

DOS PRESSUPOSTOS MATERIAIS DA FALÊNCIA

ANOTAÇÃO AO AC. DO S.T.J. DE 7-1-86

Pela Dr.^a Rita Amaral Cabral ()*

SUMÁRIO

1. Razão de ordem.
2. Análise dos termos do litígio e das decisões proferidas.
3. Posição do problema.
4. Delimitação dos pressupostos materiais da falência.
 - 4.1. Introdução.
 - 4.2. Evolução histórica.
 - 4.3. Breve caracterização do regime vigente.
 - 4.4. A tese de JOSÉ ALBERTO DOS REIS. Crítica.
 - 4.5. A construção jurisprudencial. Crítica.
 - 4.6. Pluralidade necessária dos pressupostos materiais.
5. Análise da previsão normativa do artigo 870.º do Código de Processo Civil.
 - 5.1. A conversão como meio suspensivo da instância executiva.
 - 5.2. Natureza exclusivamente processual da solução consignada no n.º 1 do Art. 870.º
 - 5.2.1. Introdução.
 - 5.2.2. Tese da autonomia relativamente ao Art. 1135.º. Crítica.
 - 5.2.3. Tese da autonomia relativamente ao Art. 1174.º. Crítica.
6. Apreciação final do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de Janeiro de 1986.

(*) Assistente da Faculdade de Direito de Lisboa e da Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Católica Portuguesa.

1. RAZÃO DE ORDEM.

Destinado, em tese, a excluir do tráfico mercantil quem já patenteou a sua inaptidão para nele intervir, o processo de falência reveste-se de especial importância nos momentos de crise económica ou financeira. É através dele que se poderão evitar a indesejável perpetuação de empreendimentos inviáveis, a ineficiente utilização do crédito, o nefasto abuso da personalidade jurídica colectiva ⁽¹⁾.

Esta função, tal como a outra consistente em proporcionar liquidação colectiva em benefício dos credores, faz com que o referido procedimento se revista, nos dias de hoje, de importância extraordinária. E tanto bastaria para justificar o estudo do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de Janeiro de 1986.

Mas outras razões existem que fundamentam igualmente a análise da decisão transcrita. A primeira das quais se prende com o facto de ela contrariar, pelo menos no tocante à respectiva conclusão, a tendência dominante dos tribunais em matéria da con-

⁽¹⁾ No estrangeiro encontra-se hoje em relativo declínio a ideia, muito em voga na década de 70, segundo a qual o processo de falência se destinaria a desempenhar, primordialmente, uma função preventiva de saneamento das empresas. O Decreto-Lei 177/86, de 2 de Julho inspira-se em parte nesta filosofia. Tal «euforia saneadora», como é designada por KUHN/UHLENBRUCK, deveu-se ao peso que na época assumiram as considerações da política social, hoje atenuadas em face de maior preocupação com a eficiência económica das soluções. Cfr. GEORG KUHN/WILHELM UHLENBRUCK, *Konkursordnungskommentar*, 10.^a ed., München, 1986, pp. 16 e 17; J. BISBAL MENDEZ, *La empresa en crisis y el dercho de quiebras/ Una aproximacion economica e juridica a los procedimientos de conservacion de empresas*, Zaragoza, 1986, pp. 6 e ss.; J. ARGENSON/G. TOUJAS, *Traté théorique et pratique des procédures collectives/Commentaires et Formules*, [par] BERNARD SOINNE, Paris, 1987, pp. 3 a 18. Para uma visão adjectiva das funções do processo de falência pode ler-se de NICOLA JAEGER, *Osservazioni in tema di struttura e funzione del fallimento e degli altri processi occasionati da crisi di imprese*, in «Rivista di Diritto Processuale» ano 17.^o, n.^o 4, (1962), pp. 529 e ss. Adoptando a perspectiva clássica VIRGILIO ANDRIOLI, *Fallimento (diritto privato)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XVI, Milano, 1967, pp. 282 e ss. Entre nós v. MENEZES CORDEIRO, *Da conversão da execução em falência/Subsídios para a interpretação do art. 870.º/1 do Código de Processo Civil, à luz das tendências actuais do direito falimentar*, in «Tribuna da Justiça» n.^o 34, (1987), pp. 125.

versão da execução em falência. Na verdade, a maioria das escassas mas esclarecedoras sentenças que antecederam o acórdão em apreço decidiu que o art. 870.º do Código de Processo Civil, consagrando tão-somente solução de direito processual, não previa causa autónoma de falência (2).

O segundo motivo, em que também radica o interesse da questão *sub judice*, reside na circunstância de ela se conexionar com um dos problemas mais controvertidos no domínio das quebras — o que concerne ao significado da previsão normativa que se contém no art. 1174.º do Código de Processo Civil.

Finalmente, e não se tratará da razão menos ponderosa, há um aspecto do acórdão que sempre tornaria, em alguma medida, útil o respectivo comentário. É que, parece existir evidente incongruência entre o teor do julgamento, expresso no sumário publicado no «Boletim do Ministério da Justiça», e os considerandos justificativos invocados para o alicerçar.

2. ANÁLISE DOS TERMOS DO LITÍGIO E DAS DECISÕES PROFERIDAS.

Em execução sumária instaurada na comarca de Lisboa, pelo 16.º Juízo Cível, contra a sociedade A, o Banco B, exequente, após verificação dos seus créditos, requereu ao Tribunal que, de acordo com o art. 870.º, n.º 1, do Código de Processo Civil, proferisse despacho a impor o envio dos autos à Secretaria Geral para nova distribuição, a fim de poder ser decretada a falência

(2) Cfr. Ac. STJ de 3 de Maio de 1966 in «Revista dos Tribunais» ano 84.º, (1966) pp. 413/414; ; Acs. da Rel. de Lix. de 2 de Julho de 1969; de 24 de Fevereiro de 1971 e de 25 de Fevereiro de 1976, respectivamente, in «Boletim do Ministério da Justiça» n.ºs 194, p. 279; 204, p. 191; 256, p. 168; Ac. STJ de 22 de Maio de 1973 in «Boletim do Ministério da Justiça» n.º 227, pp. 105 e ss.; e Ac. da Rel. de Évora de 21 de Julho de 1983 in «Colectânea de Jurisprudência» VIII, (1983), tomo 4, pp. 314 e ss. Seguindo a linha de orientação perfilhada pela decisão acima reproduzida: o Ac. da Rel. Lix. de 7 de Julho de 1965 in «Jurisprudência das Relações», n.º 11 (1965), pp. 553 e ss. e o Ac. da Rel. de Coimbra de 19 de Novembro de 1971 in «Boletim do Ministério da Justiça» n.º 211, p. 334.

da executada. Pedido esse julgado procedente pelo meritíssimo juiz, que, correspondentemente, ordenou que a execução coubesse ao tribunal competente para a falência.

Posto o que, foi a mesma distribuída ao 9.º Juízo Cível, da comarca de Lisboa, cujo juiz, considerando não ser o pedido de remessa do processo bastante para ser declarada a falência, convidou o requerente a articular os factos necessários à demonstração de que se verificavam os pressupostos daquela situação de impotência financeira.

Deste despacho agravou a exequente, defendendo constituir a prova da desproporção, para menos — entre o activo e o passivo da executada — não apenas fundamento específico da providência do n.º 1 do art. 870.º, como ainda sustentáculo de declaração automática da quebra.

Tal recurso não foi, todavia, recebido. E, em 9 de Julho de 1984, o juiz indeferiu liminarmente o requerimento de remessa, julgando petição inicial inepta para a declaração de falência, dada a falta de formulação de pedido e de indicação da causa de pedir.

Inconformado, o exequente agravou desse despacho para a Relação de Lisboa que, todavia, negou provimento ao recurso. Entendeu este Tribunal que o problema suscitado consistia em saber se a situação descrita no art. 870.º, n.º 1, do Código de Processo Civil chegava por si só para basear a sentença declaratória da falência, ou se, para tanto, se tornaria necessária a verificação adicional de um dos factos-índices do art. 1174.º do mesmo Código. Optando pelo segundo entendimento, a Relação confirmou o despacho recorrido.

Desta decisão foi, pelo requerente, interposto novo agravo para o Supremo Tribunal de Justiça. Nas alegações defendeu-se, em síntese, sustentando que:

- a) existe, nos dias que correm, todo o interesse em simplificar o processo conducente à declaração de falência das empresas;
- b) uma das formas de conseguir tal desiderato será interpretar o art. 870.º, n.º 1, em termos que dispensem os credores com créditos verificados, e que hajam provado

a insuficiência do património do executado para satisfazer esses mesmos créditos, de terem de apresentar uma petição falimentar e de «ficarem sujeitos aos formalismos (probatórios, nomeadamente) que tal petição implica»;

- c) esta interpretação é legitimada pelo n.º 2 do artigo 870.º que claramente discrimina os credores sem créditos verificados daqueles em relação aos quais a verificação ocorreu;
- d) outro entendimento do mencionado preceito sempre seria de excluir na medida em que o tornaria totalmente inútil.

Este recurso foi julgado procedente pelo douto acórdão ora em análise, ordenando-se a substituição do despacho recorrido por outro decretando a falência da sociedade devedora.

