

## SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### ACÓRDÃO DE 19 DE AGOSTO DE 1991

Processo n.º 78 700

#### *CONVERSÃO DA EXECUÇÃO EM FALÊNCIA*

Acordam no Supremo Tribunal de Justiça:

I. A Sociedade de Electricidade Brown Boveri L.<sup>da</sup>, com sede na Rua Sá da Bandeira 491-2.º, Porto, moveu execução de sentença contra Mondex — Fábrica de Malhas Mondego L.<sup>da</sup>, com sede na Rua Pedro Álvares Cabral, 205, Rio Tinto, para pagamento da quantia de Esc. 115.580\$60 e juros de mora vindendos à taxa de 23%.

Foram penhorados bens, foi ordenado o cumprimento do disposto no art. 864.º do Código de Processo Civil e foram reclamados créditos.

Em nova diligência de penhora constatou-se não haver mais bens disponíveis por os que havia se encontrarem apreendidos em execução fiscal.

O produto da venda dos bens penhorados era manifestamente insuficiente para pagamento dos créditos reclamados e verificados.

A folhas 152, a exequente, alegando estes factos e invocando o disposto no n.º 1 do art. 870.º do Código de Processo Civil,

requereu a remessa dos autos à distribuição para prosseguir como falência, para o que apresentaria a respectiva petição inicial.

Carregado na espécie, isto é — falência — ao mesmo tribunal, veio a exequente requerer o cumprimento do disposto no art. 1181.º do Código de Processo Civil, com o entendimento de não ser necessária a repetição de qualquer prova, dado que já fora feita perante o juiz e mediante a sua intervenção e do tribunal, pelo que haveria de ser declarada a falência da executada.

Ouvida a requerida veio ao processo opôr-se à declaração de falência uma vez que a petição para tal apresentada era insuficiente e já caducara o direito de pedir a declaração de falência.

Juntou pareceres de Professores Universitários.

Então, o Ex.<sup>mo</sup> Juíz, a folhas 261 dos autos, por sentença, *analisou os autos*, e concluiu mostrar-se verificada a situação prevista no art. 870.º n.º 1 do Código de Processo Civil, pelo que declarou a requerida Mondex — Fábrica de Malhas do Mondego, L.<sup>da</sup>, em estado de falência.

Mediante recurso de apelação, o Tribunal da Relação do Porto, pelo acórdão de folhas 495 e seguintes, revogou a sentença para que se substituísse por decisão “a permitir a continuação da tramitação processual, com vista a que, em audiência, se apure da verificação, ou não, dos pressupostos condicionantes e necessários para a declaração de falência”.

Deste acórdão recorreu de agravo para este Supremo Tribunal a exequente — Sociedade de Electricidade Brown Boveri L.<sup>da</sup>. Nas suas alegações, conclui nos seguintes termos:

“1. O art. 870.º, n.º 1 do Código de Processo Civil constitui uma causa de declaração de falência completamente autónoma em relação aos índices de declaração de falência previstos no art. 1174.º do Código de Processo Civil.

2. No processo de execução foi verificado o estado de insuficiência do património da executada.

3. Essa insuficiência nada tem a ver com a insuficiência dos bens penhorados, repetidas vezes referida no acórdão recorrido, talvez por analogia errónea com o dis-

posto na alínea *a*) do n.º 2 do art. 836.º do Código de Processo Civil.

4. Nada justifica, portanto, que se proceda, como foi ordenado pelo douto acórdão recorrido, a uma nova apreciação dos índices do estado de falência.

5. Essa averiguação, além de violar o caso julgado formal já referido, revestiria a prática de actos inúteis, claramente em oposição ao princípio da limitação previsto no art. 147.º do Código de Processo Civil.

6. Ao decidir que ao caso era aplicável o disposto no art. 1174.º do mesmo Código, foi erradamente interpretada uma disposição legal e violado o art. 870.º n.º 1 do Código de Processo Civil, com violação também do caso julgado formal que se formou sobre o despacho de folhas 153 (art. 672.º do Código de Processo Civil).

7. A douta decisão de que se recorre deve assim ser revogada e declarada a falência”.

Contra alegou a requerida Mondex, na qual *conclui*:

“Porquanto o douto acórdão da Relação do Porto interpretou e aplicou correctamente a lei definindo com clareza e objectividade, em obediência à melhor orientação jurisprudencial e doutrinal, o alcance e o sentido do art.º 870.º n.º 1 do Código de Processo Civil, como de resto decorre de quanto vai processualizado, nomeadamente dos pareceres juntos aos autos, quer perante a primeira instância, quer perante a segunda instância, por tudo isso, deve ser confirmado esse acórdão e, consequentemente, deve ser negado provimento à pedida revista”.

O Ex.<sup>mo</sup> Senhor Procurador Geral Adjunto neste Supremo Tribunal emitiu parecer propugnando a decisão recorrida e aceitando as fundamentações do parecer da Dr.<sup>a</sup> Maria dos Prazeres Beleza.

O processo obteve os vistos processualmente previstos.  
Cumprе decidir.

II. Nos autos verificaram-se os seguintes elementos a atender:

a) Em 12/11/84 foi instaurada contra a Mondex execução de sentença para pagamento de esc. 155.581\$00 e juros à exequente, Sociedade de Electricidade.

Citada a executada veio nomear bens à penhora.

b) Foi penhorada uma máquina no valor de 200.000\$00, vendida por 273.000\$00.

c) Citados os credores, foram reclamados créditos e graduados com preferência sobre o da exequente no montante de 79.011.872\$00.

d) Penhorados mais bens não foram encontrados susceptíveis de penhora, por já se encontrarem apreendidos em execução fiscal.

e) Então a exequente requereu a distribuição para prosseguir como processo de falência.

f) Proferida a (ilegível), foi depois ouvida a requerida sobre a petição apresentada a folhas 115, pelo qual se pedia a declaração de falência nos termos do art. 870.º n.º 1 e 1181.º do Código de Processo Civil.

g) A requerida respondeu, opondo-se à petição, para o que invocou a ineptidão da petição e a caducidade da providência. Arrolou testemunhas.

h) O Ex.<sup>mo</sup> Juiz, apreciando, entendeu que o disposto no art. 870.º n.º 1 do Código de Processo Civil continha em si uma causa de declaração de estado de falência, pelo que era desnecessária a produção de outras provas.

III. O acórdão recorrido entendeu, diversamente, que o disposto no art. 870.º n.º 1 não continha nenhuma regra substantiva do estado de falência, mas sómente um pressuposto para que o processo fosse remetido ao tribunal competente para aí se iniciar o respectivo processo de averiguação do estado falimentar de acordo com os índices próprios.

A questão que nos é posta, neste recurso de agravo, é, como se vê pelas conclusões das alegações, analisar e interpretar o

alcance do disposto no art. 870.º n.º 1 do Código de Processo Civil.

Há numerosa jurisprudência e doutrina sobre as duas correntes interpretativas e que, de certo modo, teve origem ainda dentro da Comissão Revisora do Projecto do Código de Processo Civil de 1959, que foi quem introduziu o princípio — cfr. Prof. Dr. Alberto dos Reis, em *Processo de Execução*, vol. II, pág. 290.

As duas correntes de entendimento têm expressiva tradução através de estudos contidos na *Colectânea de Jurisprudência*, vol. XI (ano de 1986, tomo 4, pág. 25 e segs., dos Doutores Ruy de Albuquerque e Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, in *Revista da Ordem dos Advogados de Dezembro de 1987 e Junho de 1990* pelos Doutores Paula Costa e Pedro Romano Martinez, *textos a onde* se citam numerosos outros estudos e acórdãos nos dois sentidos.

Basta a averiguação prevista no art. 870.º, n.º 1 do Código de Processo Civil para a pretendida declaração de falência ou insolvência ?

Constituem estas averiguações, antes, um mero requisito para a remessa do processo de execução ao Tribunal competente para a declaração de falência a fim de, aqui, se proceder à necessária indagação da situação falimentar através dos índices previstos no art. 1174.º do referido Código de Processo Civil ?

Naquela hipótese *a sequela* prevista no art. 870.º, n.º 1 constituiria um índice autónomo para a declaração de falência.

Reparemos, desde já, que no caso dos autos estamos perante uma sociedade de responsabilidade limitada, que, nos termos do n.º 2 do art. 1174.º, pode ter como fundamento da declaração de falência a “insuficiência manifesta para satisfação do passivo”.

Somos de entendimento da validade da interpretação de que o disposto no art. 870.º, n.º 1 do Código de Processo Civil apenas estabelece o pressuposto processual de remessa dos autos executivos para o Tribunal competente, a fim de que proceda ao processamento da falência ou da insolvência, através dos seus respectivos índices, não visualizando por si um novo índice autónomo dessa declaração.

