

Jurisprudência
Crítica

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO

ACÓRDÃO DE 9 DE JANEIRO DE 1990 *

*DECLARAÇÃO DE INSOLVÊNCIA — FIANÇA E AVAL
— ACTOS RESOLÚVEIS EM BENEFÍCIO DA MASSA —
INTERESSE EM AGIR*

Acordam na Relação do Porto:

Na comarca de Lisboa — 16.º Juízo Cível — 1.º Secção, o agravante BANCO BORGES & IRMÃO EP, ao abrigo do disposto no art. 1.317.º, do CP Civil, requereu a insolvência dos agravados

— RUI ALBERTO MEIRELES AZEVEDO CAMPOS e mulher MARIA JUDITE SIMÕES PALHA CAMPOS, residentes em Braga, acabando os autos por serem remetidos a esta última comarca — 3.º Juízo-2.ª Secção, por no respectivo incidente de incompetência territorial, ter sido julgado a competente.

Na petição inicial, o agravante-requerente, alegava em síntese, o seguinte:

— o requerido Rui é accionista e administrador de «Construções Azevedo Campos SARL».

— avalisou 3 livranças subscritas por essa sociedade, no valor global de 58.750.231\$20, que o requerente descontou no exercí-

* Recurso n.º 8756 — 4.ª Secção.

cio do seu comércio, tendo instaurado contra ele e outros a respectiva acção executiva no 3.º Juízo Cível de Lisboa, 2.ª Secção — proc. n.º 4068.

— o requerido é ainda avalista de outras livranças subscritas pela mesma sociedade, no valor total de 1.023.946.697\$50 entregues ao requerente e como caução de diversas garantias bancárias prestadas, livranças que o requerente preencheu de acordo com o contrato de preenchimento e que se encontram por liquidar, apesar de o requerido ter sido notificado por carta de 26-5-85 para as liquidar em 8 dias.

— para recuperação de uma dessas livranças, emitida em 21-12-79 e vencida em 16-8-82, no valor de 59.400.000\$, o requerente instaurou contra o requerido uma acção executiva, n.º 4223-2.ª Sec.-3.º Juízo Cível de Lisboa, correndo ainda termos uma acção especial de venda de penhor contra os requeridos, para recuperação duma livrança de 137.451.190\$00, no 5.º Juízo Cível de Lx. 3.ª Secção, proc. n.º 8506.

— ambos os requeridos por fiança prestada em 11-8-83, a favor do requerente, garantiram o pagamento de todas as responsabilidades de «Construções Azevedo Campos SARL», fosse qual fosse a forma por que a sociedade se obrigasse, responsabilidades essas atrás referidas.

— para além dessas responsabilidades dessa sociedade, outras existem, cobertas pela mesma fiança, no total de 3.252.257.607\$65, que os requeridos não pagaram, apesar de vencidas e interpelados para o fazerem em 28-2-85.

— nem a referida sociedade nem os requeridos pagaram essas responsabilidades, nem se conhecem no património destes bens suficientes para o pagamento dessas dívidas.

— são os requeridos responsáveis pois perante o requerente por dívidas superiores ao seu activo, podendo ser declarados em estado de insolvência, nos termos do art. 1.313.º do CP Civil.

Citados nos termos e para os efeitos do art. 1.317.º, n.º 2, do CP Civil, vieram os requeridos dizer, em resumo:

— que o requerente é parte ilegítima, pois não tem interesse directo em demandar, na medida em que lhe não deriva utilidade

da procedência da acção, uma vez que, conforme dispõe o art. 1.200.º, n.º 1, al. b) do CP Civil «as fianças de dívidas invocadas pelo banco requerente são, se decretada a insolvência, automática e plenamente resolúveis em benefícios da massa (todos os créditos invocados derivam de fiança ou avales de dívidas de terceiros e não dos requeridos).

— que o requerente acciona os requeridos de má fé e em claro abuso de direito, pois bem sabia, à data dos avales e termo de fiança, que aqueles não tinham património pessoal que cobrisse o enorme volume de créditos reclamados; não acciona a devedora principal — sociedade saudita «Azevedo Campos Swaiket CO-e tem-se recusado a colaborar na preservação do valiosíssimo património que esta tem na Arábia Saudita, suficiente para responder pelas dívidas por si alegadas.

— acresce que os créditos reclamados são litigiosos, pois todas as acções e execuções instauradas pelo requerente estão contestadas ou embargadas, designadamente, a que o requerente refere no requerimento inicial; por outro lado, foi promovida a declaração formal de extinção por compensação de todos os créditos do banco requerente, nomeadamente os alegados no requerimento inicial, através de notificação judicial avulsa, efectuada através do 15.º Juízo Cível de Lisboa.

Efectuado o julgamento pelo Tribunal Colectivo, de acordo com as respostas dadas aos quesitos formulados, foram dados como provados os seguintes factos:

1 — o banco requerente, no exercício do seu comércio bancário, fez diversas operações de financiamento à sociedade «Construções Azevedo Campos, SARL» e, a seu pedido, prestou diversas garantias bancárias a favor de diversas entidades sitas na Arábia Saudita, que foram executadas, tendo o requerente pago aos beneficiários os montantes a que se tinha obrigado.

2 — o requerido Rui Campos é accionista e administrador de «Construções Azevedo Campos SARL».