No seu encadeamento lógico, os pontos fulcrais do aresto do Supremo são os seguintes:

- a) a insuficiência do património do executado para o pagamento dos créditos verificados e graduados pressupõe, pelo menos, a cessação de pagamentos pelo obrigado — um dos factos-índices enunciados no art. 1174.º do Código de Processo Civil;
- b) o exequente, no requerimento liminarmente indeferido pelo tribunal de primeira instância, alegou também factos constitutivos da ausência do estabelecimento, citando expressamente o disposto no art. 1174.º, n.º 1, alínea b) do Código de Processo Civil;
- c) tais circunstâncias prejudicam definitivamente o interesse da questão consistente em determinar se o art. 870.º do Código de Processo Civil integra uma causa de falência, uma vez que foram invocados «factos-índices prevenidos no artigo 1174.º do mesmo Código, para ser declarada a falência»;
- d) além do mais, o n.º 2 do citado artigo 870.º consagra a diferença entre credores graduados e não graduados, quanto à faculdade que lhes é concedida de requererem

a declaração de falência, e, por isso, há que admitir que «os credores sem crédito verificado têm de requerer a falência com as normais dificuldades que tal processo entre nós suscita *ab initio*, e, diversamente, os credores com créditos verificados não estão sujeitos aos formalismos exigidos para aqueles»;

- e) as intâncias agravadas incorreram, ainda, em violação do caso julgado pois rejeitaram liminarmente o requerimento de remessa que já se encontrava deferido por despacho transitado em julgado do 16.º Juízo Cível;
- f) a declaração de falência não ofenderá o princípio da contraditoriedade processual, uma vez que à executada foi concedida a possibilidade de se defender, «quer no processo de execução onde podia demonstrar que o seu património bastava para o pagamento dos créditos verificados e recorrer do despacho que decidisse o contrário, quer no da falência onde lhe não seriam negados os meios processuais adequados para reagir contra uma declaração de falência, porventura ilegal, por caducidade — caso apontado — ou qualquer outra razão».

3. POSIÇÃO DO PROBLEMA.

Como se infere da leitura do acórdão, o Supremo Tribunal de Justiça quando enuncia os motivos em que funda a sua decisão nunca refere *expressis verbis* que o art. 870.º consagra uma causa de falência.

Antes evita o debate da questão defendendo ser suficiente aduzir, no requerimento de remessa do processo, a verificação de eventos susceptíveis de integrarem os pressupostos materiais da quebra.

Ou seja, não se prescinde, em princípio, da indicação de acontecimentos que, em conformidade com o art. 1174.º do Código de Processo Civil, integrem um dos fundamentos da declaração de falência, apenas se considerando dispensável a apresentação de petição falimentar autónoma.

Todavia, na parte conclusiva do mesmo aresto, o Supremo faz seus os assertos finais da alegação da agravante, sendo certo que estes últimos não aludem ao art. 1174.º, nem à existência das situações previstas nesta norma, e, ao invés, se limitam a defender que o pretenseo desequilíbrio patrimonial do executado constitui requisito bastante para desencadear necessariamente a declaração de falência. Doutrina que é retomada no sumário, o qual, desenvolvendo-a abertamente, afirma a dispensabilidade da aplicação do art. 1174.º (3).

Não pode aceitar-se como exacta a proposição do sumário, tal como não merece concordância o sentido do julgamento daquele tribunal superior.

Há que traçar claramente a fronteira entre o pedido de envio do processo ao tribunal competente para declarar a falência e o pedido da declaração de falência. O primeiro tem como pressuposto a insuficiência do património do devedor para pagar os créditos verificados e é apreciado pelo tribunal por onde corre o processo de execução. O segundo depende da impossibilidade para o comerciante de cumprimento dos respectivos deveres, nascida de uma das situações descritas no artigo 1174.º, e, naturalmente, só pode ser conhecido pelo tribunal competente para decretar a quebra. O art. 870.º é uma norma de direito processual, enquanto a regra do art. 1174.º tem natureza substantiva. Trata-se de dois momentos da convolação que são logicamente distintos e processualmente diferenciados.

Ora, a exposição de motivos do Supremo patenteia manifesta confusão entre as duas vertentes e é, aliás, esta mesma falta de clareza que se encontra na origem das contradições que obscurecem a sentença.

Na verdade, depois de aparentemente admitir que a falência depende da prévia demonstração da existência de um dos factos descritos no art. 1174.º — e só assim se explica a referência à cessação de pagamentos e ao abandono do estabelecimento — o tribunal conclui aceitando a tese exposta pela exequente nas

(3) Os preceitos legais citados sem referência à fonte reportam-se ao Código de Processo Civil em vigor, aprovado pelo Decreto-Lei 44 129, de 28 de Dezembro de 1961.

alegações. Nestas, como já salientámos, nunca se distingue o requisito prévio da remessa, que é dado como provado, do pressuposto da falência cuja declaração é solicitada.

Idêntico salto lógico subjaz, ainda, à óbvia oposição que existe não só entre os *obiter dicta* do acórdão e o conteúdo da decisão, como também entre esta e o texto do sumário publicado.

E é igualmente em incoerência similar que radica a afirmação feita de que as instâncias recorridas violaram o caso julgado, quando se mostra por demais evidente que a decisão transitada acerca do pedido de remessa do processo não pode, em hipótese alguma, ser considerada como constituindo caso julgado quanto ao deferimento do pedido de falência.

Deriva do exposto que merecia adesão a perspectiva adoptada pelo acórdão da Relação de Lisboa. Com efeito a demanda acaba por evoluir em torno do problema que se traduz em averiguar se o art. 870.º, n.º 1, do Código de Processo Civil consigna, ou não, fundamento autónomo da falência. Relativamente a esta questão, afigura-se correcto o rumo propugnado pelo Supremo em momento anterior e, conseqüentemente, criticável o que foi adoptado pela sentença acima reproduzida. Procurar-se-á de seguida enunciar as razões determinantes de tal posição.

4. DELIMITAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS MATERIAIS DA FALÊNCIA.

4.1 INTRODUÇÃO.

Para resolver o problema nuclear que consiste em saber quando pode considerar-se falido um comerciante é admissível uma de duas vias: ou se define aquele estado em geral, e, verificados os requisitos que demarcam o conceito, é possível declarar-se a falência, ou, pelo contrário, prescinde-se de noção genérica e enumeram-se taxativamente as diversas situações que manifestam a falência de molde a que só ocorrendo uma delas pode verificar-

-se a respectiva declaração. Consagrar uma definição facilita a abertura do processo e concede ao juiz maior latitude na valoração das especificidades de cada caso que terá de reconduzir à previsão da lei. O sistema de enumeração, salvaguardando melhor a certeza e a segurança do tráfico comercial, corresponde a fórmula mais rígida que, por isso, pode falhar em concreto, eliminando empresas recuperáveis e abrindo caminho à continuação de actividades sem condições de sobrevivência (4).

4.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA.

Já em 1833, aquando da publicação do primeiro Código Comercial, a lei portuguesa optou pelo sistema da definição geral — o que, aliás, nem sempre foi exactamente compreendido e bem aceite pela doutrina do tempo.

Com efeito o Código de FERREIRA BORGES iniciava o título XI, epigrafado *Das Quebras, reabilitação do falido e moratórias*, com um n.º 1121/Art. I que estatuiu o seguinte:

«Diz-se negociante quebrado aquele que, por vício da fortuna ou seu, ou parte da fortuna e parte seu, se acha inhábil para satisfazer os seus pagamentos, e abandona o comércio».

a que sucedia o n.º 1123/art. III que dispunha:

«Todo o comerciante que cessa pagamentos acha-se em estado de quebra».

(4) Cfr. a referência a estes sistemas no n.º 4 do Relatório que antecedeu o Código de Falências aprovado pelo Decreto-Lei n.º 25 981, de 26 de Outubro de 1935. O aludido Relatório pode ainda consultar-se em JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código Comercial Atualizado e Código de Falências*, Coimbra, 1936, pp. 374 e ss. Sobre esta questão, em geral, ver a obra clássica de BONELLI, *Del fallimento*, ed. reelaborada por ANDRIOLI, vol. I, Milano, 1938, pp. 112 e ss.; JOAQUIM GARRIGUES, *Derecho de las quiebras y de las suspensiones de pagos*, in «Revista de Derecho Privado», tomo XXIV, (1940), pp. 185 e ss. e J. ARGENSON/G. TOUJAS, *Traité théoriques et pratique*, ob. cit., pp. 19 a 65.

Tais preceitos foram interpretados por sector importante da doutrina contemporânea do diploma como consagrando soluções contraditórias e incompatíveis entre si. Entendiam esses autores que a primeira disposição equiparava a falência à superioridade do passivo em relação ao activo do comerciante, pelo que se tornava ininteligível a referência, no mesmo plano, à cessação de pagamentos e ao abandono do comércio (5).

Trata-se obviamente de versão distorcida da lei. Na verdade, o legislador de 1833 definia a falência como «inhabilidade 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.

Foi, porém, aquela outra interpretação, sustentada por HINTZE RIBEIRO, que veio a prevalecer junto do legislador de 1888.

Com efeito, o Código de VEIGA BEIRÃO, não consagrando abertamente uma noção de falência, igualava a quebra à insuficiência do activo para satisfazer o passivo, considerando a cessação de pagamentos como presunção daquele estado e admitindo qualquer meio de justificação da insuficiência (6).

A inovação não foi feliz. A partir dela, doutrina e jurisprudência debateram continuamente o valor da presunção constituída pela cessação de pagamentos (7).

(5) Cfr., por todos, HINTZE RIBEIRO, *Da reforma da legislação comercial*, Lisboa, 1877, p. 170.

(6) O art.º 692.º estatua o seguinte:

«O comerciante que cessa pagamentos de suas obrigações comerciais presume-se em estado de quebra, que deve ser judicialmente declarado.

§ único — 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».

(7) Ficou célebre o debate entre FRANCISCO JOAQUIM FERNANDES e EDUARDO SALDANHA. Cfr. destes autores, respectivamente, *Declaração da Falência e seus efeitos*, Coimbra, 1897, pp. 5 e ss., e *Das falências*, Porto, 1897, p. 6 e

A incerteza resultante deste estado de coisas não se dissipou com o aparecimento do Código de Falências, de 26 de Julho de 1899 e ulteriormente intercalado no Código de Processo Comercial, aprovado pelo Decreto ditatorial de 24 de Janeiro de 1895 e sancionado pelas Câmaras mediante Carta de Lei de 13 de Maio de 1896 ⁽⁸⁾.

É que estes diplomas mantiveram a orientação do Código de VEIGA BEIRÃO. A única alteração de monta traduziu-se no alargamento dos critérios para a declaração de falência a casos de fuga do comerciante e abandono do estabelecimento, que foram considerados «vehementes indícios» do grave desequilíbrio económico do comerciante ⁽⁹⁾.

