

ALGUMAS NOTAS SOBRE A CONVERSÃO DA EXECUÇÃO EM FALÊNCIA

Pelo Prof. Miguel Teixeira de Sousa

Professor da Faculdade de Direito de Lisboa

1. Consolidando uma orientação que tem vindo a merecer o apoio da doutrina ⁽¹⁾, o acórdão do STJ de 26 de Abril de 1988 (BMJ 376 (1988), 578) pronuncia-se — segundo parece — no sentido de que a insuficiência patrimonial do executado é uma condição para que o credor graduado possa requerer a remessa do processo executivo para o tribunal com competência para a declaração da falência ou insolvência desse executado e de que a verificação daquela insuficiência não é bastante para fundamentar a declaração de falência do executado sempre que este não seja uma sociedade de responsabilidade limitada ⁽²⁾. Em tese geral, no que se refere à necessidade do preenchimento de um

⁽¹⁾ Cfr. RUY DE ALBUQUERQUE/M. P. PIZARRO BELEZA, *Considerações sobre a conversão da execução em falência*, CJ 11 (1986/4), 15 ss. (= *Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* (ed.), Estudos de Direito Comercial I / Das Falências (Coimbra 1989), 69 ss.); RITA AMARAL CABRAL, *Dos pressupostos materiais da falência*, ROA 47 (1987), 935 ss. (= *FDUL* (ed.), Estudos I, 147 ss.); OLIVEIRA ASCENSÃO, *Acção executiva e pressupostos materiais da falência*, CTF 337/339 (1987), 33 ss. (= *FDUL* (ed.), Estudos I, 43 ss.); MENEZES CORDEIRO, *Da conversão da execução em falência*, TribJ 34 (1987), 1 ss. (= *FDUL* (ed.), Estudos I, 105 ss.).

⁽²⁾ Chama-se a atenção para o facto de o sumário do referido acórdão publicado no BMJ 376 (1988), 578 não corresponder ao que parece ser o verdadeiro sentido do aresto.

dos factos-índice previstos no art. 1 174.º, n.º 1, CPC para a declaração da falência de certos comerciantes, não é admissível qualquer outra solução, pois que a mera superioridade do passivo sobre o activo não significa, relativamente aos comerciantes individuais e às sociedades comerciais de responsabilidade ilimitada, que esses comerciantes se encontrem em estado de falência: ao contrário da insolvência, que resulta da insuficiência do activo patrimonial para cobrir o passivo do devedor (art. 1 313.º, n.º 1, CPC), a falência pressupõe uma impossibilidade de pagamento pelo comerciante das suas obrigações pecuniárias (art. 1 135.º CPC) (3).

A lei define quando considera verificada esta impossibilidade de pagamento tipificando no art. 1 174.º os factos que indiciam o estado de falência. Assim, de acordo com o estipulado nesse preceito há que distinguir as sociedades de responsabilidade limitada de todas as demais sociedades e dos comerciantes em nome individual. Quanto a estas sociedades e a estes comerciantes, a declaração de falência só pode assentar num dos factos-índice previstos no art. 1 174.º, n.º 1, CPC: cessação de pagamentos pelo devedor, desde que suficientemente significativa de incapacidade financeira (art. 1 174.º, n.º 1, al. a), CPC); fuga do comerciante ou ausência do seu estabelecimento, sem designação do seu representante (art. 1 174.º, n.º 1, al. b), CPC); dissipação e extravio de bens ou qualquer outro procedimento abusivo que revele o propósito manifesto de o comerciante se colocar na situação de não poder cumprir as suas obrigações (art. 1 174.º, n.º 1, al. c), CPC).

