessoas maiores ou emancipadas, que por sua habitual prodigalidade, se

de vista legal, necessariamente a incapacidade naturais, nem o estado de insolvência e falência é determinado pelo interesse desses incapazes, mas sim pelo interesse dos credores.

Pode o estado de insolvência ou falência corresponder de facto a uma incapacidade natural de administração de bens.

Mas não é esta incapacidade natural, quando exista, que legalmente origina o estado da falência ou insolvência.

O que determina legalmente aquele estado é outro facto, considerado em si, independentemente de qualquer incapacidade natural: a insuficiência do activo para pagamento do passivo.

Este facto (ou aqueles a que a lei dá equivalência) provoca o estado de falência ou insolvência, independentemente das causas, naturais ou não, que o hajam determinado.

Quere dizer: o insolvente e o falido podem ter chegado ao estado de insolvência ou falência por actos reveladores de incapacidade administrativa, ou má gerência de seus bens e negócios; mas não é essa incapacidade natural que a lei leva em conta para a declaração daqueles estados jurídicos.

As causas que determinaram a situação deficitária do devedor, quando muito, poderão influir na classificação da falência ou insolvência.

Mais nada.

Daqui outra consequência deriva: é que, sendo a causa da falência ou insolvência o facto de o activo do devedor não chegar para pagamento de tôdas as suas dívidas (ou de assim se dever

mostrarem incapazes de administrar seus bens, poderão ser interditas da administração dos ditos bens...».

Portanto, a interdição, — estado jurídico — supõe um estado de facto — a habitual prodigalidade — que por si mesmo há-de inculcar incapacidade natural para a administração de bens.

Quere dizer: a interdição dos pródigos, que é a *declaração* da sua *incapacidade jurídica*, assenta no reconhecimento da sua *incapacidade natural de administrar bens*, revelada por uma *habitual prodigalidade*.

Para o ponto de vista do nosso direito positivo não basta, pois, haver prodigalidade para haver interdição ou declaração de incapacidade jurídica; é indispensável que essa prodigalidade determine uma *incapacidade de facto*.

E é esta *incapacidade de facto* que afinal, segundo a lei, gera o estado de interdição.

presumir), o respectivo processo é uma verdadeira execução colectiva em favor dos credores.

O que se tem em vista assegurar com essa execução colectiva é o princípio de que o património do devedor é a garantia comum dos credores, princípio êsse ameaçado no caso de o activo ser insuficiente.

Aquela execução colectiva visa a evitar que uns se paguem com detrimento dos outros ; isto é, tende a assegurar, por igual, o direito de todos os credores e a defendê-los dos actos prejudiciais do devedor.

Significa isto que a falência e insolvência têm *primordialmente* em vista defender os interesses dos credores ; o que não exclue que o falido ou insolvente se possam defender, como aliás a lei consente a todo o devedor accionado ou executado.

Esta situação, como é evidente, contrasta com o que sucede nas interdições, em que a lei tem *primordialmente* em vista defender o incapaz ou sua família de actos de terceiros ou mesmo dos seus próprios actos.

Parece-nos que foi até em obediência a estas razões que o Código de Falências de 1935 repudiou, pela primeira vez, a fórmula anteriormente declarada no art. 198.º do Código de Processo Commercial, que dizia textualmente :

«A declaração da falência opera a interdição civil do falido...».

Esta fórmula, que já vinha reproduzida do art. 700.º do Código Commercial de 1888 e que deu lugar às maiores indecisões na doutrina e na jurisprudência, foi substituída pela do art. 22.º do Código de Falências de 1935, ainda hoje mantida no art. 1.158.º do Código de Processo Civil vigente, e assim concebida :

«A declaração da falência produz a *inibição do falido para administrar ou dispor* dos seus bens havidos ou que de futuro lhe advenham...».

Que a modificação foi propositada e obedeceu à idéia de que interdição civil e falência são duas instituições diferentes, embora

afins e paralelas, pode inferir-se do longo relatório do Código de Falências, onde entre outras considerações se lê :

«A falência é uma *execução colectiva* e porque a execução tem no direito moderno carácter patrimonial, em princípio a falência só devia actuar sôbre o património. Actua, porém, sôbre a pessoa *quando acompanhada de actos delituosos* e ainda no que é necessário para proteger o património do falido *a-fim-de evitar prejuizos aos credores*.

E mais adiante :

«No campo do direito privado qual deve ser a extensão da sua incapacidade?».

«A sua incapacidade limita-se afinal a impedir a prática de actos de que possa haver diminuição do seu património o que aliás se compreende bem, porque ao passo que as incapacidades em geral (*que são as que geram interdição, dizemos nós*) se destinam a proteger os próprios incapazes, a incapacidade na falência destina-se a proteger os interesses dos credores».

E não se diga que o Código de Processo Civil, arts. 1.317.º e segs., alude ao levantamento da *interdição* do falido (tal qual como sucedia no capítulo XII do Código de Falências) fazendo supor que a lei continua a considerar como de verdadeira interdição a situação jurídica do falido.

Esta interpretação, porém, é desmentida pelo relatório do Código de Falências cujo espírito subsistiu no Código de Processo Civil; e é ainda contrariada pelo preceito expresso do art. 1.158.º d'este último Código, que declara, como efeito essencial da falência, a «inibição» do falido para administrar e alienar os seus bens, onde a lei antiga declarava, embora impròpriamente, a sua «interdição».

E indubitável se mostra que entre o art. 1.158.º e arts. 1.317.º e segs., é a doutrina daquele que tem de prevalecer, pois que nestes últimos a referência a «interdição» é acidental, ao passo

que naquele faz-se uma afirmação de *princípios* cujo objectivo é definir e caracterizar a situação jurídica do falido.