Neste sentido a jurisprudência recente contida no acórdão deste Supremo Tribunal de 17/5/90 no Proc. 79 164.

Ponderemos:

No Código de Processo de 1939, com a redacção original, os arts. 833.º e 870.º n.º I, diziam que, verificado no processo executivo insuficiência do activo perante o passivo, era neste processo executivo que se procedia à declaração de insolvência e — talvez no melhor entendimento — a falência.

Pela Reforma Processual do Dec.-Lei 44.129 de 28/12/1961, a previsão do art. 833.º desapareceu e o disposto no art. 870.º n.º I é alterado no sentido de, verificado no processo executivo que o “património do devedor não chega para pagamento dos créditos...”, pode ser requerida a remessa do processo para o Tribunal competente para aqui ser decretada a falência ou a insolvência do executado.

Temos como certo que a força do normativo legislativo permaneceu, por vezes, no entendimento das pessoas, apesar da Reforma Legislativa de 1961, mas que, presentemente, não tem razão de ser face às alterações económicas e sociais.

Se ao tempo podia ser entendida uma certa sensibilidade entre a desproporção do activo para cobrir o passivo, hoje em dia as preocupações apontam no sentido de procurar preservar a possibilidade de manutenção das empresas com (ilegível), (ilegível) dessa sensibilidade económica.

É o caso das medidas previstas para a recuperação das empresas — DL 177/86 de 2/7 e DL 279/81 de 4/10 e DL 368-D/83 de 4/10.

É o caso dos arts. 13.º n.º I alínea c) do DL 17/86 de 14/6 de permitir pagamentos a uns credores e o não pagamento a outros.

Vejamos.

As conclusões 5.º e 6.º da alegação relativa à violação do caso julgado formal não merecem qualquer consideração por constituírem um mero círculo vicioso, uma vez que tudo está em apurar do alcance do despacho previsto nesse art. 870.º do Código de Processo Civil.

Nos termos deste dispositivo legal no processo executivo verificar-se-á “se o património do devedor não chega para pagamento dos créditos verificados” poderá ser requerido que o processo seja remetido ao tribunal competente” para nele ser decretada a falência ou insolvência da executada”.

Todavia, nos termos do n.º 2 do art. 1174.º do Código de Processo Civil onde se estipulam os motivos da declaração de falência nas sociedades de responsabilidade limitada — a hipótese dos autos e cujo motivo se aproxima do texto do art. 870.º, n.º 1 — para a declaração de falência respectiva não basta o património não chegar para pagamento dos créditos mais exige-se mais, ou seja a avaliação de insuficiência manifesta do activo para satisfação do passivo.

É evidente estarmos em presença de dois critérios diversos, mais conforme com as realidades económicas e sociais que permitem — até com pujança — o funcionamento de empresas com activos inferiores ao passivo.

Há subjacente a ideia de apreciação da capacidade de movimentação de potencialidades, que não se confina numa comparação aritmética de números.

Sendo os índices previstos no art. 1174.º do Código de Processo Civil diferentes do previsto no arts. 870.º n.º 1 a alteração legislativa introduzida no Código de Processo Civil pelo DL 44.129 de 28/11/61 não pode ter outro sentido do que levar a que seja apreciado pelo tribunal competente a verificação desses respectivos índices e das potencialidades económicas.

A alteração não visou sómente a alteração formal de determinar qual o tribunal competente para declarar a falência ou insolvência mas, mais profundamente, alterar os princípios até então vigentes acabando com a declaração automática, consequência da comparação matemática do património do devedor com os seus débitos.

A alteração legislativa viria, pois impor um julgamento falimentar no tribunal para tal vocacionado sem tornar este Tribunal um mero executor e *sentenciador* formal da boa ou má averiguação do Tribunal Executivo, que, aliás, não tinha meios suficientes para efectuar conveniente juízo.

A orientação contrária privaria o Tribunal do exercício das suas funções o que reveste característica de inconstitucionalidade — n.º 2 do art. 201.º da Constituição da República Portuguesa.

Poderemos lembrar ainda — culminando numa evolução — a proposta para a eliminação da conversão da execução em falência — ver Anteprojecto do Código de Processo Civil em estudo.

Entendemos, pois, que o disposto no art. 870.º visou acolher o pressuposto da remessa do processo executivo ao Tribunal competente para a declaração de falência e nesta medida se fazer o estudo e julgamento por este Tribunal.

Como, no caso dos autos, o Tribunal competente, ouviu na verdade a requerida mas não procedeu à averiguação e análise da prova, sendo certo que a requerida até a tinha indicado, embora talvez limitadamente como o M.<sup>mo</sup> Juiz pressupôs, sem a ouvir. Nestes termos, nega-se provimento, com a confirmação do acórdão recorrido. Custas pela recorrente.

Lisboa 19 de Agosto de 1991

*(Assinaturas ilegíveis, tendo a terceira aposta a observação de “vencido”).*

NOTA: As expressões em itálico resultam de dúvidas quanto aos termos contidos no manuscrito.



## ANOTAÇÃO

*Pelo Dr. Luís Manuel Teles de Menezes Leitão*

### 1. RAZÃO DE ORDEM

Apesar de relativamente pacífica na doutrina, a interpretação do 870.º, n.º 1, do Código de Processo Civil tem vindo a constituir objecto de alguma controvérsia nos nossos tribunais superiores. Justifica-se, por isso, um breve comentário a este aresto do Supremo Tribunal de Justiça, que representa a mais recente inflexão da nossa jurisprudência neste domínio.

A questão que neste acórdão foi posta residiu essencialmente em determinar se a verificação da situação prevista no art. 870.º constitui um pressuposto material da falência, que implicaria necessariamente a sua declaração no tribunal competente, ou se representa apenas uma norma de natureza processual, que apenas provoca a remessa do processo para esse tribunal e não dispensa a alegação e prova dos factos previstos nos art. 1135.º e 1174.º do C.P.C..

Iremos, em comentário a este acórdão, analisar quais os termos em que deve ser colocada e resolvida essa questão.

### 2. SÍNTESE DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO

A SOCIEDADE DE ELECTRICIDADE BROWN BOVERI, L.<sup>DA</sup> instaurou uma acção de execução de sentença contra MON-

DEX, FÁBRICA DE MALHAS MONDEGO, L.<sup>DA</sup> para pagamento da quantia de 115.860\$60 e respectivos juros.

Foi penhorada uma máquina no valor de 200.000\$00, que seria vendida por 273.000\$00.

No âmbito do respectivo processo, foram reclamados e verificados créditos no montante de 79.011.872\$00, com preferência sobre o crédito exequendo.

Efectuando o exequente nova nomeação de bens, constatou-se não existirem mais bens disponíveis, por os que havia se encontrarem apreendidos em execução fiscal.

Em consequência, a exequente veio requerer, ao abrigo do art. 870.º, n.º 1, do C.P.C., a conversão do processo de execução em processo de falência, por o produto da venda dos bens penhorados ser manifestamente insuficiente para pagamento dos créditos reclamados, a qual foi deferida pelo Tribunal.

Após nova distribuição, a BROWN BOVERI, L.<sup>DA</sup> apresentou petição em que se solicitava a declaração imediata de falência sem produção de qualquer prova, com fundamento no disposto no art. 870.º, n.º 1.

O Tribunal de 1.ª instância considerou que, mostrando-se verificada a situação prevista no art. 870.º, n.º 1 C.P.C., nada mais era necessário para a declaração de falência, pelo que declarou a MONDEX em estado de falência.

Interposto recurso de apelação, a Relação do Porto revogou a sentença, ordenando a sua substituição por decisão que ordenasse o seguimento do processo para que, em audiência de julgamento, se apurasse da verificação ou não dos pressupostos da falência.

A requerente recorreu então de agravo para o Supremo Tribunal de Justiça, alegando sinteticamente que:

a) O art. 870.º, n.º 1 constituía uma causa de declaração de falência, completamente autónoma em relação aos índices previstos no art. 1174.º, pelo que, estando os seus pressupostos verificados nos autos, nada justificaria que se procedesse a uma nova apreciação dos índices do estado de falência;

b) Essa nova apreciação constituía violação de caso julgado formal, nos termos do art. 672.º do C.P.C..