Apesar das dúvidas suscitadas pela técnica empregue no traçado das causas de falência, só com o Decreto-Lei n.º 25 981, de 26 de Outubro de 1935, viria a ser modificado o regime legal.

A nova disciplina retomou soluções muito próximas das seguidas em 1833. Com efeito, o art. 1.º do novo diploma, apodado de segundo Código de Falências, começava por definir o estado de falido como o do comerciante que se encontra impossibilitado de solver os seus compromissos, fórmula relativamente chegada à «inhabilidade para satisfazer pagamentos» utilizada por FERREIRA BORGES.

Depois, no art. 2.º, eram enumeradas as situações que podiam estar na origem da declaração de falência. Mas já não se falava

ss.. Para uma visão da jurisprudência pode consultar-se A. MACIEIRA, *A presunção de falência por cessação de pagamentos cede perante a prova de que o passivo é superior ao activo*, in «Gazeta da Relação de Lisboa» 23.º ano, n.º 46 (1909), pp. 361 e ss.; CUNHA GONÇALVES, *Comentário ao Código Comercial*, vol. 3.º, Lisboa, 1918, pp. 485/486; PALMA CARLOS, *Declaração de Falência por apreensão do comerciante*, Lisboa, 1935, p. 104.

⁽⁸⁾ A inserção deu-se através da nova publicação oficial do Código de Processo Comercial, aprovado pelo Decreto de 14 de Dezembro de 1905. Sobre esta evolução cfr. J.M. BARBOSA DE MAGALHÃES, *Código do Processo Comercial Anotado*, vol. 1.º, 3.ª ed., Lisboa, 1912, p. 13.

⁽⁹⁾ As palavras são do relatório, que antecederá o Código de Falência, subscrito por JOSÉ MARIA ALPOIM DE CERQUEIRA BORGES CABRAL, Secretário de Estado dos Negócios Eclesiásticos e da Justiça.

em presunção e antes se determinava, de forma taxativa, que a falência teria lugar nos casos seguintes:

- «1.º Cessação de pagamentos;
- 2.º Fuga do comerciante ou ausência do seu estabelecimento sem deixar legalmente indicado quem o represente na respectiva gestão;
- 3.º Dissipação e extravio de bens ou qualquer outro abusivo procedimento que revele, por parte do comerciante, manifesto propósito de se colocar na situação de não poder solver os seus compromissos...».

A justificar a adopção do conceito de impossibilidade de cumprir, MANUEL RODRIGUES, autor do relatório que precedeu a nova regulamentação, escrevia:

«A falência é um estado patológico na actividade económico-comercial e por isso a sua essência deve deduzir-se do contraste com o movimento normal daquela actividade (...) e o que perturba este mecanismo é a impotência de um ou algum dos seus membros para cumprir, pois, sendo as actividades interdependentes, a omissão de uma implica ou pode implicar uma perturbação mais ou menos grave, mais ou menos generalizada.

A insuficiência do activo em face do passivo não constitui, de-per-si, uma perturbação do mecanismo económico (...). Em face destas conclusões, parece preferível a todos o sistema que põe na base do estado de falência a impossibilidade de pagar».

É ainda interessante observar que, no decurso do debate do segundo projecto do diploma, tanto a Ordem dos Advogados como a «Revista dos Tribunais» se pronunciaram contra a inclusão de conceito geral de falido, considerando mais vantajosa a enumeração de casos concretos aptos a fundar a declaração de falência ⁽¹⁰⁾.

⁽¹⁰⁾ Cfr. PEDRO SOUSA MACEDO, *Manual de Direito das Falências*, vol. I, Coimbra, 1964, p. 241.

O Decreto-Lei n.º 25 981 viria a ser integrado no Código de Processo Civil de 1939, de onde transitaria, apenas com alterações de forma, para o Código de Processo Civil de 1961 ⁽¹¹⁾.

4.3 BREVE CARACTERIZAÇÃO DO REGIME VIGENTE.

Afigura-se, pois, indiscutível que o legislador português optou pela técnica da definição, com plena consciência dos benefícios e inconvenientes que desta poderiam resultar. Do mesmo modo, parece certo que a delimitação de conceito genérico foi vista, ao longo de sucessivos trabalhos preparatórios, como a verdadeira pedra de toque do regime jurídico, relegando-se para nível secundário as restantes questões atinentes à sintomatologia que permite evidenciar o estado, muitas vezes oculto, de falido.

Ora, aceite o sistema da definição, isso significa que a falência só se justificará verificando-se, em concreto, os diversos requisitos que integram a noção retratada pela lei. Em face do art. 1135.º do Código de Processo Civil, tais elementos serão a qualificação como comerciante e a verificação da impossibilidade de cumprir as obrigações. Todavia, sendo necessários à declaração, eles não constituem condições suficientes.

Com efeito, o legislador havendo ponderado que a exteriorização da incapacidade financeira nem sempre é facilmente apreensível e as mais das vezes representaria fonte de discussão e de incerteza, enuncia os meios de revelação de tal impotência, os quais terão de ser provados em ordem a obter-se uma sentença declaratória.

Este quadro, de interpretação aparentemente fácil, tem dado lugar a hesitações e a alguma ambiguidade na sua aplicação. 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 sistema-

⁽¹¹⁾ Cfr. sobre esta evolução ANTUNES VARELA/MIGUEL BEZERRA/SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, 2.ª ed., Coimbra, 1985, p. 31.

ticamente 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 (12).

Escrevia MANUEL RODRIGUES a propósito do texto que esteve na origem do actual art. 1174.º:

«São esses indícios ou alguns dêes, que as legislações consideram umas vezes como causas, outras vezes como presunções de falência, não significando praticamente grande cousa a diferença» (13).

Tinha razão este autor. Dado que sempre seria necessário demonstrar a incapacidade para cumprir, a distinção entre presunções *juris tantum* e *juris et de jure*, e a qualificação dos factos como verdadeiras causas do estado de falido eram desprovidas de qualquer alcance. Na verdade, não ocorrendo a previsão do art. 1135.º, a falência não podia, em qualquer caso, ser decretada; só que tal impossibilidade não derivava do carácter ilidível, ou não, de pretensas suposições legais, e antes resultava da falta de um dos elementos da estatuição normativa.

Mas, como o art. 1174.º começou a ser aplicado independentemente do art. 1135.º, e como se quis fazer decorrer a declaração de falência, exclusivamente, dos factos descritos pelo mesmo art. 1174.º, renasceu a questão da natureza dos acontecimentos que permitem averiguar aquele estado de incapacidade financeira.

E tal como sucedera ao longo dos anos que mediaram entre 1888 e 1935 surgiram duas correntes de opinião:

a primeira, firmada nas posições de JOSÉ ALBERTO DOS REIS, defende que o art. 1174.º sanciona causas necessárias de falência;

(12) Em rigor, parte destes argumentos foram aduzidos perante o artigo 1136.º do Código de Processo Civil de 1939. Mas como o artigo 1174.º manteve, quase sem modificações, a regra do Código anterior, aquelas mesmas razões, não tendo perdido actualidade, continuam a ser utilizadas em relação ao Código vigente.

(13) Cfr. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código Comercial Atualizado e Código das Falências*, ob. cit., 1936, p. 375.

a segunda, sustentada sobretudo pelos tribunais, entende que este preceito se limita a estabelecer presunções ilídiveis, de acordo com o regime geral.

4.4 A TESE DE JOSÉ ALBERTO DOS REIS. CRÍTICA.

A doutrina que adopta a tese de que as situações delineadas no art. 1174.º são condições de per si para a declaração de falência invoca um único argumento, de carácter histórico, relacionado com o já aludido relatório preliminar do Código de Falências, em particular com a passagem daquele texto que começa da seguinte forma:

«As causas de falência são apenas as que estão enumeradas na lei e não outras. Só elas se consideram formas de revelação perfeita e inequívoca da impossibilidade de pagar, embora outras possam existir. As causas são índices, disse-se, mas índices que não admitem prova em contrário, a não ser a que se destina a demonstrar que o facto-índice não existiu» (14).

Todavia, podem os referidos considerandos significar, como já se escreveu, que para o legislador de 1935, directo antecessor do actual, verificado *evento sintomático* de falência esta deveria ser necessariamente decretada? Parece óbvio que não. O número

(14) Cfr. ALBERTO DOS REIS, *Processos Especiais*, vol. II, Coimbra, 1956, p. 321. Pronuncia-se no mesmo sentido PEDRO SOUSA MACEDO, *Manual do Direito das Falências*, vol I, ob. cit., p. 242. A opinião de JOSÉ ALBERTO DOS REIS foi expressa na vigência do Código de Processo Civil de 1939, cujo artigo 1135.º era idêntico ao actual. Como já foi referido, os códigos de Processo Civil de 1939 e de 1961 praticamente não alteraram as soluções dos Código de Falências de 1935, pelo que se mantém o valor interpretativo do relatório que antecedeu este.

de que é extraído o excerto transcrito teve a precedê-lo um outro, que se inicia nos seguintes termos:

«O primeiro problema a resolver, por ser fundamental, é o das causas da falência — quando existe a falência e quais os índices por que se revela» (15).

Este parágrafo aponta, pois, a determinação do estado de falido como questão prévia relativamente à das situações que o permitem revelar. Aliás, a prioridade sempre se apresentaria como exigência lógica. Se os factos são qualificados como indicadores, só valerão como tais quando evidenciarem certa realidade — a qual terá, naturalmente, de ser delimitada e conhecida em momento anterior. Por isso o citado relatório apresenta as duas questões como indissociáveis, findo o que conclui:

«Parece preferível a todos o sistema que põe na base do estado de falência a impossibilidade de pagar»(16).

Só depois de deduzida esta ilação é abordado o problema dos sinais que permitirão descobrir aquela impossibilidade.

O que, em certos termos, assinala o carácter imprescindível de que se revestiu para o autor da lei a prova da própria incapacidade para pagar.