3 — o mesmo requerido avalizou três livranças subscritas por «Construções Azevedo Campos SARL», no valor de 58.750.230\$20, que o banco requerente descontou no exercício do seu comércio.

4 — é também o requerido avalista de outras livranças subscritas por «Construções Azevedo Campos SARL», entregues ao requerente como caução de diversas garantias bancárias prestadas, livranças que o requerente preencheu de acordo com o contrato de preenchimento e que se encontram por liquidar, tendo o requerido sido notificado por carta de 26-3-85 de que as mesmas deveriam ser pagas no prazo de 8 dias a contar da data da sua recepção:

— livrança emitida em 21-12-79 e vencida em 16-8-82, de 59.400.000\$.

— livrança emitida em 21-12-79, vencida em 1.1-84, de 14.850.000\$.

— livrança emitida em 8.7.82, vencida em 21.3.85, de 759.757.357\$.

— livrança emitida em 8.6.82, vencida em 21.3.85, de 189.939.340\$50, tudo no montante global de 1.023.946.697\$50.

5 — para recuperação da livrança de 59.400.000\$, o requerente instaurou uma acção executiva que corre termos da 2.^a Sec-3.^a Juízo Cível-Lisboa, com o n.º 4223.

6 — por fiança prestada a favor do requerente em 11.8.83, os requeridos garantiram o pagamento de todas as responsabilidades de «Construções Azevedo Campos SARL», fosse qual fosse a forma por que a sociedade se obrigasse.

7 — para além dessas responsabilidades de «Construções Azevedo Campos SARL», outras existem também cobertas pela aludida fiança, dado que esta cobre todas as responsabilidades contraídas por aquela sociedade perante o requerente e que totalizam 3.252.257.607\$50.

8 — em 28.2-85, os requeridos foram interpelados para honrar a fiança.

9 — nem a sociedade «Construções Azevedo Campos SARL» nem os requeridos pagaram as aludidas responsabilidades.

10 — não se conhecem no património dos requeridos bens suficientes para pagamento da dívida.

11 — o requerente não accionou a devedora principal, a sociedade saudita «Construções Azevedo Campos Swaiet Co».

12 — alguns dos financiamentos e garantias bancárias prestadas pelo requerente tiveram como beneficiária a aludida sociedade saudita «Construções Azevedo Campos Swaiket Co», empreiteira de obras públicas com actividade no Médio Oriente.

13 — a sociedade «Construções Azevedo Campos SARL», sócia de «Construções Azevedo Campos Swaiket Co», era quem solicitava ao requerente o referido apoio financeiro.

14 — a execução n.º 4223, 2.ª Sec.-3.º Juízo Cível de Lisboa, foi embargada pelo requerido e outros.

15 — as duas empresas referidas — «Construções Azevedo Campos SARL» e «Construções Azevedo Campos Swaiket Co» — esta gerida por aquela, promoveram através do 15.º Juízo Cível de Lisboa, 1.ª Secção, a declaração formal de extinção por compensação de todos e quaisquer créditos do requerente, nomeadamente de todos os alegados no requerimento inicial.

Com base nesta matéria de facto, o Senhor Juiz de Círculo, proferiu sentença, na qual, considerando aplicável o disposto no art. 1.200.º n.º1 al. b) do CP Cível, tanto às fianças de dívidas como ao aval, e por conseguinte resolúveis em benefício da massa aquelas garantias pessoais, nenhuma utilidade adviria para o requerente do decretar da insolvência dos requeridos, não tendo por isso este qualquer interesse em agir, pelo que por falta desse pressuposto processual inominado, absolveu os requeridos da instância.

E é dessa sentença que o Banco Borges & Irmão, requerente da involvência, interpôs o presente recurso de agravo, concluindo assim as suas alegações:

— tendo-se provado que aos requeridos não se conhecem bens no seu património suficientes para o pagamento da dívida, a sentença violou o disposto no art. 1.313.º do CP Cível, pois tais bens têm de ser os susceptíveis de penhora.

— o avalista do aceitante é um obrigado directo, tal como o avalisado,

— pelo que o aval não é resolúvel para a massa nos termos do art. 1.200º do CP Cível, disposição incompatível com o disposto no art. 32.º da LU.

— quanto à fiança prestada, uma vez que os requeridos por ela se constituíram fiadores e principais pagadores, renunciando

ao benefício da excussão, tornaram-se verdadeiros devedores solidários, devedores directos, pelo que também tal fiança não é resolúvel para a massa nos termos do art. 1.200.º citado, mas mesmo que o fosse, não estava o agravante impedido de requerer a insolvência, pois a fiança só não produz efeitos no sentido de que a massa pode proceder como se ela não existisse, mas produz os efeitos que puder produzir sem prejuízo da massa, possibilitando, se o fiador não pagar, o pedido da sua insolvência.

— atribuindo à sentença recorrida e violação dos art. 1.313.º do CPC, 32.º e 77.º (quanto ao aval), 78.º, da LU, 640.º do C Civil, 1.200.º, n.º 1, al. *b*) e 26.º, do CP Civil.