Esse recurso foi julgado improcedente pelo Supremo Tribunal de Justiça, no acórdão que agora se comenta, tirado com um voto de vencido, com base essencialmente nos seguintes fundamentos:

a) Não fazia sentido a alegação de caso julgado formal, por tal constituir um círculo vicioso, já que o que estava em causa era a interpretação do art. 870.º.

b) O art. 870.º visou apenas acolher o pressuposto da remessa do processo executivo ao Tribunal competente para a declaração de falência, e nesta medida se fazer o seu estudo e julgamento por esse Tribunal, não constituindo assim um índice substantivo de falência a acrescer aos do art. 1174.º.

c) A falência não pode ser decretada com base na simples comparação matemática do património do devedor com os débitos, uma vez que, mesmo na hipótese do facto índice previsto no art. 1174.º, n.º 2 exige-se uma insuficiência manifesta do activo para satisfação do passivo, o que traduz a ideia de averiguação da potencialidade económica do requerido.

d) Após a reforma de 1961, com a imposição de um julgamento no tribunal de falência, tornou-se indubitável que esse tribunal não pode ser um mero executor ou sentenciador formal da boa ou má averiguação do tribunal executivo, caso em que se veria inconstitucionalmente privado das suas funções (art. 205.º, n.º 2 da Constituição).

### 3. ACÇÃO EXECUTIVA E PROCESSO DE FALÊNCIA

O regime do art. 870.º, n.º 1, do actual Código de Processo Civil encontrava a sua plena justificação no âmbito do sistema de execução colectiva, instituído no Código de Processo Civil de 1939 <sup>(1)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Embora os correspondentes arts. 833.º e 870.º, 2, suscitassem algumas dúvidas de interpretação, a que se referem J. M. GALVÃO TELLES, *Anotação ao Acórdão da Relação de Lisboa, de 6 de Fevereiro de 1941*, na Revista da Ordem dos Advogados,

A adopção desse sistema implicava, após a penhora, a citação dos credores comuns do executado, cujos créditos se encontrassem vencidos (arts. 864.º e 865.º), com a faculdade de nomear outros bens à penhora (art. 870.º) (2). Exercida essa faculdade e verificada a insuficiência do activo do devedor para pagamento dos créditos verificados, poderia qualquer credor solicitar a declaração de insolvência ou a falência (art. 870.º, 2). Antes da convocação era também possível a qualquer credor requerer que fosse declarada a falência ou insolvência, caso o património do devedor fosse insuficiente para pagamento ao exequente e este não tivesse outro meio de satisfazer o seu crédito (art. 833.º). A falência era declarada no próprio tribunal de execução e só depois se fazia a remessa do processo para o tribunal competente.

As consequências do sistema da execução colectiva instituído eram, porém, profundamente atenuadas, pois não se tinha consagrado na verificação e graduação dos créditos o princípio da igualdade do exequente com os restantes credores comuns (*par conditio creditorum*), mais característico desse sistema, atribuindo-se antes nesse confronto ao exequente a preferência resultante da penhora (*prior in tempore, potior in jure*). Daí que o processo previsto nos arts. 833.º e 870.º, 2, do Código de Processo Civil de 1939 funcionasse como um elemento corrector dessa desvirtuação, estabelecido no interesse dos restantes credores comuns, que poderiam solicitar a declaração de falência ou insolvência e restabelecer a *par conditio creditorum*, uma vez que no processo de falência deixava de ser atendida a preferência do exequente em relação aos bens penhorados (art. 1194.º, § 2.º).

Porém, a reforma da nossa lei processual civil em 1961 veio a abolir esse sistema, passando o novo Código a consagrar um sistema de execução tendencialmente singular, em que apenas os

---

ano I, n.º 2, pp. 496 e ss. e ALBERTO DOS REIS, *Processo de execução*, 2.º vol., reimp., Coimbra, Almedina, 1982, pp. 289 e ss.. Veja-se RUY DE ALBUQUERQUE e MARIA DOS PRAZERES BELEZA, *Considerações sobre a conversão da execução em falência*, publicado na Colectânea de Jurisprudência, XI, 1986, IV, pp. 15 e ss. (17 e ss.) e recolhido em FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA (ed.), *Estudos de Direito Comercial, I, Das Falências*, Coimbra, Almedina, 1989, pp. 69 e ss. (70 e ss.).

(2) Encontra-se uma descrição desse sistema em ALBERTO DOS REIS, *op. cit.*, pp. 242 e ss..

credores que gozem de garantia real sobre os bens penhorados e munidos de título executivo podem deduzir reclamação de créditos (art. 865.º do actual Código de Processo Civil), o que afasta liminarmente a possibilidade de intervirem na execução singular credores interessados na aplicação da *par conditio creditorum*. A estes restará o expediente do art. 870.º, n.º 2: requerer a suspensão da execução, demonstrando que foi requerida a falência ou insolvência do executado.

Ora, sendo assim, que sentido se poderá atribuir ao art. 870.º, n.º 1?

No seu estudo sobre a matéria, RUY DE ALBUQUERQUE e MARIA DOS PRAZERES BELEZA <sup>(3)</sup> vieram sustentar que após a reforma de 1961 o processo do art. 870.º, n.º 1 deixara de ter utilidade, representado uma contradição insuperável, uma vez que a lei não colocava nas mãos dos verdadeiros interessados na conversão os meios para a decretar.

Efectivamente, no actual sistema legal, os únicos que poderão requerer a conversão da execução em falência são o exequente e os credores com garantia real sobre os bens penhorados. Ora, ao exequente não interessaria seguramente essa conversão, uma vez que com ela deixaria de ter a preferência resultante da penhora (art. 1235.º, n.º 3 C.P.C.) e os credores com garantia real sobre os bens penhorados não teriam meios de demonstrar a insuficiência patrimonial, uma vez que só o exequente pode nomear novos bens à penhora (art. 836.º, n.º 2 do C.P.C.). Os únicos que poderiam ter interesse neste regime seriam os credores quirográficos, mas, não podendo estes intervir na execução, o preceito do art. 870.º, n.º 1 revela-se contraditório e dispensável.

Em sentido contrário a esta interpretação, pronunciaram-se OLIVEIRA ASCENSÃO <sup>(4)</sup>, RITA AMARAL CABRAL <sup>(5)</sup>, e

---

<sup>(3)</sup> *Op. cit.*, pp. 18 e ss. (em FDUL (ed.), *Estudos... (cit.)*, pp.71 e ss..

<sup>(4)</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Acção executiva e pressupostos da falência*, publicado na *Ciência e Técnica Fiscal* n.ºs 337/339 (Março 1987), pp. 33 e ss. (36-37) e recolhido em FDUL (ed.), *Estudos de Direito Comercial, 1, Das Falências*, (cit.), pp. 43 e ss. (45-46).

<sup>(5)</sup> RITA AMARAL CABRAL, *Dos pressupostos materiais da falência*. *Anotação ao Ac. do S.T.J. de 71-86*, publicado na *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 47, III (Dezembro de 1987), pp. 935 e ss. (959-961) e recolhido em FDUL (ed.), *Estudos de Direito Comercial, 1, Das Falências*, (cit.), pp. 146 e ss. (168-170).

MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA <sup>(6)</sup>, defendendo que, pese embora a desarticulação entre este regime e o sistema de execução singular, o art. 870.º, n.º 1 mantinha utilidade no âmbito da actual legislação processual civil.

Para OLIVEIRA ASCENSÃO, a *ratio* do preceito justifica-se pelo facto de o executado não ter o dever de indicar bens susceptíveis de penhora. A nomeação que lhe é atribuída é apenas uma faculdade (art. 833.º C.P.C.), a qual este na maior parte das vezes não exerce, preferindo adoptar uma posição de inércia relativamente à execução, que só o beneficia, pois é o exequente que tem o ónus de indicar bens. A conversão da execução em falência representará por isso um meio de ameaçar o devedor, levando-o a abandonar essa posição de inércia e a indicar os seus bens, para evitar as consequências pessoais e patrimoniais que a declaração de falência lhe pode acarretar <sup>(7)</sup>.

Para RITA AMARAL CABRAL a *ratio* do preceito baseia-se essencialmente na ideia de economia de meios <sup>(8)</sup>, visando conseguir os mesmos efeitos da liquidação colectiva sem a prática de actos desnecessários. Com um requerimento único de conversão o exequente obtém a suspensão da instância e a apreciação do pedido falimentar no tribunal competente, enquanto os restantes credores teriam, ao abrigo do art. 870.º, n.º 2, de apresentar separadamente um pedido de falência e requerer a ulterior suspensão da execução <sup>(9)</sup>. Para além disso, poderão existir vantagens na conversão quando o credor com garantia real, aproveitando-se da prova feita pelo exequente, nos termos do art. 515.º,

<sup>(6)</sup> MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Algumas notas sobre a conversão da execução em falência*, na Revista da Ordem dos Advogados, ano 50, II (Julho 1990), pp. 459 e ss.. A pp. 462 este autor propõe mesmo um retorno ao sistema do Código de 1939.