Na verdade, ao ocupar-se dos factos-índices, aquele mesmo relatório nunca deixa entender que poderão por si fundamentar a declaração de falência, antes se limitando a explicar que a enumeração de acontecimentos daquele tipo é restritiva, quer dizer, que apenas eles se consideram revelação perfeita e inequívoca da impossibilidade de pagar, embora outras possam existir.

Assim, o legislador consciente de que a adopção do sistema de definição sempre abriria caminho a que se viesse a admitir a falência, uma vez demonstrada de qualquer maneira a incapaci-

(15) Cfr. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código Comercial Actualizado e Código de Falências*, ob. cit., p. 374.

(16) JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código Comercial Actualizado e Código de Falências*, ob. cit., p. 376.

cidade financeira, quis, por razões de segurança, confinar a forma de manifestação daquele estado, evitando dúvidas adicionais. Daí que tenha considerado ser de exigir não apenas a impossibilidade de cumprir, mas também a prova de que tal situação se patenteia por certo traço inequívoco, claro e incontrovertível. Só isso se desejou esclarecer e certamente nunca foi propósito do relatório inutilizar o conceito de falência tão laboriosamente construído.

Nem o contrário resulta de nele se haver declarado que as causas constituem índices, mas índices que não admitem prova em contrário, a não ser a que se destine a demonstrar que o facto-índice não existiu (17).

É que, o facto-índice só o é se realmente evidenciar o estado de falência e se apresentar as características que a lei exige para ver nele a exteriorização evidente da situação circunscrita no art. 1135.º. 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 indicará.

Por isso se escrevia, também no relatório, que daqui decorre que a falência tanto pode resultar de várias recusas de pagamento como de uma só, desde que seja feita em circunstâncias, ou precedida ou acompanhada de actos que revelem a impossibilidade de pagar; e, ainda, que a fuga e o abandono do estabelecimento se justificam como condição de abertura da falência, na medida em que denunciam claramente o propósito, por parte do comerciante, de não cumprir as obrigações assumidas ou de se colocar em condições de as não poder cumprir (18).

Aliás, para além da improcedência das razões extraídas dos trabalhos preparatórios, a ideia de que o estado de quebra é coro-

(17) O argumento é de JOSÉ ALBERTO DOS REIS in, *Processos Especiais*, vol. II, ob. cit., pp. 325 e segs.

(18) Cfr. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código Comercial Atualizado e Código de Falências*, ob. cit., pp. 378/379. Hoje em dia esta questão é desprovida de interesse relativamente à cessação de pagamentos, uma vez que o Decreto-Lei n.º 177/86, de 2 de Julho, que veio alterar a alínea a) do n.º 1 do art. 1174.º, introduziu uma referência expressa à «incapacidade financeira» do devedor. v. sobre esta questão, em França, J. ARGENSON/G. TOUJAS, *Traité théorique et pratique*, ob. cit., pp. 85 e ss.

lário inelutável dos factos indicativos sempre seria insusceptível de defesa no plano da pura lógica. Efectivamente, aceita 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.

4.5 A CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL. CRÍTICA.

Talvez em virtude de conhecer mais de perto as dificuldades emergentes da aplicação do art. 1174.º sem o recurso simultâneo ao conceito genérico de falência, importante sector da jurisprudência interpretou o sistema legal por forma que já não prescinde da noção de incapacidade financeira, mas que faz esta desempenhar papel que o legislador parece não lhe ter destinado. Lançando mão de técnica expressamente consagrada pelo antigo Código de Processo Comercial, alguns tribunais têm decidido no sentido de que os factos-índices são presunções ilidíveis do estado de falência (19).

(19) A construção deve-se, na realidade, ao Supremo Tribunal de Justiça como denuncia JOSÉ ALBERTO DOS REIS. (cfr. deste autor, *Processos Especiais*, vol. II, ob. cit., p. 327). O que não significa que não tenha merecido a adesão de vários autores. Neste sentido: AURELIANO STRECHT RIBEIRO, *Anotações ao Código de Falências*, Coimbra, 1936, pp. 5 e segs.; ARY DE ALMEIDA ELIAS COSTA, *Das falências/Seu estudo e seu processo*, 2.ª ed., Vila do Conde, 1971, p. 16; RUY DE ALBUQUERQUE/MARIA DOS PRAZERES PIZARRO BELEZA, *Considerações sobre a conversão da execução em falência*, in «Colectânea de Jurisprudência», ano XI, (1986), tomo 4, pp. 17 e ss.; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO, *Ação executiva e pressupostos da Falência*, in «Ciência e Técnica Fiscal», n.º 337/339, (1987), pp. 47 e ss. e *Lições de Direito Comercial*, vol. I, polic., Lisboa, 1986/1987, pp. 185 e ss.. Representativos desta corrente, nos últimos anos são, por exemplo, os Acórdãos do STJ de 9 de Março de 1976, de 25 de Outubro de 1977 e de 14 de Março de 1978, respectivamente em «Boletim do Ministério da Justiça» n.ºs 255, pp. 71 e ss., 270, pp. 184 e ss. e 275, pp. 242 e ss.

O que implica que o requerente possa conseguir a declaração deste estado provando tão-só a existência de um daqueles eventos, não ficando, porém, o comerciante requerido privado do ensejo de demonstrar que dispõe de meios para pagar as suas dívidas. Assim se evitaria a inutilização prática do art. 1135.º

Mas também esta concepção se defronta com críticas irrefutáveis. A primeira das quais tem que ver com a letra da lei, que não alude a qualquer presunção e, ao invés, afirma peremptoriamente que a falência terá lugar quando ocorrerem as situações descritas. Ora, *presunção e definição* correspondem a técnicas completamente distintas. Através da primeira, afirma-se que a verificação de certa realidade permite induzir a existência de outra, cuja demonstração se dispensa. Na segunda, exige-se o concurso de todos os elementos da estatuição abstracta para desencadear os efeitos ou o regime que andam ligados a esta.

A circunstância de o texto do art. 1174.º não fazer qualquer referência à necessidade de operar uma ilação é, em si mesma, impeditiva de qualquer exegese construída sobre a descoberta de presunções. Com efeito, estas determinam uma inversão do ónus da prova, ou seja, regime probatório de excepção (20). E é inaceitável, em face do disposto no art. 9.º do Código Civil, a adopção de tão marcado desvio à regra sem «um mínimo de correspondência verbal».

Argumento reforçado pelo contraste com o art. 1314.º do Código de Processo Civil que, não deixando margem para dúvidas, abertamente utiliza a locução «presume-se».

O emprego desta técnica para expor o regime do art. 1174.º parece, assim, corresponder a simples resquício de soluções preconizadas durante a vigência do primeiro Código de Falências e do Código de Processo Comercial. Com uma notável diferença: em ambos os diplomas havia um suporte literal, que não existe no Código de 1961.

(20) A repartição do ónus da prova dos factos de carácter processual também se regula através da observância do artigo 342.º do Código Civil. Cfr., neste sentido, MANUEL DE ANDRADE, *Anotação ao Assento de 22 de Março de 1946*, in «Revista de Legislação e Jurisprudência», ano 78.º, (1945/1946), p. 411.

Mas não é apenas a letra da lei que exclui a plausibilidade desta versão. O elemento sistemático e teleológico são-lhe igualmente contrários. Assim, a secção dedicada à disciplina da liquidação em benefício dos credores inicia-se com uma subsecção epigrafada *Disposições Gerais* e esta, por sua vez, começa precisamente pelo artigo 1135.º, intitulado *Definição do estado de falência*. O que é suficiente para manifestar o âmbito evidentemente genérico do mesmo e para demonstrar que é à luz da respectiva aplicação que terão de apreender-se todos os preceitos ulteriores, designadamente os que concernem à declaração da quebra. Ilustração significativa do que salientámos resulta de ser neste dispositivo que se reserva o processo falimentar aos comerciantes (21). Se o art. 1135.º não se encontrasse conexionado com o art. 1174.º, e sendo dispensável a concretização daquela primeira norma quando da aplicação da última, sempre surgiriam dúvidas acerca da eventual extensão do processo de falência aos não comerciantes. E, igualmente, quedaria insusceptível de interpretação a alínea b) do mesmo art. 1174.º Nela se dispõe que a falência pode ser decretada se o comerciante se ausentar do estabelecimento sem deixar legalmente indicado quem o represente na respectiva gestão. Como interpretar a expressão «ausência»?

Em sentido restrito e de acordo com o art. 89.º do Código Civil, ou de uma forma menos limitativa mas mais adequada à razão de ser da execução universal?

E, no tocante às sociedades de responsabilidade limitada, em que se determina que pode declarar-se a falência caso se verifique a insuficiência do activo para satisfazer o passivo, como discernir os casos em que a sociedade não só pode, como deve, ser decretada falida, daqueles outros em que não deverá considerar-se justificada a constituição de tal estado? (22).

(21) Não permitindo, assim, hesitações quanto à equiparação, feita do ponto de vista da sistematização dogmática, do pressuposto subjectivo à condição objectiva. V. sobre esta questão, ANTONINO VITALE, *La Dichiarazione del Fallimento*, Milano, 1967, pp. 72 e ss.

(22) A leitura do comentário de JOSÉ ALBERTO DOS REIS sobre esta condição elucida só por si a necessidade de referir o facto-índice à ideia de impotência económica. Cfr. deste autor, *Processos Especiais*, ob. cit., pp. 333 e ss.

Para responder a estas perguntas é indispensável lançar mão do art. 1135.º Só o conceito de falência permitirá esclarecer as noções de «fuga» e de «ausência» empregues no art. 1174.º e identificar os casos em que a diferença para menos do activo, coincidindo com a incapacidade financeira, impõe a abertura de processo de liquidação. O que significa que a inteligibilidade do art. 1174.º pressupõe a confluência com os elementos que fazem parte da estatuição do art. 1135.º e que o enquadramento sistemático deste preceito permite e confirma tal ligação. Se o legislador houvesse querido prever mais um fundamento de falência, equiparável aos que o art. 1174.º enumera, certamente teria incluído a alusão à incapacidade para pagar no próprio art. 1174.º e não no início da secção. A localização impõe referência constante ao conceito de estado de falência, que é inevitável quando se trata de inquirir se é de aprovar a respectiva declaração.