Quanto às sociedades de responsabilidade limitada, o art. 1 174.º, n.º 2, CPC permite que a sua falência seja declarada com fundamento na insuficiência manifesta do activo para satisfação do passivo, o que, aliás, se deve entender como não afastando a aplicabilidade dos factos-índice previstos no art. 1 174.º, n.º 1, CPC à declaração de falência dessas mesmas

(3) Entendendo que para a declaração de falência basta a verificação da insuficiência do património do executado, cfr., por exemplo, ac. STJ de 7/1/1986, BMJ 353 (1986), 343 (= ROA 47 (1987), 929, com anotação discordante de RITA AMARAL CABRAL).

sociedades quando o seu activo cobre o passivo, como é comprovado pelo art. 1 184.º, n.º 2, 2.ª parte, CPC. Isso aproxima o regime de declaração da falência das sociedades de responsabilidade limitada daquele que vigora para as demais sociedades, o que questiona ainda mais a justificação da especificidade da declaração da falência daquelas sociedades com fundamento num balanço contabilístico deficitário. Se esse regime especial podia ter algum fundamento numa época em que o crédito era concedido numa base de confiança entre o banqueiro e o comerciante, parece hoje dificilmente justificável que a declaração de falência dessas sociedades possa basear-se numa pressuposta dificuldade de obtenção de crédito, porque, se é certo que nessas sociedades (e, muito em particular, nas sociedades anónimas) a relevância dos titulares das participações sociais está sensivelmente diluída, também é verdade que essas sociedades são aquelas que ocupam, no panorama empresarial português, as posições dominantes e que com mais facilidade podem obter o necessário crédito bancário.

Assim, com excepção das sociedades de responsabilidade limitada, a relação entre o activo e o passivo não releva para a declaração da falência dos demais comerciantes (outras sociedades comerciais ou comerciantes em nome individual). A superioridade do activo sobre o passivo não impede a declaração da falência, que pode ser decretada com fundamento em qualquer dos factos-índice referidos no art. 1 174.º, n.º 1, CPC se, por exemplo, o activo não é facilmente realizável ou só pode ser realizado com a alienação dos bens de produção; do mesmo modo, a superioridade do passivo que não é acompanhada de um desses factos-índice (porque, por exemplo, o comerciante satisfaz os seus débitos com recurso ao crédito) não justifica a declaração de falência. É por isso que a lei prevê que a superioridade do activo sobre o passivo apenas constitui fundamento de embargos à declaração de falência das sociedades de responsabilidade limitada e, além disso, apenas quando essa declaração tenha sido baseada na insuficiência do activo patrimonial (art. 1 184.º, n.os 1, al. i), e 2, 2.ª parte, CPC) (4).

(4) Não se discute agora se esse fundamento pode ser utilizado, sem quaisquer restrições, para o executado declarado falido se opor à conversão da execução em

II. 1. O que fica dito corrobora que a verificação da insuficiência patrimonial no processo de execução, embora justificando, nos termos do art. 870.º, n.º 1, CPC, a remessa do processo executivo para a instância falimentar, não pode ser fundamento exclusivo da declaração de falência do comerciante (art. 1 174.º, n.º 1, CPC), excepto se for uma sociedade de responsabilidade limitada (art. 1 174.º, n.º 2, CPC). Sobre este regime importa começar por questionar a coerência da remessa do processo executivo para o tribunal competente para a declaração da falência do executado com fundamento numa insuficiência patrimonial que, nalgumas situações, não pode basear o decretamento dessa falência.

Esta solução legal origina uma suspensão da execução antes da declaração da falência, dado que, como o tribunal da execução não tem competência para decretar esta falência, aquele tribunal tem de aguardar a decisão do tribunal da falência para saber se a execução, entretanto suspensa, vai continuar como execução singular ou converter-se em falência. Seria preferível atribuir competência ao tribunal da execução para o decretamento da falência dentro dos condicionalismos referidos no art. 1 174.º, n.os 1 e 2, CPC, pois que isso permitiria que fosse o próprio tribunal da execução a controlar a declaração de falência e, além disso, suplantaria a controvérsia jurisprudencial sobre se, quando a execução é suspensa nos termos do art. 870.º, n.º 1, CPC, a declaração da falência exige a verificação de um dos factos-índice previstos no art. 1 174.º CPC. O que se propugna é, assim, um regresso ao sistema originariamente previsto no *Código de Processo Civil* de 1939 (cfr. arts. 833.º e 870.º II CPC 1939).