<sup>(7)</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, *loc. cit.*

<sup>(8)</sup> Explicaram igualmente este regime com base no mesmo princípio MANUEL JULIO GONÇALVES SALVADOR, *Conversão da execução em falência*, na Justiça Portuguesa, ano 32 (1965), n.º 335, pp. 129-136 e, n.º 336, 145-155 (148) e EURICO LOPES CARDOSO, *Manual da acção executiva*, Lisboa, Imprensa Nacional, s.d. (reimp. da 3.ª ed. de 1966), pp. 534-535. No entanto, ao contrário do que afirmam estes autores, não há, porém, qualquer benefício no aproveitamento da sentença de verificação de créditos, pois tal já resultaria dos art. 1205.º, n.º 2 e do art. 1218.º, n.º 3.

<sup>(9)</sup> RITA AMARAL CABRAL, *Op. cit.*, pp. 961-962. (em FDUL (ed.), *Estudos...* (cit.), p. 169).

quiser fazer excluir a preferência resultante da penhora registada antes da sua garantia ou, sendo também credor comum, pretender a interrupção imediata do processo para salvaguarda do seu crédito. O exequente pode também pretender a conversão se tiver conhecimento de uma outra penhora, cuja prioridade pretenda ver desaparecer antes da sua execução ser suspensa <sup>(10)</sup>.

Já na opinião de TEIXEIRA DE SOUSA, o regime do art. 870.º, n.º 1 não tem qualquer razão de ser relativamente ao exequente, pois perdendo este a preferência resultante da penhora, faltar-lhe-ia o interesse em agir no pedido de conversão. Esta só poderia compreender-se como uma tentativa de pressão sobre o executado, que o Tribunal deveria impedir por constituir uso anormal do processo, nos termos do art. 665.º. Esse regime faz, porém, todo o sentido relativamente aos credores reclamantes que têm sempre interesse nessa conversão, para afastar a penhora do exequente e concorrer com ele em pé de igualdade relativamente à parte do crédito não coberta pela garantia real. Não lhes está, por outro lado, vedada a prova da insuficiência patrimonial, bastando para tanto que o exequente tenha no processo tentado infrutiferamente a penhora de outros bens do executado, e que a insuficiência patrimonial possa ser demonstrada com base em elementos da escrita, informações do registo comercial ou predial. Tal bastará para fundamentar, com êxito, o seu pedido de conversão <sup>(11)</sup>.

Conforme se refere no acórdão que comentamos, a Comissão de Revisão do actual Código de Processo Civil acolheu a tese da falta de utilidade do art. 870.º, n.º 1, propondo, no art. 722.º do Anteprojecto, restringir a sua redacção ao regime actualmente constante do art. 870.º, n.º 2 extensivo a todos os credores <sup>(12)</sup>.

---

<sup>(10)</sup> RITA AMARAL CABRAL, *Op. cit.*, p. 960. (em FDUL (ed.), *Estudos...* (cit.), p. 168). Na nota (37) a autora refere terem sido estes exemplos apresentados pelo Conselheiro CAMPOS COSTA na 85.ª reunião da Comissão de Revisão do Código de Processo Civil e transcritos na acta n.º 86.

<sup>(11)</sup> TEIXEIRA DE SOUSA, *op. cit.*, pp. 463 e ss..

<sup>(12)</sup> *Código de Processo Civil (Anteprojecto)*, Lisboa, Ministério da Justiça, 1988, art. 722º: "Qualquer credor pode obter a suspensão de uma execução com vista à sustação dos pagamentos, mostrando que foi requerida a falência ou insolvência do executado".

Estamos em radical desacordo com esta orientação, pois parece-nos resultarem vantagens efectivas do regime do art. 870.º, n.º 1. Aliás, se assim não fosse, não se compreenderia os inúmeros pedidos de conversão da execução em falência que surgem nos nossos tribunais, *quase todos eles requeridos pelo exequente*.

As razões por que o exequente apresenta este pedido que, em teoria só o poderia prejudicar, mas na prática o beneficia, são essencialmente as seguintes:

Em primeiro lugar, colocado perante a situação de se verificar a insuficiência patrimonial referida no art. 870.º, n.º 1, ao exequente já quase nunca aproveita a preferência resultante da penhora, por haver quase sempre credores com direito a ser pagos em primeiro lugar sobre os mesmos bens. Nesta situação, o exequente vê toda a vantagem em requerer a falência, na qual perde essa preferência inútil que detém sobre os bens penhorados, mas evita o surgimento de novos créditos preferenciais, que a continuação da actividade do devedor inevitavelmente faria surgir (dívidas fiscais, dívidas aos trabalhadores e à Segurança Social, etc.). Em certos casos, restringirá mesmo os direitos dos credores preferentes, já reconhecidos e graduados, como no caso de a garantia real abranger uma cláusula penal moratória (art. 1196.º, n.º 3 C.P.C.) (13).

Para além disso, o exequente terá seguramente interesse nos efeitos da resolução ou impugnação dos actos prejudiciais à massa, previstos nos arts 1200.º e segs. e na aplicação das providências conservatórias previstas nos arts 1205.º e segs. para evitar que o devedor dissipe os seus bens, o que é mais que previsível a partir do momento em que se verifica a insuficiência patrimonial.

Por último, a falência reveste-se de interesse fundamental para o exequente poder resolver ou obviar ao reembolso de suprimentos ou à sua compensação com créditos da sociedade sobre os sócios, nos termos do art. 245.º do Código das Sociedades

---

(13) Cfr. sobre esta disposição, o estudo de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO e MARIA AUGUSTA FRANÇA, *As repercussões da declaração de falência sobre a situação dos credores hipotecários*, em FDUL (ed.), *Estudos de Direito Comercial, 1, Das Falências*, (cit.), pp. 55 e ss..



Comerciais, mesmo que para esse efeito tenha que perder a preferência resultante da penhora. No fundo, em face do regime do art. 245.º, n.º 3 a) desse diploma, se a falência transforma o exequente em credor comum, também transforma o credor por suprimientos em credor enfraquecido, *garantindo a preferência do exequente sobre esse crédito*.

Não nos parece, pois, que se possa falar liminarmente de uso anormal do processo na utilização pelo exequente do art. 870.º para efeitos de aplicação pelo juiz do art. 665.º C.P.C.. Mesmo na hipótese de se pretender apenas uma ameaça de quebra para levar o devedor a indicar os seus bens, esta constitui um exercício normal de um direito e, portanto, uma coacção legítima, que se pode considerar sem qualquer problema subjacente à *ratio* do art. 870, n.º 1<sup>(14)</sup>.

Não é, por outro lado, da perda da preferência resultante da penhora que se pode deduzir a falta de interesse em agir, pois esta preferência não atribui neste tipo de situações qualquer vantagem ao exequente, sendo totalmente inútil e puramente platónica. Atente-se no caso que deu origem a este acórdão. Que interesse poderá ter o exequente na penhora de uma máquina vendida por 273 000\$00, se acima do seu crédito de 155 581\$00 e respectivos juros aparecem graduados créditos no montante de 79 011 872\$00?

Reconhecemos, porém, que em muitas situações se poderá considerar a utilização do art. 870.º, n.º 1 como um uso anormal do processo, pois não é incomum o exequente, mesmo sem qualquer interesse na declaração de falência, desencadear a aplicação deste regime. É que esse processo representa para ele um meio expedito de abandonar uma execução em que já não pode seguramente obter o pagamento — de que este caso é um exemplo típico —, em vez de se ver forçado, nos termos dos arts. 836.º, n.º 2 e 3 a continuar a nomear bens, que não consegue encontrar, para pagamento do seu crédito e das custas. Sem esta disposição, perante a insuficiência patrimonial do executado, ao exequente que não encontrasse bens restaria uma de duas alternativas: ou

---

<sup>(14)</sup> Neste sentido, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Acção executiva...*, pp. 37-38 (em FDUL (ed.), *Estudos...* (cit.), pp. 45-46).

desistia da execução, ao abrigo do art. 918.º do C.P.C., e então teria que pagar as custas respectivas, nos termos do art. 142.º, n.º 1 do C.C.J., ou deixava de nomear bens à penhora, o que provocaria a remessa do processo à conta por falta de impulso processual, nos termos do art. 122.º, n.º 2, do C.C.J., exactamente com as mesmas consequências. Requerendo a conversão da execução em falência, as custas da execução passam a ser suportadas pela massa, nos termos do art. 1235.º, n.º 3 e 1244.º C.P.C., regime que interessa muito mais ao exequente pois, mesmo não conseguindo realizar o seu crédito, deixará de arcar com as custas da execução.