Finalmente, considerarem-se os factos representados no art. 1174.º como meras presunções equivale a ignorar que o legislador escolheu o sistema da *definição*. Através dele pretendeu enunciar os critérios indispensáveis à identificação da falência e permitir ao juiz avaliar o crédito do comerciante. Aceitar que aquela seja decretada independentemente da prévia demonstração da existência de tais coeficientes corresponde a tornear norma imperativa e a recusar na prática o método consagrado pela lei.

4.6 PLURALIDADE NECESSÁRIA DOS PRESSUPOSTOS MATERIAIS DA FALÊNCIA.

A solução da lei, como foi mencionado, procura aliar os benefícios da definição de âmbito genérico — quais sejam os de apenas consentir a liquidação colectiva quando tal venha a revelar-se absolutamente necessário em face de hipótese concreta, cujas particularidades poderão ser apreciadas pelo juiz — à segurança inerente ao sistema da enumeração dos casos em que é admitida a abertura do processo. O credor interessado em que a falência seja decretada tem de demonstrar que o comerciante não pode solver os seus compromissos. Mas isso não bastará. Ele deverá

ainda provar que tal incapacidade se manifesta através de sintomas inequívocos que o legislador descreve ⁽²³⁾.

Assim se previne a incerteza que derivaria, para o tráfico mercantil, de um credor poder, a todo o tempo e invocando quaisquer razões, tentar obter a declaração do estado de falido do seu devedor. Assim se rodeia a propositura da acção de falência de todas as cautelas, evitando os gravíssimos inconvenientes que para o comércio decorreriam de técnica que redundasse na multiplicação de pedidos julgados improcedentes. A fim de alcançar solução equilibrada fez-se depender a génese da quebra de uma pluralidade de condições, que só existirá quando se cumulare, em relação ao mesmo comerciante, a impotência financeira e algum dos eventos descritos no art. 1174.º Admitir aquele processo unicamente com fundamento em um destes, é amputar a fórmula legal, desconhecer os propósitos que lhe estiveram subjacentes e ignorar o próprio texto das disposições.

Na verdade, as alíneas a) e c) do n.º 1 do art. 1174.º mencionam expressamente a necessidade de reportar o facto-índice à falta de meios do devedor, enquanto o n.º 2 estabelece que a falência é possível em caso de diferença entre o activo e o passivo, sugerindo pois claramente a necessidade de lançar mão de outro elemento que permita aferir os casos em que o estado de falido não só pode como tem de ser decretado. Aliás, o legislador confirmou esta interpretação ao alterar, em data recente, a regra relativa à cessação de pagamento, que passou a conter referência aberta à «incapacidade financeira» do comerciante sem a qual não existirá falência ⁽²⁴⁾⁽²⁵⁾.

⁽²³⁾ A palavra *incapacidade* não é aqui empregue rigorosamente, mas sim no sentido da falta de meios para pagar dívidas. Trata-se de significado específico do domínio da falência, consagrado pela tradição e que o próprio legislador acolheu no Decreto-Lei n.º 177/86, de 2 de Julho.

⁽²⁴⁾ Cfr. o art. 50.º do Decreto-Lei n.º 177/86, de 22 de Julho.

⁽²⁵⁾ O sistema da definição foi recentemente proposto no projecto de reforma do direito falimentar apresentado em 1984, em Itália, pela comissão ministerial presidida por PAJARDI. Na justificação escreve-se ser preferível esta «técnica polivalente, que se presta a uma incisiva interpretação jurisprudencial em relação com o contexto económico-social». Cfr. o texto deste documento in PIERO PAJARDI, *Manuale di Diritto Fallimentare*, Milano, 1986, pp. 937 e ss., *maxime*, p. 945.

5. ANÁLISE DA PREVISÃO NORMATIVA DO ARTIGO 870.º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

5.1 A CONVERSÃO COMO MEIO SUSPENSIVO DA INSTÂNCIA EXECUTIVA.

Na Secção III com a epígrafe *Convocação dos credores e verificação dos créditos*, que faz parte do capítulo do Código de Processo Civil consagrado à disciplina do processo ordinário de execução para pagamento de quantia certa, contém-se o art. 870.º que dispõe o seguinte:

- «1. Se o património do devedor não chegar para pagamento dos créditos verificados, pode qualquer dos respectivos titulares requerer que o processo seja remetido ao tribunal competente, para nele ser decretada a falência ou insolvência do executado, aproveitando-se o que estiver processado, com excepção da graduação de créditos.
2. Qualquer outro credor pode obter a suspensão da execução, mostrando que foi requerida a falência ou insolvência do executado.»

A origem desta norma está encontrada e ainda recentemente foi objecto de comentário esclarecedor ⁽²⁶⁾. Trata-se de preceito cujos antecedentes remontam claramente a solução característica do tipo de execução colectiva que era regulada pelo Código de Processo Civil de 1939 ⁽²⁷⁾.

Não sendo a preferência resultante da penhora atendível em processo de falência e admitindo-se a presença na acção exe-

⁽²⁶⁾ Cfr. RUY DE ALBUQUERQUE/MARIA DOS PRAZERES PIZARRO BELEZA, *Considerações sobre a conversão da execução em falência*, ob. cit., pp. 17 e segs..

⁽²⁷⁾ Cfr. neste sentido JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Processo de Execução*, Coimbra, 1954, pp. 291 e segs. Não existe preceito equivalente nos direitos estrangeiros, o que deriva certamente de tais ordenamentos adoptarem sistemas de chamada dos credores à execução diferentes do que é previsto pela lei portuguesa.

cutiva dos credores comuns do executado que, conseqüentemente, podiam nomear bens à penhora, o regime do art. 870.º servia o objectivo de economia de meios que sempre preside ao emprego da convolção ⁽²⁸⁾⁽²⁹⁾.

Visava-se evitar o prolongamento inútil de processo eventualmente inadequado e transformá-lo em liquidação colectiva na hipótese de esta se revelar ajustada à composição dos interesses em jogo ⁽³⁰⁾.

O eficiente funcionamento deste mecanismo resultava, de facto, da intervenção do credor comum que nunca deixaria de actuar movido pelo propósito de neutralização da preferência inerente à penhora. O requisito de que o art. 870.º fazia depender o sucesso do requerimento de convolção — e que o regime actual mantém — assegurava que esta só seria utilizada tendo em vista a referida economia de meios. Na realidade, a prova da insuficiência do activo do devedor faltoso certifica sempre que o processo executivo não permitirá realizar, em absoluto e completamente, o interesse de todos os sujeitos activos envolvidos e, nessa medida, constitui meio que garante minimamente a eventual utilidade da interrupção da instância.

Em 1961, a Comissão de Revisão do Código de Processo Civil reteve a ideia da convolção, que passou, todavia, a ser facul-

⁽²⁸⁾ Cfr. o art. 1194.º, parágrafo 2.º, do Código de Processo Civil de 1939 equivalente ao art. 1235.º, n.º 3, do Código actual.

⁽²⁹⁾ Sobre a inspiração do artigo 870.º na ideia de economia processual: cfr. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Como deve interpretar-se e aplicar-se o art.º 870.º do Código de Processo Civil*, in «*Revista de Legislação e Jurisprudência*», ano 76.º pp. 73 e segs.; MANUEL JÚLIO GONÇALVES SALVADOR, *Conversão da execução em falência*, Separata da «*Justiça Portuguesa*», Lousã, 1965, p. 15; EURICO LOPES CARDOSO, *Manual da Acção Executiva*, 3.ª ed. actualizada, Coimbra, 1964, p. 531; PEDRO SOUSA MACEDO, *Manual de Direito das Falências*, vol. II, ob. cit., p. 374; RUY DE ALBUQUERQUE/MARIA DOS. PRAZERES PIZARRO BELEZA, *Considerações sobre a conversão da execução em falência*, ob. cit., p. 17.

⁽³⁰⁾ O preceito levantava algumas dúvidas de interpretação que resultavam da conjugação necessária com o artigo 833.º. Sobre esta questão: cfr. J.M. GALVÃO TELLES, *Anotação ao Acórdão da Relação de Lisboa de 6/2/1941*, in «*Revista da Ordem dos Advogados*» ano 1.º, n.º 2, p. 497 e segs.; JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil (Dúvidas e Questões)* in «*Revista de Legislação e Jurisprudência*», ano 72.º (1939) pp. 371 e segs..

tativa. Isto, não obstante a alteração essencial que se verificou na estrutura do processo e que o transformou numa execução eminentemente singular. Como é sabido, o Código de Processo Civil de 1961 não faculta o acesso dos demais credores à instância, restringindo a possibilidade de participação ao exequente e aos credores que disponham de garantia real sobre os bens penhorados ⁽³¹⁾⁽³²⁾.

Mercê da mudança atrás assinalada, o art. 870.º do Código actual não tem a relevância de que se revestiu a norma equivalente do Código de Processo Civil de 1939. A atribuição ao exequente, em exclusivo, da faculdade de nomear bens à penhora, somada à circunstância de não impender sobre o executado qualquer dever de indicar os bens que integram o seu património, torna difícil a prova de que o património não chega para pagar os direitos verificados. Claro está que tal testemunho não é impossível. Ele ocorre se, por exemplo, o devedor, ao nomear bens à penhora, afirmar que não possui outros além dos já designados, ou se ficar patente que o activo do devedor é integrado por um único bem ⁽³³⁾.

Mas também é certo que a limitação do processo ao exequente e a exigência de demonstração convincente da inexistência de valores tornarão raros, se não excepcionais, os casos em

⁽³¹⁾ Cfr. sobre as razões da alteração: *Observações ao Código de Processo Civil*, in «Boletim do Ministério da Justiça» n.º 124, pp. 192 e segs; ANSELMO DE CASTRO, *A Acção executiva singular, comum e especial*, 3.ª ed., Coimbra, 1977, p. 173 e ss.