Contra-alegaram os recorridos, pugnando pela manutenção do julgado, juntando ainda aos autos douto parecer do Prof. António Menezes Cordeiro, no mesmo sentido e onde o autor acrescenta não estar demonstrada a superioridade do passivo em relação ao activo e indiciarem os autos com clareza haver abuso de direito por parte do requerente.

Corridos os vistos legais, cumpre decidir.

Face à matéria de facto dada como provada, verifica-se que, o requerido Rui, accionista e administrador da sociedade «Construções Azevedo Campos SARL», avalizou 3 livranças subscritas por aquela sociedade no valor de mais de 58.000 contos, que o requerente descontou, avalizou ainda outras livranças subscritas por aquela mesma sociedade no montante superior a 1, 023 milhões de contos, como cauções de diversas garantias bancárias prestadas, tudo por liquidar e, ambos os requeridos, marido e mulher, por fiança prestada em 11.8.83, a favor do requerente, garantiram o pagamento de todas as responsabilidades da mesma sociedade, fosse qual fosse a forma por que ela se obrigasse, além doutras responsabilidades também cobertas por aquela fiança, o que tudo soma uma responsabilidade superior a 3 milhões de contos e nem a avalizada-afiançada sociedade nem os requeridos, apesar de interpelados para o fazerem em 28.2.85, pagaram as mesmas responsabilidades, sendo que no património dos reque-

ridos não são conhecidos bens suficientes para o pagamento da dívida.

Dispondo o art. 1.313.º do CP Civil que o devedor não comerciante, como é o caso dos requeridos, pode ser declarado em estado de involvência quando o activo do seu património seja inferior ao passivo, veio o banco requerente pedir a declaração de insolvência dos requeridos, baseando-se no seu direito de crédito, quer resultante do aval dado pelo requerido nas referidas livranças — art. da LU, quer resultante da qualidade de fiador e principal pagador, com renúncia ao benefício da excussão, que os requeridos assumiram no referido termo de fiança — art. 640.º do C Civil.

Tendo em conta o disposto nos citados art. 32.º da LU e 640.º do CCivil, e presente a matéria de facto dada como provada, o requerente fez prova suficiente de que é credor dos requeridos, chegando-se à mesma conclusão até pelo teor da resposta dos requeridos ao pedido feito pelo requerente, admitindo os requeridos naquele articulado essa qualidade do requerente.

Resulta no entanto, quer do articulado do requerente, quer do articulado dos requeridos, expressamente, que o crédito do requerente sobre estes é muito especial; resulta claramente dos autos que o verdadeiro devedor, o real devedor do requerente, é um terceiro — a citada sociedade Construções Azevedo Campos SARL, beneficiária das livranças, sua subscritora e a favor de quem foi constituída a citada fiança e a favor de quem o requerido marido, e outros, deram o seu aval na referidas livranças.

E é por causa da natureza especial desse crédito que surge o presente agravo da sentença que absolveu os requeridos da instância, por falta de interesse em agir por parte do requerente; na verdade, implicitamente, os requeridos aceitam que não há no seu património bens suficientes para o pagamento duma dívida de montante superior a 3 milhões de contos, nem no momento em que a responsabilidade foi assumida nem agora, fazendo até a afirmação de que o banco à data da assunção da obrigação tinha disso perfeito conhecimento, qualificando até, por causa disso, a sua atitude de vir pedir a insolvência, como claro abuso de direito.

Temos assim, que não só está demonstrado que o requerente é credor dos requeridos, como está demonstrado que, devido a esse crédito, ao património dos requeridos o passivo é muito superior ao activo, pelo que, nos termos dos art. 1.313.º, n.º 1 e 1.317, n.º 1, do CP Civil, a insolvência devida ser decretada.

Só que o problema não se resolve com essa linearidade, não é assim tão simples, como bem o demonstra o volume que os autos já assumiram.

Nos termos do art. 1.315.º do CP Civil, são aplicáveis à insolvência as disposições das subsecções anteriores, na parte não relacionada com o exercício da profissão de comerciante e salvo o que vai prescrito nos artigos seguintes.

Daqui resulta a consequência de que ao processo de declaração do estado de insolvência é aplicável o disposto no art. 1.200.º do CP Civil, uma vez que nesta disposição legal nada se prescreve que esteja relacionado com a profissão de comerciante nem está em oposição ao disposto nos artigos subsequentes ao citado art. 1.315.º.

E, na parte que interessa ao caso dos autos, dispõe aquele art. 1.200, n.º 1: são resolúveis em benefício da massa:

— al. a) — os actos que envolvem diminuição do património do devedor celebrados por título gratuito nos dois anos anteriores à sentença declaratória de falência, incluindo o repúdio da herança ou legado.

— al. b) — as fianças de dívidas.

Por força desta disposição legal, as fianças de dívidas — assumidas pelo falido (insolvente) são resolúveis para a massa, o que significa que, decretada a falência (insolvência) tais fianças não têm efeito sobre a massa, esta não responde por elas e, na subsequente fase da reclamação e graduação dos créditos, os referentes a essas fianças não são reclamáveis ou graduáveis; os respectivos credores (neste caso o banco requerente) não podia partilhar com os restantes credores do produto da massa para satisfação desses seus créditos.

E essa resolução em benefício da massa opera «ope legis», como efeito resultante da própria declaração de falência (insolvência), independentemente da circunstância de terem sido ou não

assumidos em prejuízo dos restantes credores, como acontece com outros actos praticados pelo falido (insolvente) sujeitáveis à acção pauliana.