É óbvio que não se poderá considerar correcta esta utilização pelo exequente do art. 870, n.º 1, unicamente para evitar a sua sujeição às custas da execução. Não deixa no entanto de parecer iníquo este regime de custas judiciais, que prejudica o credor que não consegue numa execução obter o pagamento do seu crédito <sup>(15)</sup>. Mas o defeito reside no Código das Custas Judiciais e não na disposição do art. 870, n.º 1, que nos parece plenamente justificado continuar a aplicar ao exequente, pelas razões atrás descritas <sup>(16)</sup>.

Já relativamente aos credores reclamantes nenhuma dúvida existem no seu interesse no requerimento da conversão, nos casos

<sup>(15)</sup> A reforma de 1961 tornou facultativo o pedido de conversão da execução em falência, mas o sistema de custas continua a empurrar necessariamente o exequente para esse pedido, uma vez que a falta de bens do executado não extingue a execução (arts. 916.º e ss.).

Curiosamente, no âmbito do Código de 1939, a execução por custas a cargo do Ministério Público sujeitava-se ao mesmo regime de conversão em falência (cfr. ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil (Dúvidas e questões)*, na R.L.J., ano 72.º, pp. 369-372). Hoje, porém, o art. 163.º, n.º 2 do C.C.J. (redacção do D.L. 387-D/87 de 29.12) permite o seu arquivamento em caso de falta de bens do executado. Que razão haverá para não aplicar também essa solução ao exequente?

<sup>(16)</sup> Também não nos parece possível encontrar no art. 870, n.º 1 uma facilitação de comportamentos contrários aos bons costumes por ameaça ilícita do credor, do tipo dos descritos por MENEZES CORDEIRO, *Concessão de crédito e responsabilidade bancária*, no B.M.J., n.º 357 (1986), pp. 5 e ss. (20 e ss.), estudo depois recolhido em MENEZES CORDEIRO, *Banca, bolsa e crédito. Estudos de Direito Comercial e de Direito da Economia*, I, Coimbra, Almedina, 1990, pp. 9 e ss. (24 e ss.). Com efeito, essas situações que na prática podem efectivamente suceder são comuns a qualquer pedido de falência. Muitas vezes é, aliás, a dilação desta, com o fito de prejudicar os restantes credores, que se pode considerar contrária aos bons costumes.

em que o seu crédito seja graduado abaixo do crédito do exequente, ou nas hipóteses de serem também credores comuns. Por outro lado, parece também não haverem obstáculos à prova da sua parte dos fundamentos da sua conversão, a partir do momento em que o exequente tenta, sem êxito nomear novos bens à penhora, ou mesmo sem se verificar essa situação, demonstrando a insuficiência de bens. No caso do acórdão que comentamos seria fácilimo a qualquer credor reclamante efectuar essa prova.

Daí que, apesar da inegável melhor articulação deste regime com o sistema de execução instituído pelo Código de Processo Civil de 1939, continuemos a ver utilidade na disposição do art. 870.º, n.º 1, não nos parecendo de aplaudir a proposta da sua eliminação. Haverá apenas que esclarecer qual a interpretação que, no âmbito do actual sistema processual, melhor se adequa a esta disposição.

#### 4. AS DIVERSAS SOLUÇÕES INTERPRETATIVAS NO ÂMBITO DA ARTICULAÇÃO DO ART. 870.º N.º 1 COM OS PRESSUPOSTOS SUBSTANTIVOS DA DECLARAÇÃO DE FALÊNCIA.

No âmbito da articulação do art. 870.º com os pressupostos da falência têm-se digladiado várias soluções interpretativas: a primeira entenderia tratar-se esta de uma disposição de ordem puramente processual, que apenas possibilita a conversão do processo e a sua remessa ao tribunal competente, havendo, após esta, que apresentar petição falimentar e produzir prova da verificação dos pressupostos da falência, previstos no art. 1174.º do C.P.C., respeitando o prazo previsto no art. 1175.º do mesmo diploma. Tratar-se-ia da *tese processual*.

Em sentido contrário, uma segunda corrente opinou constituir a situação prevista no art. 870.º um fundamento de carácter substantivo da declaração de falência. Consequentemente, após a verificação dos seus pressupostos, o tribunal teria forçosamente que declarar a falência, não havendo qualquer necessidade de apresentar nova petição no tribunal de falência ou de fazer prova da verificação dos pressupostos a que se referem os arts 1135.º

e 1174.º do C.P.C.. Da mesma forma não haveria que respeitar o prazo previsto no art. 1175.º do mesmo diploma. Denominar-se-ia esta orientação de *tese substantiva* (17).

A esta delimitação poder-se-ia, com inteira fundamentação, acrescentar uma terceira orientação interpretativa: a de que o art. 870.º, n.º 1 representaria a verificação, em sede de acção executiva, do pressuposto previsto no art. 1174.º, n.º 2 relativo à falência das sociedades de responsabilidade limitada, ou da cessação de pagamentos prevista no art. 1174.º, n.º 1 a). Esta orientação não atribuiria ao art. 870.º, n.º 1 o carácter de um novo factó-índice de falência, mas vê-lo-ia como apreciação na acção executiva de algum dos factos-índice previstos no art. 1174.º, n.º 1, b), e n.º 2. Daí que logicamente houvesse a necessidade de respeitar o prazo previsto no art. 1175.º. Denominaremos esta orientação, portanto, de *tese da apreciação dos pressupostos da falência no requerimento de conversão*.

A doutrina tem vindo unanimemente a defender o carácter exclusivamente processual da disposição constante do art. 870.º, n.º 1 C.P.C. e de que a falência só é apreciada no processo respectivo (18). Porém, a jurisprudência, especialmente nos últimos tempos, tem andado dividida, surgindo vários arestos contraditórios sobre esta questão.

---

(17) Trata-se da delimitação operada por MENEZES CORDEIRO, *Da conversão da execução em falência. Subsídios para a interpretação do artigo 870.º/1 do Código de Processo Civil, à luz das tendências actuais do direito falimentar*, na Tribuna da Justiça, n.º 34 (Outubro de 1987), a pp. 1 e ss.(2 e ss.) (estudo depois recolhido em FDUL (ed.), *Estudos...* (cit.), pp. 105 e ss.).

(18) Cfr. MANUEL GONÇALVES SALVADOR, *Anotação ao acórdão do S.T.J. de 3-V-1966*, na Revista dos Tribunais, ano 84.º (1966), n.º 1815.º, pp. 415 e ss., EURICO LOPES CARDOSO, *Manual da acção executiva*, Lisboa, Imprensa nacional, s.d., (reimpressão da 3.ª ed. de 1966), p. 530, PEDRO DE SOUSA MACEDO, *Manual de Direito das Falências*, Il. Coimbra, Almedina, 1968, pp. 384 e ss., RUY DE ALBUQUERQUE e MARIA DOS PRAZERES BELEZA, *op. cit.*, pp. 17 e ss. (em FDUL (ed.), *Estudos* (cit.), pp. 77 e ss.), JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Acção executiva...* (cit.), pp. 38 e ss. (em FDUL (ed.), *Estudos* (cit.), pp. 46 e ss.), MENEZES CORDEIRO, *op. ult. cit.*, pp. 4-5 (em FDUL (ed.), *Estudos* (cit.), pp. 114-115), RITA AMARAL CABRAL, *op. cit.*, pp. 963 e ss. (em FDUL (ed.), *Estudos* (cit.), pp. 171 e ss.), MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *op. cit.*, a pp. 462 e ss., PAULA COSTA E SILVA e PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Conversão do processo de execução em processo de falência. Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de Abril de 1988*, na R.O.A., ano 50, II (Julho 1990), pp. 415 e ss. (419 e ss.).

A tese processual é largamente maioritária e tem sido por várias vezes qualificada de jurisprudência uniforme dos tribunais superiores <sup>(19)</sup>. A tese substantiva está praticamente abandonada na nossa jurisprudência, uma vez que o último aresto que a perfilhou remonta a 1971 <sup>(20)</sup>. Já a tese da apreciação dos pressupostos da falência no requerimento da conversão foi recentemente perfilhada por um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 1988, na sequência de outro aresto desse Supremo Tribunal de 1986 que, apesar de altamente contraditório na sua fundamentação, veio a influenciar uma certa viragem jurisprudencial naquele sentido.