Essa assinalada desvantagem do sistema actualmente vigente mantém-se na regulamentação proposta no *Código de Processo Civil (Anteprojecto)* (5), cujo art. 722.º estipula que «qualquer credor pode obter a suspensão da execução, a fim de impedir os pagamentos, mostrando que foi requerida a falência [...] do executado». Este preceito deixa de admitir o pedido de conversão da

falência, alegando que não se verifica a insuficiência patrimonial exigida pelo art. 870.º, n.º 1, CPC para essa conversão.

(5) Lisboa 1988 (edição do *Ministério da Justiça*).

execução em falência, na sequência, aliás, da não inserção da regulamentação daquela execução colectiva e universal no texto do *Anteprojecto*. A inadmissibilidade da conversão da execução em falência, se é certo que afasta o problema da exigência do preenchimento de um dos factos-índice para a declaração da falência na sequência da utilização da faculdade atribuída pelo art. 870.º, n.º 1, CPC, obriga o credor que actualmente pode provocar essa conversão a requerer simultaneamente a falência do executado em processo autónomo e a suspensão da execução movida contra o comerciante em estado de falência. Nesta solução, o legislador foi talvez movido pela observação de que o credor exequente sem garantia real em nada beneficia com a conversão, dado que no processo de falência perde a preferência resultante da penhora (art. 1 235.º, n.º 3, CPC; sobre essa preferência, cfr. art. 822.º, n.º 1, CC) e de que os principais interessados nessa conversão — que são os demais credores graduados — não podem provocar a *fattispecie* prevista no art. 870.º, n.º 1, CPC, porque não podem nomear bens à penhora (cfr. arts. 833.º e 836.º CPC) (6). Convém sopesar estas considerações feitas ao regime vigente e analisar as suas consequências.

2. Reconhece-se como totalmente fundamentada a observação de que o credor exequente sem garantia real não tem interesse em requerer a conversão da execução em falência, pelo que relativamente a esta situação apenas importa qualificá-la tecnicamente e definir o seu regime jurídico-processual. A inexistência daquele interesse conforma a falta de um pressuposto processual do processo de falência, pelo que o credor exequente sem outra garantia real além da penhora não pode requerer a conversão da execução em falência. Para tanto falta-lhe o necessário interesse processual, dado que, como no processo de falência esse credor perde a preferência resultante da penhora (art. 1 235.º, n.º 3, CPC), essa conversão não lhe fornece qualquer tutela dos seus direitos, pelo que

(6) Cfr. RUY DE ALBUQUERQUE/M. P. PIZARRO BELEZA, *Conversão*, 17, 18 s. e 21 (= *FDUL* (ed.), Estudos I, 72, 75 s. e 85 s.); OLIVEIRA ASCENSÃO, *Falência*, 35 s. (= *FDUL* (ed.), Estudos I, 44 s.).

aquele credor não necessita dessa conversão para tutelar adequadamente os seus interesses (7). O mesmo pode afirmar-se quanto à suspensão da instância executiva prevista no art. 722.º *Anteprojecto*: também para requerer esta suspensão falta ao credor exequente o necessário interesse processual.

Quanto ao regime da falta deste interesse processual importa observar que o credor exequente que requer a conversão da execução em falência prossegue objectivamente uma finalidade estranha aos propósitos legais, pois essa conversão traduz-se, também objectivamente, numa pressão sobre o devedor executado decorrente da ameaça de uma execução colectiva e universal do seu património. Isso justifica que o tribunal, utilizando, pelo menos analogicamente, o disposto no art. 665.º CPC, deve obstar à prossecução dessa finalidade e indeferir liminarmente o requerimento de conversão. É claro que a solução se mantém se o exequente prosseguir intencionalmente aquele propósito ilegal.