Ora, como vimos atrás, o crédito do banco requerente resulta exclusivamente do facto de o requerido ter avalizado algumas livranças subscritas pela firma de que é accionista e administrador e pelo facto de os requeridos — marido e mulher — terem prestado o termo de fiança, como principais pagadores e com exclusão do benefício da execussão relativamente a todas e quaisquer responsabilidades que a mesma firma tenha assumido ou venha a assumir perante o banco requerente.

Por uma questão de metodologia, comecemos pela fiança.

Trata-se com toda a evidência duma fiança por dívidas de terceiro; neste caso, os requeridos assumiram a posição de fiadores e principais pagadores, com exclusão do benefício da excussão, das sociedades «Construções Azevedo Campos SARL» e «Construções Azevedo Campos Swaiket CD», associada daquela, pelas obrigações, pelas responsabilidades que estas duas firmas contraíssem perante o banco requerente.

Como fianças de dívidas, estão directamente previstas no falado art. 1.20C.º, n.º 1, al. b) do CP Civil, sendo por isso resolúveis para a massa caso decretada a insolvência; como dissemos antes, isto significa que, constituída a massa falida, o banco requerente não podia reclamar desta o respectivo crédito, não fica por isso credor da mesma massa; a declaração de insolvência tinha assim a consequência de transformar um, até aí, credor, num não credor.

Daí que seja lícito concluir que um credor, cujo crédito resulte apenas de uma fiança, não tenha qualquer interesse na declaração de insolvência do respectivo fiador, e que até a própria declaração de insolvência o pode prejudicar; se o fiador está numa situação económica de o passivo ser inferior ao activo, decretada a insolvência o credor da fiança, fica sem possibilidades de realizar o seu crédito, se o património for absorvido pelos outros credores do insolvente, enquanto que através da execução singular ainda tem hipótese de receber o seu crédito.

E nem se diga, como o faz o agravante nas suas elegações, que no caso da fiança dos autos, não se verificará a resolução

da fiança em favor da massa, uma vez que os requeridos ao assumirem-se como principais pagadores e ao renunciarem ao benefício da excussão, ficaram equiparados a um verdadeiro devedor solidário, do ponto de vista do credor, face ao disposto no art. 640 do C. Civil.

E não se diga, porque: em primeiro lugar, a lei — citado art. 1.200.º n.º 1, al. b) do CP Civil — não distingue entre as diversas espécies de fianças, gratuitas, onerosas ou com exclusão ou não de benefício da excussão, e onde o legislador não distingue não deve o julgador fazê-lo; em segundo lugar, porque as razões que levaram a tornar resolúveis para a massa as fianças de dívidas, tanto prevalecem numas fianças como noutras, designadamente, evitar as fraudes do insolvente ou falido em prejuízo dos credores, e, finalmente, em terceiro lugar, como ensina o Prof. Mota Pinto no estudo referido pelos agravados na sua alegação «Onerosidade e gratuidade das garantias de dívidas de terceiro na doutrina da falência e da impugnação pauliana», in RDES, XXV, a al. b) do n.º 1 do art. 1.200.º do CP Civil, se se referisse apenas às fianças onerosas, era inútil, já que então os casos nela previstos já o estariam na al. a) do mesmo artigo (actos gratuitos, como em regra são as fianças).

Nestes termos, mesmo aceitando que a fiança em causa seja válida — o que não deixa de ser duvidoso, dada a indeterminabilidade do seu objecto e o disposto no art. 280.º, n.º 1, do CCivil — o crédito dela resultante é resolúvel em benefício da mesma, ficando por isso o banco requerente ser qualquer interesse no pedido de declaração de insolvência que deduziu e até com possibilidades de tal declaração lhe ser prejudicial; afigura-se-nos por isso que ao banco requerente lhe falta o interesse em agir, o interesse em demandar, interesse que se exprime pela utilidade derivada da procedência da razão — art. 26.º, n.º 1 e 2, do CPCivil, faltando-lhe portanto legitimidade, tudo se passa afinal, como se, quando o legislador concede legitimidade ao credor para pedir a falência (insolvência) — art. 1.176.º, n.º 1, al. a) e 1.317.º, n.º 1, do CPCivil — dissesse que esse credor era aquele que, uma vez decretada a falência (insolvência) visse o seu crédito ser oponível à massa, pudesse ver o seu crédito ser pago, na medida do possível, pelo produto da massa, no fundo,

ser credor da massa, o que, como vimos, não acontece com o credor que vê o seu crédito resolvido em benefício da massa, deixando por isso de ser credor.

Vejamos agora o caso do aval prestado pelo requerido:

Afigura-se-nos que, mau grado as especialidades do obrigação cambiária-aval — literalidade, abstracção e autonomia — também será resolúvel em benefício da massa e obrigação resultante do aval.

Por um legado, as razões que levaram o legislador e considerar resolúveis, para a massa, as fianças, impõem-se com a mesma força no caso do aval, designadamente a protecção dos restantes credores perante a possibilidade de fraude do falido (insolvente), ou ainda com mais face à facilidade de conceder o aval, para o qual não é exigida qualquer formalidade, coisa que já não acontecerá com a fiança.