E essa afirmação de princípios é feita por forma a excluir, propositadamente, tóda a ideia de interdição.

O emprêgo desta palavra nos arts. 1.317.º e segs. não tem significado especial.

Representa mera e irreflectida sobrevivência dos preceitos correspondentes da legislação anterior, que foram textualmente transcritos para o novo Código.

Deu-se aqui o que freqüentemente se observa no Código de Processo Civil vigente: a falta de adaptação formal das disposições reproduzidas do direito antigo às inovações criadas pela nova lei.

Se a razão da aparente discordância entre os preceitos citados é só esta, segue-se que as disposições onde se verifica deficiência verbal é que têm de ceder perante o preceito onde se definem os princípios fundamentais.

A conciliação, aliás, é fácil: basta que nos arts. 1.317.º e segs. onde se escreveu «levantamento da interdição» ou expressão semelhante, se leia «levantamento da inibição», ou coisa equivalente.

V

Demonstrado, como fica, que nem doutrináriamente a falência — ou insolvência, que lhe é equiparada — importa interdição civil, demonstrado está que o falido e o insolvente, só por esta incapacidade, não estão sujeitos à jurisdição orfanológica.

E pela mesma razão o suprimento das respectivas incapacidades não pertence aos organismos tutelares — tutor, protutor e conselho de família — mas sim ao administrador da falência ou insolvência, sob orientação do síndico (art. 1.173.º).

Dêste modo, a partilha em que o falido ou o insolvente sejam interessados far-se-á extra-judicialmente, devendo intervir nela, em representação do incapaz, o administrador, devidamente autorizado pelo síndico.

Não constitue obstáculo a esta solução o não haver disposição expressa que a autorize.

Em primeiro lugar, porque a solução vem por exclusão de partes: não havendo inventário obrigatório ou orfanológico a partilha tem de obedecer à regra geral de que, em direito privado, os interesses podem regular-se sempre por convenção voluntária.

Em segundo lugar, o administrador da falência fica representando o falido para todos os efeitos, salvo quanto ao exercício dos seus direitos exclusivamente pessoais estranhos à falência (§ 2.º do art. 1.158.º); e, por isso, também lhe cumpre substituir-se ao falido, para o efeito de partilhar com os co-herdeiros a herança em que êle seja interessado.

Finalmente, dispondo o § 1.º do art. 1.159.º que o falido pode praticar pessoalmente o acto jurídico da aceitação da herança mas, impondo para êsse caso, e só para êsse caso, a obrigatoriedade do inventário, é de simples evidência que quando o acto de aceitação seja celebrado pelo seu representante legal, escusa de ser a benefício do inventário.

E eis tudo.

O transcrito relatório da autoria do Dr. José Maria Galvão Teles foi objecto de longa e proveitosa discussão.

A matéria versada foi das que maior interêsse despertaram no Instituto da Conferência.

A «unanimidade» não foi, de facto, o sufrágio final da illustre assembléia.

As opiniões dividiram-se; e a-pesar da variedade dos opinantes e do considerável número de sessões que a apreciação do assunto preencheu, talvez não seja impossível, a alguns meses de data, dar assim o balanço geral do que se passou na douta assembléia:

— *houve quem apoiasse o relatório nas suas premissas e conclusões;*

— *houve quem lhe aceitasse as conclusões, rejeitando-lhe as premissas;*

— *houve, finalmente, quem o repudiasse de «fond en comble», sem contemplação.*

A primeira corrente, à qual o Professor Paulo Cunha deu fundamentada adesão, foi em boa verdade, a mais numerosa.

A segunda opinião (porque, singular como foi, embora sedu-

tora, não fez corrente) impressionou a assembléia, pela sua maior novidade de concepção, mas, ao que parece, não a demoveu. Foi seu paladino o Professor Inocêncio Galvão Teles, fundando-a na idéia de que a falência (e também a insolvência) não importa incapacidade do falido, mas unicamente uma «indisponibilidade quanto a bens»; e que, não sendo incapacidade, menos pode ser interdição; e que não sendo interdição, não pode dar lugar a inventário orfanológico no caso de ser um dos herdeiros insolvente ou falido.

Finalmente, o Professor Barbosa de Magalhães, com o entusiasmo e a convicção de sempre, pode dizer-se que foi o arauto da terceira corrente.

A falência gera a incapacidade do falido e, como tal, importa a sua interdição, visto ser a declarada por sentença (já que toda a incapacidade que tem de ser declarada por tal forma constitue sempre interdição).

A este argumento do ilustre Professor, de natureza formal — digamos assim — outro da mesma espécie se veio juntar: só o inventário, através das suas formalidades processuais e providências administrativas, assegura e garante a plena defesa dos interesses do falido ou insolvente e, portanto, também a dos seus próprios credores.

A estas, acresceram outras razões, talvez de menor quilate, mas largamente desenvolvidas como as primeiras o foram: umas positivas, de refôrço à idéia — base; outras negativas, de crítica aos fundamentos do relatório.

E eis, em dois traços, como se revelou o oscilante pensamento da Assembléia a propósito do difícil problema — curando aqui de registrar, pàlidamente, apenas o que em termos de muito brilho disseram os que falaram, na impossibilidade de prescrutar também os íntimos recessos dos que modesta, mas injustificadamente, calaram as suas opiniões.

Interveio no debate número apreciável, mesmo desusado, de Professores e Advogados: Barbosa de Magalhães, Paulo Cunha, Inocêncio Galvão Teles, foram os primeiros; e entre os segundos: Pedro Pita, Mário de Castro, Octávio de Brito, Santos Lourenço, Paulo Cancela de Abreu, Acácio Gouveia, José Maria Galvão Teles, Fernando Olavo e Francisco Gentil.