Em contrapartida, os demais credores graduados — que são, nos termos dos arts. 864.º, n.º 1, al. b), e 865.º, n.º 1, CPC, credores com garantias reais sobre os bens penhorados — têm interesse em requerer a conversão da execução em falência (ou a suspensão da execução, nos termos do art. 722.º do *Anteprojecto*), porque só assim podem ser pagos pelo produto da venda de bens sobre os quais não possuem qualquer garantia real. Mas deve frisar-se que, relativamente ao excesso do crédito não satisfeito pelo produto da venda dos bens onerados com a garantia real, esses credores graduados são verdadeiros credores comuns e que é nessa qualidade que eles podem ser pagos no processo de falência através de bens sobre os quais não possuem qualquer garantia real. Assim, o art. 870.º, n.º 1, CPC admite, no fundo, que determinados credores comuns requeiram a conversão da execução em falência.

(7) Recorde-se que, nos termos do art. 37.º do Código do IRC, os créditos incobráveis através do processo de execução (além do processo especial de recuperação de empresa e protecção de credores e do processo de falência e de insolvência) podem ser considerados custos ou perdas do exercício, pelo que também para esse efeito não é necessária a conversão da execução em falência.

3. Nenhum destes credores graduados pode nomear bens à penhora, dado que na regulamentação vigente apenas o executado ou o exequente pode realizar essa nomeação (arts. 833.º e 836.º CPC), e nenhum credor comum pode actualmente reclamar o seu crédito na execução, pelo que também esse credor não pode nomear bens à penhora (arts. 864.º, n.º 1, al. *b*), e 865.º, n.º 1, CPC). Assim, a demonstração da insuficiência patrimonial necessária para que, nos termos do art. 870.º, n.º 1, CPC, possa ser requerida a conversão da execução em falência apenas pode ser provocada pelo credor exequente, ao qual é devolvida a faculdade de nomeação de bens à penhora se os bens nomeados pelo executado forem insuficientes para cobrir o crédito exequendo (art. 836.º, n.º 2, al. *a*), CPC) ou se os bens onerados com uma garantia real forem insuficientes para satisfazer aquele crédito (art. 835.º CPC). Disso resulta que os credores graduados podem requerer a conversão da execução em falência, mas não podem nomear bens à penhora e, portanto, não possuem a faculdade de, perante a insuficiência dos bens penhorados (sobre os quais possuem uma garantia real que legitima a reclamação do seu crédito, arts. 864.º, n.º 1, al. *b*), e 865.º, n.º 1, CPC), nomear outros bens e de, através dessa faculdade, testar a solvabilidade do património do executado.

Assim, o sistema actualmente vigente parece não ser coerente, pois que a conversão da execução em falência requer a insuficiência do património do executado, mas o credor reclamante apenas consegue demonstrar, quanto muito, que os bens penhorados são insuficientes para satisfazer o crédito exequendo e o seu próprio crédito. O credor reclamante nunca pode demonstrar que o executado não possui outros bens penhoráveis e que o património deste devedor, considerando nele englobados os bens não penhorados, não pode satisfazer os débitos reconhecidos na execução. Mas importa verificar se isso se traduz realmente numa incoerência do sistema.

Devem considerar-se, pelo menos, duas hipóteses distintas. Se o crédito do credor reclamante é graduado antes do crédito do credor exequente e se os bens penhorados são insuficientes para pagar o crédito do credor reclamante (e, portanto, o crédito do exequente que está graduado abaixo daquele crédito), o cre-

dor reclamante não pode nomear outros bens à penhora, mas a insuficiência patrimonial do executado pode ser demonstrada pelo exequente, que pode nomear à penhora outros bens (arts. 835.º e 836.º, n.º 2, al. a), CPC). Por exemplo: suponha-se que o exequente tem um crédito de 500 contos e que o credor reclamante possui um crédito de 1000 contos graduado antes do crédito do exequente; vendidos os bens apuram-se 750 contos; o credor reclamante não pode nomear outros bens à penhora, mas o exequente pode fazê-lo e demonstrar, através do uso dessa faculdade, a insuficiência patrimonial do executado. Se assim suceder, o credor reclamante pode requerer a conversão da execução em falência, porque está demonstrada a insuficiência do património do executado.