Por outro lado, o «aval apresenta-se, essencialmente, como uma fiança, aplicando-se-lhe os princípios fundamentais reguladores desta, desde que as disposições próprias da lei cambiária os não afastem de modo explícito pois como garantia pessoal que é, não tem natureza jurídica diversa da fiança». Vide Abel Pereira Delgado, in LU sobre Letras e Livranças, nota 5 ao art. 30.º .

Sendo como são a fiança e o aval duas figuras essencialmente idênticas — identidade maior no caso de o fiador se apresentar como principal pagador e sem o benefício da excussão, como é o caso dos autos — tendo em conta as razões que levaram o legislador a dispôr como dispôs na citada al. b) do n.º 1, do art. 1.200.º do CPCivil, é-se levado a concluir que o aval está incluído nessa mesma alínea. Como bem se refere na sentença certificada a fls. 213, seria absurdo e sem justificação que uma garantia pessoal por dívida de outrem fosse resolúvel ou não, conforme tivesse assumido a forma de fiança «*stricto sensu*» ou por fiança por aval cambiário.

Uma coisa é o credor poder accionar isoladamente o fiador solidário ou o avalista, outra coisa é poder requerer a sua falência ou insolvência; nesta hipótese a lei retirou-lhe expressamente a legitimidade, quando dispôs que a fiança é resolúvel em benefi-

cio da massa; através desta não pode o referido credor obter o pagamento do seu crédito à custa da massa, não é credor desta.

Aliás esta solução afigura-se-nos estar mais de acordo com os princípios e com os interesses que a lei pretende preservar com o processo de falência ou insolvência, interesses que se não resumem ao interesse do credor requerente, deixando por isso a iniciativa daqueles procedimentos aos credores que efectivamente venham a retirar alguma utilidade dos mesmos.

Pelo exposto, os Juizes desta Relação acordam em, negando provimento a agravo, confirmar a sentença recorrida, com custas pela agravante.

Porto, 9 de Janeiro de 1990.

Pereira Guedes
António de Matos
Leonel Rosa

ANOTAÇÃO

Pelo Prof. Doutor António Menezes Cordeiro

INSOLVÊNCIA: DA RESOLUÇÃO DA FIANÇA E DO AVAL EM BENEFÍCIO DA MASSA; O INTERESSE EM AGIR

1. OS FACTOS RELEVANTES E AS QUESTÕES A CONSIDERAR

I. O Banco Borges & Irmão, EP, veio a juízo, ao abrigo do artigo 1317.º do Código de Processo Civil, requerer a insolvência de Rui Alberto Meireles Azevedo Campos e mulher, D. Maria Judite Simões Palha Campos. A acção correu os seus trâmites vindo os requeridos a ser absolvidos da instância por sentença do Tribunal de Braga, de 15 de Setembro de 1988. O Banco requerente agravou da sentença. E foi nesse agravo que o Tribunal da Relação do Porto firmou o acórdão acima publicado. As questões nele debatidas têm um grande interesse teórico e prático justificando, ao que se pensa, algumas breves reflexões.

II. De acordo com os factos apurados, verifica-se que o BANCO requerente efectuou diversos financiamentos à Sociedade de Construções Azevedo Campos, SARL; a seu pedido, prestou também várias garantias bancárias a favor de certas entidades situadas na Arábia Saudita, garantias essas que foram executa-

das; o BANCO requerente pagou aos beneficiários os montantes a que se obrigou.

Por seu turno, o requerido marido é accionista e administrador de Construções Azevedo Campos, SARL; avalizou múltiplas livranças subscritas pela Sociedade como garantia dos financiamentos, umas, e como caução de garantias bancárias prestadas, outras. Por esses avales foram movidas acções executivas.

III. Em 11 de Agosto de 1983, os requeridos garantiram, em fiança unilateral, o pagamento de todas as responsabilidades de Construções Azevedo Campos, SARL, fosse qual fosse a forma por que a sociedade se obrigasse. A fiança acabaria, assim, por cobrir um total de 3 257 607\$65. Os requeridos foram interpelados para pagar a fiança, o que não fizeram. O BANCO requerente não accionou a devedora principal e não se conhecem, aos requeridos, bens suficientes para pagar a fiança.

IV. Os financiamentos e garantias bancárias prestadas pelo BANCO requerente tiveram como destinatário final a Sociedade saudita Construções Azevedo Campos Suwaiket. Co., empreiteira de obras públicas no Médio Oriente, da qual a Sociedade Azevedo Campos, SARL, era sócia. A referida sociedade saudita terá sido, na versão dos requeridos, impedida de levar a cabo uma obra importante por, inesperadamente, o BANCO lhe ter cortado um financiamento a que se obrigara. Daí resultaram avultados prejuízos.

A Sociedade Azevedo Campos, SARL, por si e também como sócia e em gestão de negócios da Sociedade Azevedo Campos Suwaiket, Co., promoveu, através de notificação judicial, a compensação de todos os créditos do BANCO requerente.

V. Estes factos, relevados no acórdão, suscitam reflexões sobre os requisitos da insolvência, sobre a resolubilidade da fiança e do aval em benefício da massa e sobre o interesse em agir como pressuposto processual.