⁽³²⁾ Os credores com garantias real são chamados para, fazendo-se pagar pelo valor do bem sobre que incida o seu direito, tornarem viável a alienação de tal coisa sem a correspondente oneração. Cfr. art. 824.º, n.º 2 do Código Civil. Sobre os problemas em geral suscitados pela intervenção desta categoria de credores v. FRANCESCO DEL VECCHIO, *Le spese e gli interessi nel fallimento*, Milano, 1969, pp. 7 e ss.

⁽³³⁾ Estes exemplos da autoria do Conselheiro CAMPOS COSTA, são citados na acta n.º 86 da 85.ª reunião da Comissão de Revisão do Código de Processo Civil, cuja ordem de trabalhos consistia, exactamente, na apreciação do art.º 870.º. A consulta da acta foi amavelmente autorizada pelo Presidente da Comissão, Professor Doutor Antunes Varela.

que tal prova é apresentada ao tribunal ⁽³⁴⁾. Porém, não foi apenas esta circunstância que reduziu drasticamente o campo de aplicação do n.º 1 do art. 870.º e, por conseguinte, o privou em parte do seu alcance. Efectivamente, na vigência do Código de 1939, eram os credores comuns que, por serem chamados ao concurso, tinham interesse em pedir a conversão, com o objectivo de destruírem o direito de preferência resultante da penhora. E eram portanto eles que, na grande maioria das acções em que se invoca a segunda parte daquela norma, suscitavam a convolação. Hoje em dia esta só pode ter lugar quando o exequente ou um dos credores com garantia real quiserem evitar o ulterior desenrolar do processo.

Ora, não são vulgares as situações em que estes têm vantagem em sustar a instância e em comutá-la em falência. Verificar-se-ão quando, por exemplo, o credor com garantia real, beneficiando da prova exibida pelo exequente, quiser excluir a preferência resultante da penhora, por esta haver sido registada antes do seu direito real de garantia, ou por ser também titular de crédito comum cuja salvaguarda exige a imediata interrupção do processo ⁽³⁵⁾; ou ainda, quando o autor da execução tiver conhecimento de que existe penhora anterior, cuja prioridade queira fazer desaparecer antes de a sua própria execução ser suspensa ⁽³⁶⁾⁽³⁷⁾.

Mas tratar-se-á sempre de hipóteses residuais. Via de regra, o exequente optará pela continuação do procedimento, uma vez

⁽³⁴⁾ Como escreve EURICO LOPES CARDOSO: in *Adenda a A conversão da execução em falência*, ob. cit., p. 25, é exigível «a prova segura da inexistência de bens, não bastando não chegar o produto dos bens apreendidos apenas por nomeação do exequente (...) e é ao credor e não ao executado que incumbe a prova da insuficiência do património deste». Cfr. ainda o Ac. da Rel. de Lix. de 24 de Fevereiro de 1971 in «Boletim do Ministério da Justiça», n.º 204, p. 19, e Ac. da Rel. de Lix. de 2 de Julho de 1969 in «Boletim do Ministério da Justiça», n.º 194, p. 279.

⁽³⁵⁾ Nos termos do art.º 515.º do Código de Processo Civil, a prova da insuficiência do activo, ainda que produzida pelo exequente, beneficia os outros credores.

⁽³⁶⁾ Por se saber da pendência de outras execuções com penhora incidindo sobre os mesmos bens.

⁽³⁷⁾ Os exemplos foram apresentados pelo Conselheiro CAMPOS COSTA na 85.ª reunião da Comissão de Revisão do Código de Processo Civil e transcritos na supra-citada acta n.º 86.

que este lhe permite prevalecer-se da preferência inerente à penhora e, em geral, o credor beneficiário de garantia real não terá possibilidade de demonstrar a insuficiência do activo de que depende a conversão.

O contraste entre a utilidade da solução no domínio do Código anterior e a sua aplicação nos dias de hoje é tão grande que há quem, pura e simplesmente, entenda que o preceito não se justifica, encerrando em si «contradição insuperável, já que a lei não colocou ao alcance dos beneficiários da conversão os meios de a conseguir» ⁽³⁸⁾.

Trata-se de posição excessiva. Resulta de se encarar o problema exclusivamente da perspectiva dos benefícios que, para o requerente da conversão, podem derivar do próprio processo de falência ou do aproveitamento dos actos praticados no decurso do processo executivo ⁽³⁹⁾.

Se, ao invés, se considerar que a *ratio* do preceito se inspira em ideia de economia de meios, que visa, não apenas conseguir os efeitos da liquidação colectiva, mas igualmente prevenir a prática de actos desnecessários e até eventualmente inadequados, o problema configurar-se-á de modo diferente. A utilidade — ainda que reduzida — do mecanismo previsto pelo n.º 1 do art. 870.º emerge, sobretudo, da circunstância de ser plausível a hipótese de o exequente querer impedir o prolongamento do processo executivo para evitar a verificação de trâmites que lhe não convêm. Em tal eventualidade, através de *requerimento único de conver*

⁽³⁸⁾ Cfr. neste sentido RUY DE ALBUQUERQUE/MARIA DOS PRAZERES PIZARRO BELEZA, *Considerações sobre a conversão*, ob. cit., p. 19. Esta é, igualmente, a opinião da Comissão de Revisão do Código de Processo Civil que, por unanimidade, propôs para o art.º 870.º a seguinte redacção:

«Qualquer credor pode obter a suspensão de uma execução com vista à susta-ção dos pagamentos, mostrando que foi requerida a falência ou insolvência do executado.»

⁽³⁹⁾ Há também quem relacione a ideia de economia processual com a vantagem derivada da parte final do n.º 1 do art.º 870.º («aproveitando-se o que estiver processado, com excepção da graduação de créditos»). Tal benefício é todavia illusório em face do regime dos arts. 1218.º, n.º 2 e n.º 3, e 1205.º, n.º 2, do Código de Processo Civil que já proporcionam o aproveitamento da sentença de verificação de créditos. Cfr. PEDRO SOUSA MACEDO, *Manual de Direito das Falências*, Vol. II, ob. cit., pp. 370 e ss..

são, ele obtém a imediata suspensão da instância e, em momento posterior, a apreciação do pedido falimentar pelo tribunal competente a quem o processo haja entretanto sido distribuído. Esta via terá aparecido ao legislador como mais linear e racional do que aquela outra que teve de criar para os demais credores e que se desdobra na apresentação do pedido de falência e no ulterior requerimento de suspensão ⁽⁴⁰⁾.

Tanto parece bastante para atribuir ao preceito em análise função que justifica o seu uso nas situações extremas em que, para o autor do processo ou para o credor cujo direito beneficie de garantia real, o termo da instância apareça como a melhor solução.

Em paralelo, o n.º 2 do art. 870.º do Código de Processo Civil é a confirmação eloquente de que a teleologia desta disposição tem mais a ver com a poupança de meios, que deriva de se não praticarem actos inúteis, do que propriamente com o aproveitamento da tramitação já verificada. Revelando considerar a suspensão do processo como a finalidade última da conversão e pretendendo equiparar, para este efeito, todos os credores, a lei vem determinar que os titulares de créditos não verificados nem reconhecidos dispõem de um meio equivalente à comutação: podem pedir a interrupção depois de, em processo distinto, haverem requerido a falência ou insolvência do executado. Não fora esta norma, e os credores que não houvessem instaurado a execução não poderiam pôr cobro à instância senão depois de declarada a falência ⁽⁴¹⁾. Está-se, pois, perante estatuição que claramente iguala os sujeitos que optaram por, de forma mais directa, pedir a declaração de falência, àqueles que começaram pela instauração de instância executiva. Verificada a insuficiência do passivo e comprovada a inutilidade, pelo menos parcial, da continuação da lide, é-lhes concedido, em ambos os casos, meio suspensivo do procedimento ⁽⁴²⁾.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. art.º 870.º, n.º 2 do Código de Processo Civil.

⁽⁴¹⁾ Cfr. art.º 1198.º, n.º 3 do Código de Processo Civil que atribui à declaração de falência a eficácia de suspender as execuções pendentes.

⁽⁴²⁾ Cfr. neste mesmo sentido, EURICO LOPES CARDOSO in, *Adenda à Conversão da Execução em Falência*, ob. cit., p. 24. Aquele jurisconsulto tem a

Pode, em suma, inferir-se que a suspensão da acção executiva constitui o objecto essencial da previsão do art. 870.º. Claro está que o meio de conseguir tal efeito é diferente consoante ele seja pretendido pelo próprio autor da acção ou por terceiro credor. É tal diversidade que está na origem das distintas soluções do n.º 1 e do n.º 2 daquela norma. Poder-se-ia observar que sempre a via regulada neste último número seria utilizável pelo exequente. Só que o legislador entendeu que um juízo de economicidade continuava a justificar que este fosse dispensado de formular separadamente a petição de falência para vir, depois, exibindo tal pedido, requerer a conclusão do processo. Daí que se lhe atribua o direito de, por forma imediata, requerer a conversão, provocando instantaneamente o efeito suspensivo.

5.2 NATUREZA EXCLUSIVAMENTE PROCESSUAL DA SOLUÇÃO CONSIGNADA NO N.º 1 DO ART. 870.º

5.2.1 *Introdução.*

Em face do que ficou escrito nos números anteriores, cumpre averiguar se é defensável a posição tomada pelo acórdão em análise, segundo a qual o art. 870.º, além de atribuir ao exequente um instrumento para suspender o litígio, descreve fundamento substantivo da falência.

Por outras palavras: se o autor da acção demonstrar plenamente que os bens do executado valem menos do que os créditos verificados, deverá o tribunal a quem o processo haja sido remetido ordenar automaticamente a execução universal?

A resposta só pode ser negativa. Encontrar consagrado, no art. 870.º, pressuposto material de falência não só deturparia, por completo, o sentido daquele preceito, como o transformaria em regime optativo relativamente ao que se contém nos arts. 1135.º e 1174.º e com este de todo em todo inconciliável.

autoridade particular de haver sido relator do projecto de revisão do título do Código de Processo Civil relativo ao processo de execução.