Numa outra situação, se o crédito do credor reclamante é graduado abaixo do crédito do exequente e se o produto da venda chega para pagar ao exequente mas não pode satisfazer o crédito reclamado, o credor reclamante não pode nomear bens à penhora e, portanto, não pode demonstrar a insuficiência patrimonial do executado. Nesta eventualidade põe-se o problema de saber se o credor reclamante pode requerer a conversão da execução em falência: a resposta a esta questão deve ser negativa. Na realidade, o art. 870.º, n.º 1, CPC só admite aquela conversão se o património do devedor não chegar para o pagamento dos créditos verificados, o que é naturalmente diferente da insuficiência dos bens penhorados para satisfazer esses créditos. Isto é, o art. 870.º, n.º 1, CPC exige a demonstração de que o património do executado (e não apenas o seu património que foi penhorado) é insuficiente para cobrir todos os créditos graduados⁽⁸⁾, pelo que, quando não for possível realizar essa demonstração, também não se pode requerer a conversão da execução em falência. O requerimento de conversão da execução em falência que não vem acompanhado da demonstração da insuficiência patrimonial do executado não satisfaz os requisitos exigidos pelo art. 870.º, n.º 1, CPC, pelo que deve ser liminarmente indeferido por apli-

(8) Diferentemente, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Falência*, 36 (= *FDUL* (ed.), Estudos I, 45).

cação do disposto no art. 474.º, n.º 1, al. c), 2.ª parte, CPC. Neste circunstancialismo, o credor reclamante que não viu o seu crédito satisfeito não pode nomear bens à penhora e, portanto, não pode provar a incapacidade do património do devedor, pelo que há que concluir que esse credor não pode requerer aquela conversão, pois que não está demonstrado o preenchimento da previsão do art. 870.º, n.º 1, CPC. Assim, o sistema não comporta a contradição que lhe é apontada por alguma doutrina — a de que os credores reclamantes podem requerer a conversão mesmo quando não podem demonstrar a insuficiência do património do executado ⁽⁹⁾ —, porque o credor reclamante só pode requerer a conversão da execução em falência quando está demonstrada essa incapacidade patrimonial.

Esclarecendo melhor: o credor reclamante só pode requerer a conversão da execução em falência quando estiver demonstrada a insuficiência do património do executado para satisfazer os créditos graduados, o que, no regime actual, só pode resultar da circunstância de o credor exequente ter tentado, sem êxito, a nomeação à penhora de outros bens do executado. Mas se é assim, como o credor reclamante é, quanto ao excesso do crédito não satisfeito pelo produto da venda dos bens penhorados, um credor comum, deve conceder-se que, numa perspectiva de *iure condendo*, todos os credores comuns devem poder requerer a conversão da execução em falência. Quer dizer: contrariamente à extinção da conversão da execução em falência constante do art. 722.º do *Anteprojecto*, a solução dever-se-ia orientar para o alargamento aos credores comuns da possibilidade de requerer essa conversão sempre que estivesse demonstrada a incapacidade do património do executado para satisfazer os créditos reconhecidos. Note-se que qualquer credor comum tem interesse em requerer essa conversão, pois que só assim pode concorrer com o credor exequente sem garantia real, o qual perde no processo de falência a preferência resultante da penhora (art. 1 235.º, n.º 3, CPC).

⁽⁹⁾ Cfr. RUY DE ALBUQUERQUE/M. P. PIZARRO BELEZA, *Conversão*, 19 (= *FDUL* (ed.), Estudos I, 76).

A demonstração da insuficiência do património do executado é um ónus que incumbe ao credor reclamante que requer a conversão da execução em falência. Assim, não basta a demonstração pelo credor reclamante de que o exequente usou a faculdade, que lhe é devolvida nos termos dos arts. 835.º e 836.º, n.º 2, al. a), CPC, de nomear outros bens à penhora: é necessário que esse credor prove que o património do executado não comporta bens suficientes para satisfazer os créditos graduados. Para tanto deve o credor reclamante utilizar os meios indispensáveis para obter essa demonstração, como a consulta da escrita da sociedade, do registo comercial ou predial ou, se necessário, o exame da escrituração comercial do executado por peritos (cfr. art. 570.º, n.º 1, CPC). Qualquer negligência ou dolo do credor reclamante que se traduza na ocultação de bens existentes no património do executado importa a responsabilidade desse credor pelos danos causados ao executado pela injustificada conversão da execução em falência. Caso se entenda que a reparação desses danos não pode ser obtida (ou não pode ser conseguida totalmente) através da condenação do credor reclamante como litigante de má fé (arts. 456.º e 457.º CPC) — solução que, pelo disposto no art. 1 188.º CPC, não parece defensável —, então a indemnização é devida nos termos gerais da responsabilidade civil (arts. 483.º ss. CC).