2. OS REQUISITOS DA INSOLVÊNCIA; A COMPOSIÇÃO DO ACTIVO

I. Nos termos do artigo 1313.º/1 do CPC, «o devedor não comerciante pode ser declarado em estado de insolvência quando o activo do seu património seja inferior ao passivo». É conhecida a diferença entre este instituto e a falência: a *insolvência* releva o cálculo aritmético do activo/passivo dum património; na *falência* tudo reside em saber se o comerciante pode cumprir as suas obrigações; ele poderá ter um passivo superior mas, por ter acesso ao crédito, conservar intacta a sua capacidade de actuação (1).

Por isso, o requisito básico da insolvência, a alegar e demonstrar por quem a queira requerer, é a presença dum património com um passivo superior ao activo.

Haverá, pois, que proceder ao *cálculo aritmético* referido pelo Supremo: somar o activo, somar o passivo e estabelecer a diferença.

II. A questão que ocorreu perante o acórdão em estudo é a seguinte: a pessoa que garanta pessoalmente uma dívida vê inscrever-se esse valor no seu passivo? E os direitos que tenha contra o devedor principal incluem-se no activo ou não têm significado patrimonial?

Como ponto prévio, deve esclarecer-se que não se julga poder semelhante questão ser resolvida de acordo com qualificações dos «direitos» do garante contra o garantido como «regresso» ou como produto de uma «sub-rogação»: as soluções dependem dos interesses e das valorações da lei e não dos conceitos, sob pena de se regressar à jurisprudência dos conceitos, definitivamente enterada desde JHERING e HECK e, entre nós, desde MANUEL DE ANDRADE, VAZ SERRA e PAULO CUNHA.

(1) Cf. STJ 22-Mai.-1973 (ARALA CHAVES), BMJ 227 (1973), 105-108 (107): «... enquanto a insolvência se funda num cálculo aritmético, a falência presuppõe uma situação real ou iminente da impossibilidade de cumprir».

Para efeitos de insolvência é por certo diferente a situação da pessoa que garanta uma dívida duma entidade perfeitamente solvente, fazendo-o, pois, por mera formalidade, daquela outra que assegure uma dívida incobrável. Negar relevância patrimonial às relações que existam entre o devedor-garante e o garantido iria colocar todos, por igual, em insolvência, insolvência essa que cessaria com a actuação do regresso ou similar... Por outro lado, também é diferente o ser-se devedor e o ser-se garante, ainda que com cláusula de principal pagador.

Os direitos do garante contra o garantido, seja qual for o momento em que se tornem exequíveis e a forma por que isso se dê não são realidades espirituais: são valores patrimoniais, de clara natureza económica, que devem ser levados ao activo do seu património.

III. O activo dum património não é consituído, apenas, por numerário líquido ou por valores imediatamente realizáveis; de outro modo, grande parte dos cidadãos do País seriam insolventes. Ele inclui todas as posições patrimoniais susceptíveis de concretização.

Para efeitos de insolvência, o garante inscreve no passivo do seu património o débito garantido; mas porque não é devedor principal ou final, ele leva ao activo o poder de sub-rogação ou o direito de regresso. Claro que ele só pode dirigir-se ao devedor principal se pagar por ele, assim como só pode receber o valor dum bem imóvel se o vender: o activo não é o direito de crédito contra o devedor principal mas o direito a fazer surgir esse direito de crédito, através duma actuação futura. E porque esta actuação futura — o pagamento — é a concretização do passivo, verifica-se que a saída patrimonial é sempre contrabalancada por equivalente ingresso.

Não parece, pois, necessário debater aqui a natureza dos regressos ou das sub-rogações, uma vez que tudo se passa em termos de aritmética patrimonial.

IV. No caso do acórdão, logo se vê que o BANCO requerente poderia ter actuado as suas garantias, exercido os seus cré-

ditos e, disso sendo o caso, pedido a falência das sociedades envolvidas. Verificada a incapacidade económica destas e procedendo-se à sua extinção e liquidação, então já não haveria qualquer posição dos garantes contra elas: poderiam ficar insolventes.

Mas não fez. Optou por, imediatamente, pedir a insolvência dos garantes. Ora estes, ainda que não possam pagar — o que não revela visto não se tratar, aqui, de falência — *têm um património em equilíbrio: a cada débito-garantia corresponde um crédito-ressarcimento contra o garantido.*

Acrescente-se ainda que, dado o hábito divulgado entre nós de pedir aos administradores das sociedades fianças e avales por todos os débitos societários, a assim não ser, se multiplicariam as insolvências, com liquidação de patrimónios que logo seriam detidas pelos reingressos do garantido. Tudo isto está, em absoluto, fora do espírito legislativo.

V. Uma conclusão seria, pois, desde logo possível: *não se pode pedir uma insolvência com base, apenas, em garantias prestadas pelo requerido: como este detém sempre o equivalente contravalor sobre o devedor principal, o seu património está em equilíbrio: falta o requisito básico da insolvência.*

3. ACTOS RESOLÚVEIS EM BENEFÍCIO DA MASSA

I. No caso do acórdão, o requerente pede uma declaração de insolvência com base numa posição de fiador. Cabe, por isso, examinar o dispositivo do artigo 1200.º/1 do Código de Processo Civil. Segundo esse preceito, aplicável à insolvência por força do artigo 1315.º do mesmo diploma, são resolúveis a favor da massa falida:

- a) Os actos (...) celebrados por título gratuito nos dois anos anteriores (...);
- b) As fianças de dívidas;
- c) As partilhas amigáveis em que o falido haja recebido somente valores de fácil sonegação (...).