Aliás, não estando aquela disposição incluída no capítulo relativo à liquidação colectiva em benefício dos credores, a primeira dúvida que legitimamente poderá suscitar-se prende-se com a própria aplicabilidade do art. 1135.º A admitir-se que o art. 870.º prevê causa autónoma de falência, até onde deve levar-se essa autonomia? Ao ponto de prescindir da definição genérica de falido ou só para o efeito de autonomizar tal pretensão condição relativamente ao art. 1174.º?

Como se procurará evidenciar em seguida, qualquer destas versões é incompatível, quer com a disciplina legal da falência, quer com o conteúdo do próprio art. 870.º

5.2.2 *Tese da autonomia relativamente ao art. 1135.º.* *Crítica.*

O art. 870.º faz depender a procedência do requerimento de conversão de dois requisitos: um, de índole subjectiva, consiste na titularidade de crédito verificado em acção executiva; outro, de carácter objectivo, traduz-se na prova da insuficiência do activo do executado para fazer face aos créditos verificados⁽⁴³⁾.

Será que observadas essas condições, o juiz a quem se haja distribuído o processo tem, forçosamente, de declarar a falência? A defesa desta solução equivaleria, pura e simplesmente, a ignorar o art. 1135.º — postulado que não pode acolher-se. Em primeiro lugar, por ser naquela regra que se ressalva o correspondente procedimento para os comerciantes. O que quer dizer que, não ficando manifestado no decurso da acção merecer o executado tal qualificativo, haveria que permitir a extensão do estado de falido aos não comerciantes. Este desfecho é em tudo contrário ao sistema da lei portuguesa e representaria excepção tão marcada aos princípios subjacentes à disciplina do processo especial de falência que não pode aceitar-se que o legislador a tenha que-

(43) Cfr. RUY DE ALBUQUERQUE/MARIA DOS PRAZERES PIZARRO BELEZA, *Considerações sobre a conversão da execução em falência*, ob. cit., p. 18.

rido impor sem afirmação expressa nesse sentido. Tratar-se-ia, além do mais, de ilação destituída do mínimo de razoabilidade. De facto, nenhuma justificação haveria para que fosse criada, a par da falência, exclusiva dos comerciantes, e da insolvência, própria dos não comerciantes, uma segunda categoria de falência regulada a propósito do processo executivo e aplicável tanto a comerciantes como a não comerciantes. O absurdo desta conclusão é suficiente para a pôr de parte. A opção que resta consiste em reportar a falência referida pelo art. 870.º tão-só aos comerciantes.

O que significa que às exigências a que alude esta disposição, há que aditar aquela outra que, em termos gerais, apenas é enunciada pelo art. 1135.º: a qualidade de comerciante do executado. Fica assim demonstrada a necessidade de recorrer a este preceito sempre que esteja em causa a constituição do estado de falência.

Mas existem outras considerações que tornam imprescindível a definição geral. O art. 1135.º formula mais um pressuposto substantivo: a impossibilidade de cumprir obrigações. Poderá a falência referida pelo art. 870.º ser decretada sem observância deste requisito? Se fosse assim a lei haveria delineado, em sede do regime da execução, conceito alternativo ao traçado pelo art. 1135.º, completamente distinto deste, e nos termos do qual o estado de falido coincidiria com a insuficiência patrimonial. Ora, se já parece estranho que se tenha querido consignar em dispositivo tão secundário, quanto o art. 870.º, definição genérica de falência, menos se compreende como poderia tal noção ser omitida ao longo de toda a secção III, do capítulo relativo à liquidação de patrimónios. Especialmente insólita seria tal lacuna no concernente à enumeração dos fundamentos de embargo. Sendo taxativa a lista que consta do art. 1184.º do Código de Processo Civil, a não inclusão da pretensa causa do art. 870.º implicaria entorse grave e incompreensível no direito de defesa do devedor (44).

(44) O recurso de apelação pode não ser suficiente como meio de oposição. Cfr. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Processos Especiais*, vol. II, ob. cit., pp. 341/342

Nem se diga, como o Supremo, no acórdão atrás reproduzido, que ao executado é dada a possibilidade de se defender no processo da execução. O que está em causa é a oposição perante o pedido de falência e não em face do articulado que inicia o processo executivo. A ter sequência a orientação mais recente do tribunal superior, os executados teriam de evidenciar, sempre, a respectiva capacidade financeira a fim de prevenirem eventuais petições de falência. Encargo pesado, que não encontra na letra da lei qualquer suporte e que é adverso à economia de meios, uma vez que adstringe à apreciação de prova completamente supérflua, caso não venha a ser requerida a abertura daquele processo de liquidação.

Mas há mais: não se ignora que as regras que regulamentam a execução universal são diferentes, consoante o património é pertença de comerciante ou não. Assim, de acordo com o art. 1313.º, deve ser declarado insolvente o devedor cujos bens sejam inferiores às dívidas que os oneram. Porém, encontrando-se um comerciante nessa situação deficitária, não há necessariamente razão para ser decretada a falência (a qual pode surgir não obstante a verificação da superioridade do activo relativamente às obrigações). A razão desta diversidade de tratamento entronca no papel desempenhado pelo crédito no tráfico mercantil. Se o comerciante dispõe de crédito que lhe permita cumprir os seus deveres, não há motivo para o julgar falido. O que releva neste domínio é a perturbação do giro comercial, que só acontecerá ocorrendo a impossibilidade de solver compromissos. Ora, ver, no art. 870.º, pressuposto substantivo da falência, frustraria por completo a distinção entre esta e a insolvência. O desequilíbrio entre os valores realizáveis e os créditos por cobrar passaria a ser condição geral do estado de falido desde que o credor recorresse à conversão de instância executiva. O regime legal da liquidação colectiva

e *Processo de Execução*, 2.º vol., Coimbra, 1954, p. 13 e ss. Sobre a relevância do princípio da contraditoriedade processual no domínio da falência V. NICOLA PICARDI, *La Dichiarazione di Fallimento/Dal procedimento al Processo*, Milano, 1974, *maxime*, pp. 140 e ss.

em benefício dos credores tornar-se-ia num labirinto absolutamente inextricável (45).

E uma tal interpretação ganha foros de incongruência quando se atende aos trabalhos preparatórios e ao elemento histórico. Na verdade, nestes perpassa constantemente o cuidado com a determinação da fronteira entre *insuficiência patrimonial* e *incapacidade financeira*, e é apresentada desenvolvida explicação para a primazia do segundo conceito (46). Teríamos, pois, de concluir que, após extensa e documentada justificação exposta com a finalidade de rejeitar o sistema que faz coincidir a falência com a diferença entre o activo e o passivo — noção já adoptada em diplomas anteriores e que o legislador não desconhecia —, ter-se-ia consagrado aquela mesma concepção, não a propósito do processo de falência, mas antes a pretexto da disciplina dos meios suspensivos da execução.

A regra ditada pelo n.º 3 do art. 9.º do Código Civil inviabiliza esta perspectiva e, conseqüentemente, a exclusão do art. 1135.º A qual corresponderia indubitavelmente a solução menos acertada, em confronto com a versão que toma como premissa a aplicação necessária daquele preceito.

5.2.3 *Tese da autonomia relativamente ao art. 1174.º. Crítica.*

Se o juiz não pode decretar a falência sem que fique demonstrada, em concreto, a verificação da estatuição abstracta do art. 1135.º, e persistindo-se na tese de que o art. 870.º consagra fundamento substantivo da falência, haverá que concluir que aquela norma define apenas um facto-índice. Isto é, a autono-

(45) Afirmando a óbvia necessidade de respeitar a diferença entre os dois institutos cfr. Ac. do STJ de 22 de Maio de 1973 in «Boletim do Ministério da Justiça» n.º 227, pp. 105 e segs.

(46) Cfr. JOSÉ ALBERTO DOS REIS *Código Comercial Atualizado e Código de Falências*, ob. cit., p. 375.

mia verificar-se-ia no concernente ao art. 1174.º, e não perante o art. 1135.º

Só que, como se passará a explicar, este ponto de vista não é harmonizável com o regime do art. 1174.º e tornaria ininteligíveis algumas das regras que neste se contêm.

Dispõe o art. 870.º que é requisito da conversão «não chegar o património do devedor para pagamento dos créditos verificados». A lei não fala expressamente em todo o património do devedor, mas isso decorre da *ratio* da norma. Na verdade, só demonstrado o excesso do passivo em relação ao activo verificado, fica provada a ineficácia parcial do processo que justifica a respectiva suspensão. Por outro lado, a insuficiência de apenas parte do património para pagar os créditos do exequente não pode constituir, em caso algum, fundamento da falência — ela não revelará desequilíbrio patrimonial e, ainda menos, incapacidade financeira. Aliás, mesmo os defensores da tese de que o art. 870.º prevê causa material da falência interpretam a disposição como referindo o *património global* do devedor⁽⁴⁷⁾. O problema traduz-se, pois, em determinar se, havendo o requerente demonstrado que *todo* o activo do devedor executado não cobre os créditos verificados, deve tal circunstância implicar a declaração de falência nos termos em que esta ocorre quando se concretiza uma das previsões do art. 1174.º⁽⁴⁸⁾.

No caso em apreço, sobre que se pronunciou o acórdão do Supremo, o exequente defendeu a resposta afirmativa, solução que a sentença parece ter recebido na parte final. Trata-se, volta a repetir-se, de versão impossível de compatibilizar com a letra

(47) Cfr. neste sentido, JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Processo de Execução*, ob. cit., pp. 292/293; J.M. GALVÃO TELLES, *Anotação ao Acórdão da Relação de Lisboa de 6/2/1941*, loc. cit., pp. 497 e segs.. Sobre as dificuldades de tal prova pode ver-se: PEDRO SOUSA MACEDO, *Manual de Direito das Falências*, vol. II, ob. cit., pp. 377 e segs.; EURICO LOPES CARDOSO, *Manual*, ob. cit., p. 338 e segs. e *Adenda à Conversão da Execução em Falência*, ob. cit., p. 25; RUY DE ALBUQUERQUE/MARIA DOS PRAZERES PIZARRO BELEZA, *Considerações sobre a Conversão*, loc. cit., p. 18.