Trata-se do acórdão do S.T.J. de 7 de Janeiro de 1986 <sup>(21)</sup>. Este acórdão foi considerado por MENEZES CORDEIRO <sup>(22)</sup>, e RITA AMARAL CABRAL <sup>(23)</sup>, como perfilhando a tese substantiva de que o art. 870.º constituiria uma nova causa de falência a acrescer às enumeradas no art. 1174.º. No entanto, apesar de

<sup>(19)</sup> Cfr. Ac. S.T.J. de 3 de Maio de 1966, no B.M.J., n.º 157 (1966), pp. 220 e ss., e na R.T., ano 84, pp. 413-414, Ac. R.E. de 21 de Julho de 1983, na C.J., ano VIII, 1983, 4, pp. 314-315 (com sumário no B.M.J., n.º 331 (1983), p. 617), Ac. R.L. de 21 de Fevereiro de 1985, no B.M.J., n.º 351 (1985), pp. 451, Ac. R.P. de 10 de Outubro de 1985, na C.J., ano X (1985), 4, pp. 247 e ss., Ac. R.L. de 19 de Maio de 1987, na C.J., ano XII (1987), 3, pp. 85 e ss. e Ac. S.T.J. de 3 de Julho de 1986, no B.M.J., n.º 359 (1986), pp. 606 e ss..

<sup>(20)</sup> Conhecemos apenas como suas manifestações os Ac. R.L. de 7 de Julho de 1965, na J.R., ano II.º (1965), pp. 553 e ss. (revogado pelo Ac. S.T.J. de 3 de Maio de 1966, atrás citado) e o Ac. R.E. de 19 de Novembro de 1971, no B.M.J., n.º 211 (1971), pp. 374. São indicados como perfilhando essa tese o Ac. S.T.J. de 7 de Janeiro de 1986, no B.M.J., n.º 353 (1986), pp. 343 e ss. e o Ac. S.T.J., de 26 de Abril de 1988, no B.M.J., n.º 376 (1988), pp. 578 e na R.O.A., ano 50, II (Julho 1990), pp. 423 e ss., mas conforme demonstramos no texto, pensamos que estes dois últimos arestos correspondem a uma outra corrente.

<sup>(21)</sup> Publicado no B.M.J., n.º 353 (1986), pp. 343 e ss.

<sup>(22)</sup> *Op. cit.*, pp. 2-3 (em FDUL (ed.), *Estudos...* (cit.), pp. 106-107).

<sup>(23)</sup> *Op. cit.*, pp. 972-973 (em FDUL (ed.), *Estudos...* (cit.), pp. 178-179). A pp. 940-941 (*Estudos*, 151) esta autora reconhece que o acórdão em lugar algum faz *expressis verbis* essa afirmação, mas considera que a pressupõe ao considerar procedentes as conclusões da recorrente. Salvo o devido respeito, não podemos concordar. Conforme se diz expressamente no acórdão, essas conclusões apenas são consideradas procedentes em conformidade com a sua fundamentação, da qual não consta essa premissa e, por outro lado, não é lícito à jurisprudência fundamentar as decisões com a simples adesão aos fundamentos de uma das partes (art. 158.º, n.º 2 C.P.C.), pelo que não se pode considerar a remissão como parte integrante da fundamentação.

sumariado assim, não se vê aí expressa essa conclusão, uma vez que o que nele se afirma é antes que a apreciação da insuficiência patrimonial, efectuada no processo de conversão, vale como caso julgado quanto à cessação de pagamentos do devedor (art. 1174.º, n.º 1 b)) ou à insuficiência manifesta do activo sobre o passivo (art. 1174.º, n.º 2). Tal corresponde antes à adopção da tese da apreciação dos pressupostos da falência no âmbito da conversão. Mas logo a seguir esse acordão afirma que o requerimento da conversão alegava ainda a ausência de estabelecimento (art. 1174.º, n.º 1, b)) e que portanto não poderia ser indeferido, o que parece pressupor a necessidade de nova apreciação no tribunal de falência, apanágio da tese processual, apenas com a modificação de que o requerimento da conversão seria aproveitado como petição falimentar. Daí que o acordão seja contraditório na sua fundamentação, apesar de, como se disse, ter tido influência perturbadora em várias decisões de 1.ª instância.

Esta tese da apreciação falimentar no âmbito da conversão veio a ser secundada no acordão de 26 de Abril de 1988 (24), embora este último se restrinja à afirmação de que a insuficiência patrimonial prevista no art. 870.º equivale ao facto-índice previsto no art. 1174.º, n.º 2, pelo que só em sociedades de responsabilidade limitada se pode afirmar a dispensa de nova apreciação no tribunal de falência. O acórdão que comentamos regressa, porém, novamente à tese processual.

Vejamos qual a solução a perfilhar para o que se impõe uma determinação do âmbito de aplicação do art. 870.º, n.º 1.

## 5. PRESSUPOSTOS DE APLICAÇÃO DO REGIME INSTITUÍDO NO ART. 870.º, N.º 1.

Em qualquer acção executiva pode verificar-se uma insuficiência de bens para pagamento ao exequente e aos credores

---

(24) Publicado no B.M.J., n.º 376 (1988), pp. 578 e na R.O.A., ano 50, II (Julho 1990), pp. 423 e ss. Quer este acórdão, quer o anterior, aparecem mal sumariados no Boletim, que os dá como referindo que o art. 870.º, n.º 1, dispensa a verificação dos factos-índice previstos no art. 1174.º, o que em lugar algum se afirma.

reclamantes. Bastará essa situação, só por si, para que o exequente ou qualquer desses credores possa lançar mão do disposto no art. 870.º, n.º 1 ?

OLIVEIRA ASCENSÃO (25) dá resposta afirmativa, entendendo que no art. 870, n.º 1 estão apenas em causa os bens penhorados, e não todo o património do devedor. Nesta interpretação, parece claro que essa disposição nada teria a ver com os pressupostos da falência, uma vez que a insuficiência dos bens penhorados não representa qualquer impossibilidade de cumprir obrigações pelo comerciante (art. 1135.º), ou sequer que o seu activo seja inferior ao passivo (art. 1174.º, n.º 2). Daí que, a aceitar-se esta interpretação do art. 870.º, n.º 1, ficaria liminarmente excluída qualquer possibilidade de perfilhação da tese substantiva ou da tese da apreciação dos pressupostos da falência no processo de conversão, havendo que reconhecer o cariz exclusivamente processual do art. 870.º, n.º 1, conforme coerentemente defende o autor.

Mas, apesar da indubitável harmonia existente entre esta interpretação do art. 870, n.º 1 e o regime dos pressupostos de falência, não estamos de acordo com a solução proposta. Com efeito, a *ratio* do preceito parece antes apontar no sentido de que o requerente da conversão tem que apresentar um fundamento sólido para se passar de um processo de execução individual para um processo de execução colectiva. Ora, para tanto não basta demonstrar que os bens penhorados são insuficientes para pagamento dos créditos verificados, uma vez que essa insuficiência apenas deverá dar lugar à aplicação do art. 836.º, n.º 2 a) e a uma segunda nomeação de bens. Pode, com efeito, muito bem acontecer que existam outros bens susceptíveis de penhora, que o exequente, por não saber no acto de nomeação quais iriam ser os créditos reclamados, não julgou necessário indicar. Segundo esta interpretação do art. 870.º, n.º 1, o exequente ficaria logo autorizado a requerer a conversão da execução em falência, numa situação em que não há qualquer fundamento visível para se passar de

---

(25) *Ação executiva...*, (cit.), pp. 36-37. (em FDUL (ed.), *Estudos...* (cit.), p. 45). Também MENEZES CORDEIRO, *Da conversão...* (cit.) p. 4 (em FDUL (ed.), *Estudos...* (cit.), p. 111), afirma que em rigor e de modo prático o art. 870.º, n.º 1 apenas permite comprovar a insuficiência dos bens penhorados.

uma execução individual para uma execução colectiva, uma vez que o pagamento se obteria com uma segunda nomeação de bens à penhora.

Daí que propendamos a considerar que, para se requerer a conversão da execução em falência, haverá que demonstrar a insuficiência de todo o património do executado — e não apenas dos bens penhorados — para pagamento dos créditos verificados <sup>(26)</sup>. Mas como se demonstra essa insuficiência patrimonial?

Pensamos que para tal efeito bastará que o exequente tente uma nova nomeação de bens, ao abrigo do art. 836.º, n.º 2 a), e esta se venha a frustrar pela inexistência de outros bens susceptíveis de penhora. Neste caso estarão *ipso facto* preenchidos os pressupostos do art. 870.º, n.º 1 e o exequente ou qualquer credor reclamante poderá requerer a conversão <sup>(27)</sup>.

A frustração de uma segunda nomeação de bens, por não se encontrarem novos bens susceptíveis de penhora é, portanto, suficiente para fundamentar o pedido de conversão, uma vez que demonstra só por si a insuficiência patrimonial. Mas será também necessária, no sentido de não existir outra forma de demonstrar essa insuficiência?

É óbvio que não se justifica exigir nova nomeação de bens, a partir do momento em que se sabe que o exequente os penhorou a todos e que não chegam para pagamento dos créditos verificados. Basta que se demonstre esse facto, no âmbito do pedido de conversão <sup>(28)</sup>.