A explicação de tal regra parece clara: no trama de interesses contrapostos que ocorre na falência, o legislador optou por sacrificar algumas posições menos ponderosas, a favor da generalidade dos credores ⁽²⁾. Os actos gratuitos celebrados nos dois anos anteriores à falência, as fianças e as partilhas amigáveis feitas em certas circunstâncias constituem meios idóneos para defraudar os credores; além disso, eles dão lugar a situações menos valoradas do que as dos credores da massa. Certo é que a lei, numa decisão semelhante a uma presunção inilidível, *iuris et de iure*, declarou resolúveis a favor da massa todos esses actos ⁽³⁾. Ou seja: nos casos referidos no artigo 1200.º/1 do CPC, não cabe verificar se foram, ou não, urdidos para prejudicar a massa: a lei declara-os resolúveis *ad nutum* ⁽⁴⁾.

II. Aparece, contudo, uma voz discordante: SOUSA MACEDO veio defender que o artigo 1200.º/1, *b*) do CPC se reportava, apenas, a fianças gratuitas ⁽⁵⁾. Tal orientação, a proceder, obrigaria a novas distinções. A fiança, em si, é sempre gratuita, em relação ao credor como em relação ao garantido. Assim não será quando se integre num negócio complexo em que ela surja como moeda de troca para certas vantagens. Para efeitos de falência ou de insolvência, a gratuidade/onerosidade tem de ser aferida *em relação à massa*: há gratuidade quando a massa nada tenha recebido; há onerosidade na hipótese inversa. O que

⁽²⁾ Cf. o importante escrito de CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Onerosidade e gratuidade das garantias de dívidas de terceiro na doutrina da falência e da impugnação pauliana*, RDES XXV (1980), 227-250 (227 ss.); este estudo foi publicado nos *Estudos em Honra do Prof. Teixeira Ribeiro*.

⁽³⁾ Os restantes actos que venham defraudar a massa terão de passar pelo crivo da acção pauliana.

⁽⁴⁾ A «resolubilidade» implica que os actos em causa se resolvam automaticamente com eficácia retroactiva, isto é, reportada à data da sua prática. É, pois, um efeito ligado à declaração de falência ou de insolvência. A razão pela qual se estabelece esta «resolubilidade» e não a nulidade, como se impunha, é de ordem histórica; falta na língua portuguesa uma expressão que traduza uma «nulidade superveniente». E desta se trata.

⁽⁵⁾ PEDRO SOUSA MACEDO, *Manual de Direito das Falências*, II vol. 232.

é dizer: mesmo a proceder a orientação de SOUSA MACEDO, a fiança dos autos seria gratuita e, como tal, resolúvel.

Mas a construção de SOUSA MACEDO não parece aceitável. Como certamente mostrou MOTA PINTO, se as fianças fossem actos gratuitos, elas cairiam na alínea *a*) do artigo 1200.º/1; a alínea *b*) não faria sentido⁶. A lei fulmina, pois, todas as fianças.

E bem se compreende o sistema legal: se o devedor pudesse, com relevância falimentar, outorgar como fiador, não haveria processo concursal consistente: *nas vésperas da falência ou da insolvência, qualquer devedor poderia apresentar-se fiador dalguns milhões de contos, inutilizando todos os passos subsequentes.*

4. A LEGITIMIDADE DO REQUERENTE

I. Perante os dados disponíveis e acima alinhados, o presente acórdão optou por uma solução de tipo processual, decorrente dum curioso problema prévio: a legitimidade do requerente. Aliás, já fora na base dessa questão que o Tribunal de Braga solucionou o pleito, absolvendo os requeridos. Não se desvalorize, por isso, a saída encontrada: a confluência de aspectos substantivos e processuais aponta para a unidade do sistema.

II. Na verdade, o BANCO requerente apresenta-se em juízo como credor de determinadas importâncias; simplesmente, em vez de discutir as relações principais que teriam originado os seus créditos — e que, aliás, se mostram questionadas em vários outros processos judiciais que correm os seus trâmites — ele optou por vir pedir a pura e simples declaração de insolvência dum terceiro garante.

Ora a mera garantia pessoal não habilita o credor a pedir a declaração de falência ou de insolvência do garante, por razões processuais decorrentes dos elementos de fundo já seriados.

(⁶) MOTA PINTO, *Onerosidade e gratuidade* cit., 248.

III. Segundo o artigo 26.º/1, 1.ª parte, do Código de Processo Civil (CPC), *o autor é parte legítima quando tem interesse directo em demandar*; o n.º 2, 1.ª parte, do mesmo preceito explicita que *o interesse em demandar exprime-se pela utilidade derivada da procedência da acção*; o n.º 3, ainda desse preceito, remata que *na falta de indicação da lei em contrário, são considerados titulares do interesse relevante para o efeito da legitimidade os sujeitos da relação material controvertida*.