(48) É sobre o exequente que impende o ónus da prova dos factos que integram a previsão do art.º 870.º, pois é a ele que aproveita a invocação do preceito, de acordo com o art. 342.º do Código Civil.

e o espírito do art. 1174.º e que, a ser perfilhada, tornaria a liquidação colectiva dos bens do devedor num acervo incoerente de regras.

Efectivamente, o n.º 2 do art. 1174.º enuncia como facto sintomático da falência «a insuficiência manifesta do activo para satisfação do passivo». Tal forma de revelação da incapacidade apenas é invocável no concernente às sociedades de responsabilidade limitada. Há, até, quem tenha entendido que este número do art. 1174.º não menciona simples facto-índice e antes fornece conceito paralelo ao que se contém no art. 1135.º, embora restrito àquele tipo de pessoa colectiva⁽⁴⁹⁾. Tal interpretação que resulta, sem dúvida, da influência da lei alemã, a qual consagra duas definições de falência, não tem em conta as especificidades do Código de Processo Civil em face do *Konkursordnung*⁽⁵⁰⁾; designadamente, o âmbito genérico atribuído ao art. 1135.º, a localização sistemática do n.º 2 do art. 1174.º, em manifesto paralelo com os demais factos-índices, e a própria letra do preceito que claramente deixa lugar para a conexão com a impossibilidade de pagar⁽⁵¹⁾. Seja como for, o que importa realçar é que

⁽⁴⁹⁾ Cfr. neste sentido, JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Processos Especiais*, ob. cit., Vol II, pp. 318-319.

⁽⁵⁰⁾ Nos termos do direito germânico são fundamentos de falência a incapacidade para pagar (*zahlungsunfähigkeit*), revelada pela cessação de pagamentos (*zahlungseinstellung*), e a superioridade do passivo (*überschuldung*). O primeiro fundamento encontra-se definido no parágrafo n.º 102, do 2.º título, do livro II do *Konkursordnung*. Este diploma data de 1877, embora só tenha entrado em vigor em 1879. Foi alterado em 1898 e 1984. Em 1979 surgiu uma comissão com o fim de estudar a reforma do direito falimentar, que apresentou o seu primeiro relatório em 1985. A nova disciplina não deve entrar em vigor antes de 1991. A *überschuldung*, segunda causa de falência, é prevista em legislação sobre sociedades. Cfr. EBERHARD WIESER, *Grundzüge des Zivilprozessrecht mit Zwangsvollstreckungs und Konkursrecht*, Köln/Berlin/Bonn/ München, 1986, p. 111; KUHN/UHLENBRUCK, *Konkursordnungskommentar*, ob. cit., pp. 1270 e ss. e o clássico MAX PAGENSTECHER *Il fallimento*, trad. italiana da 3.ª ed. germânica (por) MARINA BONSIGNORI, Milano, 1968, pp. 29 e ss..

⁽⁵¹⁾ A lei determina que a insuficiência *pode* determinar a falência. É fórmula afastada da que é empregue no art. 1135.º Criticando a utilização do verbo *poder*, que haveria de substituir por *dever*, e deste modo reconhecendo as dificuldades que se levantam à defesa daquela posição, cfr. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Processos Especiais*, ob. cit., p. 331.

essa solução ficaria desprovida de senso se o art. 870.º fosse explicado como disciplinando pressuposto do estado de falência. Afinal, se, quer as sociedades de responsabilidade limitada, quer todos os comerciantes, em geral, pudessem ser julgados falidos com base no confronto entre activo e passivo, porquê restringir tal causa, no n.º 2 do art. 1174.º, às sociedades de responsabilidade limitada? E qual a razão para discriminar, quanto às causas da falência, o credor que optou por instaurar execução daquele outro que preferiu a via mais directa da liquidação universal?

Não se encontra qualquer argumento que justifique que o comerciante, obviamente impossibilitado de cumprir, beneficie de regime mais favorável só porque os credores entenderam ser preferível recorrer imediatamente à execução colectiva, em vez de, «respondendo ao estímulo individual e egoísta», começarem por agir através de demandas singulares⁽⁵²⁾.

E tal interpretação é tanto mais contrária ao espírito do art. 870.º quanto é verdade que esta disposição tem como objectivo último equiparar os credores, conferindo a todos meio de suspender a instância.

Para ultrapassar a contradição insanável com o n.º 2 do art. 1174.º, já houve quem propusesse que o n.º 1 do art. 870.º fosse encarado como estatuinto condição autónoma de falência, mas apenas para as sociedades de responsabilidade limitada. Tal versão não merece, igualmente, concordância⁽⁵³⁾.

Em primeiro lugar, a letra do art. 870.º não distingue o regime, consoante o executado seja, ou não, uma sociedade. Antes se está perante regra cujo campo de aplicação é, evidentemente, balizado em termos gerais. Depois, o elemento teleológico também não legitima qualquer restrição. De facto, não se descortina qual o motivo que levaria o legislador a conceder àquelas sociedades comerciais o direito de requerer a conversão e a denegá-lo a todos os outros exequentes. Finalmente, existe ainda terceiro obstáculo à interpretação restritiva: é o que deriva de ela impli-

(52) A expressão é de JOAQUIM GARRIGUES, *Derecho de las quiebras*, loc. cit., p. 132.

(53) Defendendo aquela opinião cfr. J.M. GALVÃO TELLES, *Anotação ao Acórdão da Relação de Lisboa de 6/2/1941*, loc.cit., p. 497.

car a ofensa das regras que definem a competência jurisdicional em matéria de processo de falência.

Na vigência do Código de Processo Civil anterior, controvertia-se a questão de saber se a falência devia ser julgada pelo tribunal em que corria a execução ou por aquele que, em conformidade com as regras gerais, fosse competente para o processo de falência⁽⁵⁴⁾. O n.º 1 do art. 870.º veio resolver expressamente a dúvida ao estatuir que o processo deve ser remetido ao tribunal competente «para nele ser decretada a falência ou insolvência do executado». Ora, a competência deste tribunal ficaria sem objecto se fosse sustentado que ele teria de declarar forçosamente a falência, uma vez *verificada* a diferença, para mais, do passivo em relação ao activo, pelo tribunal da execução. Tal esvaziamento, além de privar de eficácia a referência da parte final do n.º 1 do art. 870.º, determinaria uma inexplicável subtracção ao regime regra.

Com efeito, não se vislumbra qualquer motivo para diversidade de critérios, na delimitação do tribunal competente para o processo de falência, no caso particular de o credor ter em momento prévio instaurado instância executiva. Tal desvio implicaria mesmo excepção a regras indisponíveis e cuja infracção é de conhecimento officioso⁽⁵⁵⁾⁽⁵⁶⁾.

Ainda que os argumentos atrás enumerados não fossem, por si sós, concludentes, este último sempre seria decisivo no sentido de afastar o automatismo da declaração de falência, mesmo que confinado às sociedades de responsabilidade limitada.

Princípio essencial da hermenêutica é, sem dúvida, o que manda antepor a versão, que harmoniza dois textos legais, àquela

(54) Cfr. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Processo de Execução*, 2.º Vol., ob. cit., p. 292; EURICO LOPES CARDOSO, *Manual*, ob. cit., p. 338.

(55) No mesmo sentido EURICO CARDOSO in *Adenda à Conversão da Execução em Falência*, ob. cit. p. 25.

(56) Cfr. arts. 100.º e 109.º, n.º 2 do Código de Processo Civil, na redacção do Decreto-Lei n.º 242/85, de 9 de Julho. Sobre a importância, neste domínio, do regime da competência v. FRITZSCHE/WALDER, *Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht*, vol. I, Zürich, 1984, pp. 103 e ss. e J. ARGENTSON/G. TOUJAS, *Traité théorique et pratique*, ob. cit., pp. 194 e ss..

outra que os torna incoerentes. A sua rigorosa observância no presente caso conduz a que se procure para o art. 870.º interpretação que o concilie com os demais preceitos, designadamente com os que respeitam à falência. Já foram aduzidos os motivos pelos quais, nestes precisos termos, são de excluir as leituras que pretendem descobrir naquela norma soluções de natureza substantiva. Resta a *construção* que, além de ser a mais consentânea com a letra, o enquadramento e a teleologia do próprio art. 870.º, não levanta qualquer problema de coordenação com outras disposições — a que consiste em afirmar que aquela regra disciplina tão-só e apenas a suspensão do processo executivo e que, por conseguinte, se está perante estatuição de carácter exclusivamente processual.

6. APRECIÇÃO FINAL DO ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE 7 DE JANEIRO DE 1986

Para concluir haverá que regressar ao ponto de partida: o acórdão cuja análise determinou as considerações anteriores. Trata-se de decisão que em caso algum se pode aplaudir e cuja fundamentação é difícil de compreender e parece eivada de manifestos equívocos.

O Supremo começou por julgar com base no regime da liquidação colectiva, mas omitiu a aplicação do art. 1135.º. A decisão sempre seria criticável por isso. Todavia, o que a torna inconsequente é a afirmação tácita da existência no art. 870.º de pressuposto material da falência e a descoberta de pretense regime alternativo ao que se contém no art. 1174.º, com este inconciliável e irracional do ponto de vista teleológico.

Não se ignora que no momento presente a falência serve mais para destruir a empresa comercial inviável, do que como meio de garantir o pagamento por igual dos credores do comerciante falido.

O Supremo intuiu que o desempenho daquela função deveria ser facilitado. Esqueceu que não pode alcançar-se tal finali-

dade à custa da certeza do direito, da segurança do tráfico mercantil e da coerência interna do sistema jurídico ⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵⁷⁾ Já quando se encontrava em provas o presente texto, foi publicado no «Boletim do Ministério da Justiça», n.º 359, pp. 606 a 609, Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de Julho de 1986. Regressando à orientação precedente, que qualifica como «jurisprudência uniforme dos Tribunais Superiores», este aresto não cita o Ac. de 7 de Janeiro de 1986 e decide por forma que merece inteira concordância.