---

<sup>(26)</sup> Tem interesse examinar o caso paralelo da insuficiência do activo na execução por custas, referido no art. 163.º do C.C.J. (redacção do D.L. 387-D/87 de 29.12). Também essa disposição não se basta com a simples insuficiência dos bens penhorados, exigindo a demonstração, mesmo por informação das autoridades policiais ou administrativas, de que o executado não possui outros bens penhoráveis.

<sup>(27)</sup> Não vemos necessidade, ao contrário do que parece defender TEIXEIRA DE SOUSA, *op. cit.*, pp. 468, de que frustrando-se uma segunda nomeação pelo exequente, tenha o credor reclamante de demonstrar a insuficiência patrimonial através de elementos da escrita, exame pericial desta, ou certidões do registo comercial ou predial. A frustração de uma segunda nomeação de bens permite demonstrar que a insuficiência patrimonial que se verifica já não se restringe aos bens penhorados, o que basta para desencadear o mecanismo do art. 870, n.º 1, independentemente da averiguação e prova em sede própria dos pressupostos da falência.

<sup>(28)</sup> Cfr. Acórdão da Relação de Lisboa, de 6 de Fevereiro de 1941, com a anotação favorável de J. M. GALVÃO TELLES, na R.O.A., ano I, n.º 2 (1941), pp. 494 e ss., e também ALBERTO DOS REIS, *Processo de execução*, 2.º (cit.), pp. 292.



Da mesma forma, o exequente ou qualquer credor reclamante poderá convincentemente demonstrar que o pagamento dos créditos verificados não é possível, mesmo com bens estranhos à execução. Realizada essa prova, ficará sempre preenchido o *Tatbestand* do art. 870.º, n.º 1, sem necessidade de nova nomeação de bens que o credor reclamante nunca poderia realizar <sup>(29)</sup>.

Demonstra-se, assim, a necessidade de se efectuar a prova da insuficiência de todo o património do executado para desencadear a conversão. Haverá agora que questionar se essa disposição tem carácter exclusivamente processual ou se constitui um novo facto-índice de falência, a acrescer aos previstos no art. 1174.º, ou ainda se representa a apreciação na acção executiva de algum ou alguns dos factos-índice previstos nesse artigo.

Para tanto, haverá que analisar brevemente os pressupostos da falência previstos na nossa lei.

## 6. PRESSUPOSTOS MATERIAIS DA FALÊNCIA.

A falência é-nos definida do art. 1135.º como a impossibilidade do comerciante de cumprir as suas obrigações. Por sua vez o art. 1174.º enumera uma série de factos que considera como índices de falência.

A conjugação do art. 1135.º com o art. 1174.º tem vindo recentemente a gerar alguma controvérsia na nossa doutrina <sup>(30)</sup>. Efectivamente, enquanto OLIVEIRA ASCENSÃO entende que, após a alteração da redacção do art. 1174.º, *a*), efectuada pelo

---

<sup>(29)</sup> Neste sentido, cfr. os Acórdãos da Relação de Lisboa de 30/4/1969 e 2/7/1969, ambos em Jurisprudência das Relações, 15º, pp. 371 e ss. e 710 e ss.. Não concordamos, por isso, com RUY DE ALBUQUERQUE e MARIA DOS PRAZERES BELEZA, *op. cit.*, pp. 18-19 (em FDUL (ed.), *Estudos...* (cit.), p. 76, quando defendem que o actual regime da conversão coloca a possibilidade de o credor reclamante a requerer nas mãos do exequente. Ao credor reclamante seguramente aproveita a actuação do exequente, mas não há nenhum motivo para que não apresente por si próprio prova da insuficiência patrimonial.

<sup>(30)</sup> Como aliás já a tinha gerado no âmbito do Código de Processo Civil de 1939. Cfr. JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Processos Especiais*, II, Coimbra, Coimbra Editora, 1982 pp. 324 e ss..

D.L. 177/86 de 2 de Julho, bastará para se declarar a falência a simples verificação de algum dos factos-índice previsto no art. 1174.º, não sendo necessária a demonstração autónoma da impossibilidade de cumprimento das obrigações <sup>(31)</sup>, RITA AMARAL CABRAL exige cumulativamente a demonstração em relação ao comerciante da incapacidade financeira prevista no art. 1135.º, e da verificação de algum dos factos-índice previstos no art. 1174.º. A autora argumenta que sem aquela demonstração seria impossível interpretar os conceitos de fuga e ausência previstos no art. 1174.º, n.º 1 *b*) ou a insuficiência do activo prevista no art. 1174.º, n.º 2 <sup>(32)</sup>.

Não pensamos efectivamente que hoje se torne necessário, perante a verificação de qualquer dos factos-índice previstos no art. 1174.º, n.º 1, a demonstração autónoma da incapacidade financeira prevista no art. 1135.º. As situações previstas nas alíneas *a*) e *c*) já têm presente esse pressuposto e a gravidade da situação prevista na alínea *b*) justifica imediatamente a declaração de falência, sem outras considerações. O conceito de ausência presente nesta alínea não suscita por outro lado qualquer dúvida interpretativa que impusesse a aplicação do art. 1135.º, pois refere-se claramente ao caso em que um comerciante, sem fugir, deixa ao abandono o estabelecimento, nunca podendo por isso considerar-se equivalente à situação prevista no art. 89.º do Código Civil.

Já a hipótese prevista no art. 1174, n.º 2 implica, porém, seguramente a demonstração da incapacidade financeira a que se refere o art. 1135.º. Efectivamente, a diferença de redacção dos dois números do art. 1174.º (“a falência tem lugar”, no n.º 1, mas “pode ser declarada” no n.º 2) parece indicar que a insuficiência manifesta do activo para satisfação do passivo exige sempre a verificação do art. 1135.º, ou seja de que se verifique a impossibilidade do comerciante cumprir as suas obrigações.

---

<sup>(31)</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, *Acção executiva...* (cit.), pp. 47-49 (em FDUL (ed.), *Estudos...* (cit.), pp. 51). Esta solução foi perfilhada por PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Falência por cessação de pagamentos*, em FDUL (ed.) *Estudos* (cit.), pp. 181 e ss. (210 e ss.) mas apenas quanto ao facto índice previsto no art. 1174.º, n.º 1 *a*).

<sup>(32)</sup> RITA AMARAL CABRAL, *op. cit.*, pp. 959 e ss. (em FDUL (ed.), *Estudos...* (cit.), pp. 161 e ss.).

Efectivamente, o art. 1135.º constitui uma definição geral do estado de falência, que se aplica tanto à falência por apresentação do comerciante quanto à falência a requerimento de terceiros. Trata-se de um conceito normativo e indeterminado, que funciona como pressuposto geral da apresentação do comerciante, mas que quando a falência é requerida por terceiros, por razões de segurança jurídica, se concretiza taxativamente nos factos típicos indicados no art. 1174.º, n.º 1.

Porém, o art. 1174.º, n.º 2 constitui um fundamento mais geral, uma vez que utiliza outro conceito indeterminado: “a insuficiência manifesta do activo para satisfação do passivo”.

A explicação desse preceito é problemática, uma vez que ultrapassa em âmbito todos os previstos no art. 1174.º, n.º 1, também aplicáveis às sociedades de responsabilidade limitada (cfr. art. 1184.º, n.º 2). Parece resultar de uma convicção absurda do legislador de que as sociedades de responsabilidade limitada não merecem crédito, pois podem ser declaradas falidas sem cessarem pagamentos, e neste caso apenas podem deduzir embargos à sentença de falência provando que o seu activo é superior ao passivo (como parece resultar do art. 1184.º, n.º 2). De acordo com este critério, uma sociedade financiada com suprimentos dos sócios estaria sempre falida <sup>(33)</sup>.

É óbvio que a interpretação tem que ser outra. Este fundamento de falência tem que ser harmonizado com a situação prevista no art. 1135.º, pelo que não poderá ser decretada a falência enquanto a sociedade tiver crédito que lhe permita satisfazer as suas obrigações.

À primeira vista pareceria que esta interpretação iria contra o disposto no art. 1174.º, n.º 2, uma vez que este apenas toma em conta a insuficiência do activo em relação ao passivo e não as possibilidades de a sociedade obter crédito. Mas não. Ao se exigir a *insuficiência manifesta* do activo para *satisfação* do passivo,

---

<sup>(33)</sup> Parece, no entanto, que a entrada em vigor do art. 245.º do Código das Sociedades Comerciais tem que implicar uma interpretação distinta do art. 1174.º, n.º 2, no sentido de não incluir na contagem do passivo os créditos por suprimentos. Com efeitos, não podendo os sócios requerer a falência da sociedade com base nesses créditos, também não parece lícito que terceiros os incluam na contagem do passivo para efeitos do art. 1174.º, n.º 2.

exige-se uma insuficiência de tal ordem que impeça a sociedade de cumprir as suas obrigações <sup>(34)</sup>.