A explicitação conceitual da ideia de legitimidade processual tem dado azo a conhecida controvérsia ⁽⁷⁾. Quando se entenda que o objecto do processo é um litígio, têm legitimidade os titulares dos interesses em litígio; se se vir no projecto do processo uma relação jurídica, têm legitimidade os titulares dessa relação (ALBERTO DOS REIS) ou os que se apresentem como tal (BARBOSA DE MAGALHÃES). O Código de Processo Civil optou por uma fórmula prática: ao falar em relação material controvertida *aponta para aquilo que o autor tenha querido apresentar em juízo* ⁽⁸⁾.

Ou seja: tem legitimidade como autor *a parte que se apresenta como titular da prestação alegada*. Compreende-se, pois, o regime: se nem isso sucede, não vale a pena o Tribunal prosseguir na sua análise, cabendo a absolvição da instância, nos termos do artigo 288.º/1, d), do CPC.

⁽⁷⁾ Cf. JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direito Processual Civil*, 2.º vol. revisto e actualizado por ARMINDO RIBEIRO MENDES (1987), 185 ss., JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Comentário ao Código de Processo Civil*, vol. 1.º (1944), 39 ss., MANUEL DE ANDRADE, *Lições de Processo Civil*, por T. MORENO, SOUSA SÊCO e P. AUGUSTO JUNQUEIRO (1945), 100 e MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *A legitimidade singular em processo declarativo*, BMJ 292 (1982), 53-116, entre outros.

⁽⁸⁾ Nas palavras do Supremo — STJ 30-Abr.-1976 (ARALA CHAVES), BMJ 256 (1976), 112-116 (114) — «... a legitimidade é uma posição de autor e de réu em relação ao objecto do processo e tem de aferir-se, antes de mais, pelos termos em que o demandante configura o direito invocado e a ofensa que lhe foi feita». Ou, como queria MANUEL DE ANDRADE, *Lições de Processo Civil* cit., 100: «... não haverá interesse, pelo menos, quando as partes não são sujeitos da relação jurídica controvertida (direito e correspondente obrigação) tal como ela é apresentada no requerimento inicial».

IV. Para a legitimidade processual ter algum conteúdo, deve entender-se que ele não se resume a uma questão de palavras: não chega, para que ela se tenha por verificada, que o autor diga, vocabularmente, ter interesse no pedido. Há que ponderar, do conjunto da pretensão deduzida — pedido e causa de pedir —, se ele se apresenta mesmo como titular da posição controvertida *ou se, tudo somado, ele não alega, sequer, uma posição consistente*.

V. Ora, no caso do acórdão, o requerente pede uma declaração de insolvência com base numa posição de fiador. A relação controvertida será pois constituída pelos direito potestativo/sujeição normativa de pedir a declaração de insolvência. E aqui reside o problema: o requerente, ao apresentar-se como titular dum crédito garantido com a fiança, nega automaticamente a titularidade de semelhante direito potestativo. Por força do artigo 1200.º/1 do CPC, os titulares de posições incluídas na lista desse preceito não podem alegar *essas mesmas posições* para requerer falências ou insolvências: uma vez que elas são resolúveis, no *preciso momento* em que o seu pedido fosse proceder, desappareceria, pela resolução a favor da massa, o seu interesse objectivo na medida. Assim, o donatário com menos de dois anos não pode, com base na doação, pedir a falência ou insolvência do doador; outro tanto sucede com o fiador ou com o consorte em partilhas amigáveis, nos termos da alínea c) do preceito em estudo.

Não se trata de saber se o eventual requerente tem ou não o direito de que se arroga; o ponto é que, mesmo quando o tenha, não o pode usar para requerer a falência porque isso, suprimindo o seu direito, não tem interesse: seria um direito sem objecto por ele não se poder, depois, movimentar ou, sequer, surgir na instância falimentar. Se a legitimidade processual representa um instituto autónomo e útil — e temos de admitir que sim — ela terá, aqui, de se revelar.

VI. Sublinhe-se, por fim, que o pedido, tal como vem formulado, não contém qualquer acção cambiária. Este aspecto pode, pois, ser enquadrado com referência à fiança, sendo certo que

esta abrange todos os negócios que redundem na constituição de garantias pessoais (*). Segundo o próprio pedido, é na fiança que se teria jogado a insolvência; uma ilegitimidade, neste ponto que fosse, obrigaria a refazer toda a petição.

5. CONCLUSÃO

Resta concluir: as pessoas não podem interpor uma acção alegando uma posição que se resolveria *ipso iure* com a procedência dessa mesma acção; se o fizerem, *há ilegitimidade por falta de interesse em agir*, uma vez que se arrogam uma titularidade que os próprios apresentam como não consistente. O artigo 26.º do CPC reconhece-o, devendo seguir-se a absolvição da instância no saneador ou, não havendo este, na sentença.

A solução será processual: corresponde, porém, a claras exigências da boa fé e da materialidade do sistema.

Exemplo paradigmático é o resultante do acórdão aqui estudado. Requerer uma insolvência com base na posição activa derivada duma fiança equivale a apresentar um pedido que, por via do artigo 1200.º/1 do CPC, se esboroaria automaticamente com a sua própria procedência. Há falta de interesse em agir: a Relação do Porto decidiu bem.

(*) Como bem explica MOTA PINTO, *Onerosidade e gratuidade* cit., 248-249, apenas parece de excluir as garantias reais.