4. Antes de terminar ainda há que referir que a admissibilidade da conversão da execução em falência está sujeita à aplicação do prazo de três anos referido no art. 1 175.º, n.º 1, CPC⁽¹⁰⁾, pelo que essa conversão só pode ser requerida se ainda não tiver decorrido o prazo de três anos sobre a verificação do facto-índice alegado. O Assento do STJ de 10 de Abril de 1984 (DR, I Série, de 30/6/84 (= BMJ 336 (1984), 283)) especificou que esse prazo se aplica a todos os factos-índice previstos no art. 1 174.º CPC, mas há que frisar que o art. 1 175.º, n.º 1,

⁽¹⁰⁾ Cfr. RUY DE ALBUQUERQUE/M. P. PIZARRO BELEZA, *Conversão*, 20 s. (= *FDUL* (ed.), Estudos I, 82 ss.); OLIVEIRA ASCENSÃO, *Falência*, 41 (= *FDUL* (ed.), Estudos I, 48).

CPC só exige que não tenham decorrido mais de três anos sobre a verificação do facto-índice invocado, o que não implica que a falência só possa ser requerida nos três anos subsequentes à primeira verificação de um desses factos indiciários. Com efeito, alguns desses factos-índice podem repetir-se enquanto decorre aquele período de três anos, pelo que, relativamente a eles, esse prazo para o requerimento da falência renova-se sempre que se verifica o facto indiciário. Assim, por exemplo, cada cessação de pagamentos respeitante a um débito cuja não satisfação é suficientemente significativa da incapacidade financeira do comerciante constitui um facto-índice autónomo ⁽¹⁾.

Deve advertir-se que esta solução não posterga a necessária tutela da confiança que o credor reclamante tenha eventualmente induzido no comerciante executado com o não requerimento da conversão da execução em falência quando se verificou no processo executivo a insuficiência patrimonial do executado para satisfazer todos os créditos graduados. Assim, por exemplo, o vencimento de um novo crédito ou o vencimento de juros de um crédito já vencido pode não constituir um novo facto-índice e, portanto, pode não renovar o prazo de três anos referido no art. 1 175.º, n.º 1, CPC se o credor reclamante, podendo fazê-lo, não requereu a conversão da falência com fundamento na não satisfação do crédito anterior ou da dívida de capital e se, com isso, firmou no comerciante devedor a convicção de que esse credor não pretendia obstar à sua recuperação financeira.

III. Resumindo as reflexões anteriores, pode concluir-se que:

- A insuficiência do património do executado justifica a conversão da execução em falência, mas não dispensa o controlo dos factos-índice previstos no art. 1 174.º CPC pelo tribunal com competência para a declaração da falência;
- O credor exequente sem garantia real não tem interesse processual em requerer a conversão da execução em falên-

⁽¹⁾ Sobre a cessação dos pagamentos pelo comerciante como facto-índice da falência, cfr. PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Falência por cessação de pagamentos*, FDUL (ed.), Estudos I, 181 ss..

- cia, porque esse credor perde, através dessa conversão, a preferência resultante da penhora;
- Os credores reclamantes só podem requerer a conversão da execução em falência quando está demonstrada no processo executivo a insuficiência do património do executado (e não apenas dos bens penhorados) para satisfazer os créditos graduados;
 - Estas duas últimas conclusões são extensíveis à suspensão da instância executiva prevista no art. 722.º do *Anteprojecto*.