A relação entre o activo e o passivo não é pois uma relação aritmética idêntica à da insolvência (art. 1313.º). Exige-se uma relação funcional que implique que o activo da sociedade seja insuficiente para esta satisfazer as suas obrigações ou *obter crédito para o fazer*.

Explicamos esta posição com recurso a um exemplo: Uma sociedade com um activo de 400 000\$00 pode seguramente ser declarada falida ao abrigo do art. 1174.º, n.º 2 se tiver assumido dívidas no valor de 100 000 000\$00, sem ter sequer que se verificar a cessação de pagamentos prevista no art. 1174.º, n.º 1 a) <sup>(35)</sup>. Isso acontece não só porque o activo não chega para cobrir o passivo, mas também porque com essa situação patrimonial ninguém dá crédito a essa sociedade, o que desencadeia imediatamente a aplicação do art. 1135.º. É esse o sentido do art. 1174.º, n.º 2.

Ao contrário do que acontece no art. 1174, n.º 1, a aplicação desse artigo não é, porém, automática pois exige uma apreciação do juiz que necessariamente se relaciona com o disposto no art. 1135.º. Assim, no exemplo atrás citado, se os sócios tivessem garantido por qualquer forma o cumprimento dessas dívidas, deixaria de se justificar a aplicação do art. 1174.º, n.º 2.

Após este exame dos pressupostos da falência estamos em condições de examinar a qualificação que melhor se adequa ao regime instituído no art. 870.º, n.º 1 do Código de Processo Civil.

---

<sup>(34)</sup> Afastamo-nos assim da solução defendida por OLIVEIRA ASCENSÃO, *Ação executiva*, (cit.) p. 48 (em FDUL (ed.), *Estudos...* (cit.), p. 52). Não vemos, com efeito, a insuficiência do activo para satisfação do passivo como um relação matemática, mas sim como uma relação funcional, exigindo a demonstração da incapacidade financeira. Nesse sentido, também PAULA COSTA E SILVA e PEDRO ROMANO MARTINEZ, *op. cit.*, pp. 421 e ss..

<sup>(35)</sup> Discordamos de PAULA COSTA E SILVA e PEDRO ROMANO MARTINEZ, *op. cit.*, a pp. 421, quando afirmam que a sociedade pode demonstrar que não cessou os pagamentos para embargar à sentença de falência, nos termos do art. 1184.º, n.º 1 e). Efectivamente, conforme resulta de uma interpretação *a contrario* do art. 1184.º, n.º 2, 1.ª parte, este fundamento deve considerar-se privativo da falência por cessação de pagamentos, não podendo servir de fundamento para embargar uma falência decretada ao abrigo do art. 1174.º, n.º 2.

## 7. NATUREZA DO REGIME INSTITUÍDO NO ART. 870.º, N.º 1 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Não faz qualquer sentido qualificar a situação do art. 870.º, n.º 1 como constituindo uma nova causa de falência, a acrescer às previstas no art. 1174.º, conforme defende a tese substantiva. Para além dos argumentos convincentemente apontados pela doutrina de que tal implicaria desigualdade entre os credores, quebra do princípio do contraditório e facilitação excessiva da falência<sup>(36)</sup>, há um argumento que nos parece decisivo. E que não é permitido deduzir embargos à sentença de falência, nos termos do art. 1184.º, com fundamento na superioridade do activo em relação ao passivo, *a não ser quando a falência tenha sido decretada ao abrigo do art. 1174.º, n.º 2* (art. 1184.º, n.º 2). Assim sendo, nenhuma dúvida existem de que o art. 870.º não pode constituir fundamento autónomo de falência, pois caso contrário tal preceito não faria sentido<sup>(37)</sup>.

Da mesma forma não nos parece aceitável a tese de que a insuficiência patrimonial prevista no art. 870.º implica a apreciação de pressupostos da falência no requerimento da conversão, como sejam a cessação de pagamentos prevista no art. 1174.º, n.º 1 a) e a insuficiência do activo para satisfação do passivo prevista no art. 1174.º, n.º 2.

Relativamente à cessação de pagamentos<sup>(38)</sup> é óbvio que o preenchimento da previsão do art. 870.º, n.º 1, não a demonstra. Aí está apenas em causa a não existência de outros bens susceptíveis de penhora para pagamento dos créditos verificados. No entanto, esses créditos podem nem sequer estar vencidos (art. 865.º, n.º 3), o que implica a não verificação da cessação de pagamentos. Por outro lado, esta cessação de pagamentos, nos termos do art. 1174.º a) tem que ser suficientemente indiciativa de incapacidade financeira, e esse índice não resulta da falta de bens susceptíveis de penhora, mas sim da impossibilidade de o

---

<sup>(36)</sup> Cfr. MENEZES CORDEIRO, *op. ult. cit.*, pp. 3 e ss. (em FDUL (ed.), *Estudos...* (cit.), pp. 109 e ss).

<sup>(37)</sup> Cfr. TEIXEIRA DE SOUSA, *op. cit.*, a pp. 461.

<sup>(38)</sup> Para uma delimitação deste conceito, cfr. PEDRO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, *passim*.

comerciante recorrer ao crédito <sup>(39)</sup>. Daí que não se possa considerar a cessação de pagamentos apreciada no âmbito do art. 870.º.

Da mesma forma não se pode considerar que a previsão do art. 870.º preencha o facto-índice previsto no art. 1174.º, n.º 2. Na verdade, conforme atrás se demonstrou, o que este preceito significa é que as sociedades de responsabilidade limitada podem ser declaradas falidas se o seu activo for manifestamente insuficiente para satisfação do passivo, ou seja se a desproporção entre activo e do passivo for de tal ordem que não permita à sociedade cumprir as suas obrigações, mesmo com o recurso ao crédito. Ora, tal não é susceptível de ser demonstrado, apenas tomando em consideração o facto de não se ter encontrado novos bens susceptíveis de penhora para pagamento dos créditos verificados.

Por outro lado, conforme bem salientou o Supremo Tribunal de Justiça neste acordão, não faria qualquer sentido o legislador ter imposto que a falência fosse decretada no Tribunal respectivo, se se considerasse que este Tribunal estava obrigado a decretá-la em consequência do julgamento no processo executivo. Tal regime seria completamente absurdo, pelo que não poderia aceitar-se.

Conclui-se, portanto, que o regime do art. 870.º, n.º 1 tem natureza exclusivamente processual, que não constitui uma causa autónoma da falência nem implica uma apreciação dos pressupostos da falência na acção executiva.

Consequentemente a decisão que admite a conversão não forma caso julgado quanto à verificação dos pressupostos materiais da falência. Com efeito, o deferimento do pedido de conversão constitui um caso julgado formal, que abrange apenas, nos termos do art. 672.º, essa decisão tomada no âmbito da relação processual. Trata-se que uma decisão que diz respeito à remessa do processo e não à declaração da falência, pelo que não pode ultrapassar o *thema decidendum*. Mesmo que o juiz se pronunciasse sobre os fundamentos da falência, esta pronúncia extravasaria do fundamento da conversão previsto no art. 870.º, n.º 1, pelo que teria um carácter meramente opinativo, que não vin-

---

<sup>(39)</sup> Neste sentido, RUY DE ALBUQUERQUE e MARIA DOS PRAZERES BELEZA, *op. cit.*, p. 20 (em FDUL (ed.), *Estudos...* (cit.), p. 81).

cularia o tribunal de falência, único competente para a apreciar e decretar <sup>(40)</sup>.

## 8. CONCLUSÕES

Após esta análise, podemos enunciar sinteticamente as seguintes conclusões:

1. O art. 870.º, n.º 1, é uma norma de cariz meramente processual, que possibilita a remessa do processo ao tribunal de falência quando não se encontram bens susceptíveis de penhora suficientes para pagamento dos créditos verificados.

2. Consequentemente, este preceito não constitui fundamento autónomo de falência, nem se identifica com qualquer dos factos-índice previstos no art. 1174.º.

3. O tribunal de execução não tem competência para decretar a falência, pelo que não pode apreciar os seus fundamentos no âmbito do art. 870.º, n.º 1. Caso o venha a fazer essa apreciação não constituirá caso julgado formal, sendo um acto meramente opinativo, que não pode fundamentar a sentença de falência.

O Supremo Tribunal de Justiça decidiu bem.

---

<sup>(40)</sup> Cfr. MANUEL GONÇALVES SALVADOR, *op. cit.*, a pp. 416.