

I	Curso sobre o Novo Regime de Recuperação da Empresa e de Falência	
	<i>José de Oliveira Ascensão</i> — Efeitos da Falência sobre a Pessoa e Negócios do Falido	319
	<i>Miguel Teixeira de Sousa</i> — A Verificação do Passivo no Processo de Falência	353
	<i>José Lebre de Freitas</i> — Apreensão, Restituição, Separação e Venda de Bens no Processo de Falência	371
	<i>Carlos Ferreira de Almeida</i> — O Âmbito de Aplicação dos Processos de Recuperação da Empresa e de Falência: Pressupostos Objectivos e Subjectivos	383
	<i>Maria Fernanda Palma</i> — Aspectos Penais da Insolvência e da Falência: Reformulação dos Tipos Incriminadores e Reforma Penal	401
	<i>Pedro Romano Martinez</i> — Repercussões da Falência nas Relações Laborais	417
II	Doutrina	
	<i>Herbert Schambeck</i> — Aspectos Jurídicos e Políticos da Evolução da Integração Europeia no Limiar do Séc. XXI	427
	<i>José Manuel Sérvulo Correia</i> — Contencioso Administrativo e Estado de Direito	445
	<i>Jorge Bacelar Gouveia</i> — O Princípio Democrático no Novo Direito Constitucional Moçambicano	457
	<i>Jorge Cortês</i> — O Princípio da Maioria. Natureza e Limites	493
III	Vida da Faculdade	
	<i>António de Sousa Franco</i> — Relatório Curricular sobre a Actividade Académica exercida como Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa nos anos Escolares de 1990/1991 a 1994/1995	575
	<i>Paulo de Pitta e Cunha</i> — Doutoramento <i>Honoris Causa</i> de Etienne Cereixe pela Universidade de Lisboa	599

Instituto de Cooperação Jurídica – Estatutos	603
Curso de Pós-Graduação em Ciências Político-Administrativas	605

IV Vária

<i>Gil Miranda</i> — Dez Contos para Crianças (e um poema) em Inglês, de João de Castro Mendes	615
---	-----

APREENSÃO, RESTITUIÇÃO, SEPARAÇÃO E VENDA DE BENS NO PROCESSO DE FALÊNCIA

JOSÉ LEBRE DE FREITAS

(Professor da Faculdade de Direito de Lisboa)

1. No âmbito deste curso sobre o novo regime de recuperação de empresas e de falência, cabe hoje assumir a perspectiva processual. Muitos são os aspectos que, sob esta perspectiva, poderiam ser analisados, mas pareceu-nos útil restringir e centrar a atenção no processo de falência (deixando, portanto, de fora o de recuperação) e, dentro dele, nas *actuações processuais relativas ao activo da massa falida* (de que irei tratar seguidamente) e nas que respeitam ao seu *passivo* (de que tratará o Prof. Teixeira de Sousa). Estes dois aspectos, sugeridos pelo Prof. Teixeira de Sousa, constituindo embora objecto mais amplo do que o dos capítulos VI e VII do Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresa e de Falência, ficam, ainda assim, muito longe de esgotar o universo dos problemas processuais da falência.

De processo de falência é possível falar em dois sentidos: *num sentido restrito*, trata-se da sequência ordenada de actos que se inicia com a apresentação à falência (art. 6), o pedido de declaração desta (arts. 8, 76-1 e 86) ou a decisão judicial que converta em processo de falência o de recuperação (arts. 23-1, 25-4, 53-1, 56-4, 82-2 e 84-2) e se conclui com o pagamento aos credores (art. 209) e o julgamento definitivo das contas do liquidatário (art. 223); *num sentido amplo*, abrange, além dessa sequência, as tramitações estruturalmente autónomas que têm lugar na dependência funcional da primeira, em consequência da sentença que decreta a falência. Na primeira acepção, mais rigorosa, não se integram no processo de falência, por constituírem sequências de actos processadas por apenso, os embargos à sentença de falência (art. 129), as acções em que se apreciem questões relativas a bens do activo e de que o liquidatário judicial requeira a apensação (art. 154-1), a acção de impugnação pauliana e as derivadas da resolução de actos praticados pelo falido (art. 160), os processados relativos à apreensão de bens (art. 177) e à liquidação do activo (art. 180-2), as acções

destinadas à verificação do passivo (art. 190), as que visam a separação e a restituição de bens (art. 201) e os embargos ao acordo extraordinário (art. 236). Na segunda acepção, considerada a sua *subordinação funcional* ao processo principal, a *autonomia estrutural* das tramitações por apenso não constitui obstáculo à sua integração num conceito de processo de falência mais compreensivo. Esta é a acepção utilizada pelo legislador ao intitular de *processo de falência* o título III do Código. Mas, embora se compreenda a sua utilização enquanto oposta ao processo de recuperação da empresa, não deixa ela de sofrer de menos rigor do que a acepção restritiva, dado que a unidade dum processo civil exige, ao mesmo tempo que a subordinação dos actos nele praticados a uma *finalidade global*, também a sua inserção numa *sequência estruturalmente autónoma*.

Assim, tal como em sede de acção executiva se distingue o processo executivo propriamente dito dos processos a ele apensados, também na área da falência se distingue um *processo principal* (o processo de falência propriamente dito) e *processos apensos*. Só que, enquanto que o processo de execução tem natureza diversa dos processos, de natureza declarativa, de embargos de executado, de embargos de terceiro e de reclamação e verificação de créditos (de tal modo que o princípio da equidade, nas duas vertentes da contraditoriedade e da igualdade de armas, neles se exprime diferentemente), no caso da falência não só o processo principal tem a *natureza mista de processo declarativo e de processo executivo* (e não a de execução universal, que autores como MANUEL RODRIGUES, ALBERTO DOS REIS e PESSOA JORGE lhe atribuíram), mas também *nem todos os processos apensos têm natureza declarativa*, como se vê considerando os casos do apenso de apreensão de bens e do de liquidação do activo.

O processo de falência (tal como o de recuperação da empresa) inicia-se com uma fase *declarativa* que, não tendo havido oposição à apresentação ou ao requerimento da falência, se encerra com os juízos sobre o reconhecimento da situação de insolvência e (eventualmente) sobre a inviabilidade económica da empresa e a consequente sentença (arts. 25 e 122) e, tendo havido oposição, se prolonga até à sentença a proferir após audiência de discussão e julgamento (arts. 123 e 124). Natureza *declarativa* tem também o processamento que tem lugar no processo principal com vista à homologação do acordo extraordinário (arts. 231-235 e 237).

Restam os outros actos praticados no processo de falência (propriamente dito) após o decretamento desta: nomeação do liquidatário judicial e da comissão de credores; requerimentos, impugnações, autorizações e decisões relativas à administração ordinária e extraordinária da massa falida, bem como ao rateio e ao pagamento do respectivo produto; actos respeitantes às contas do liquidatário. Todos têm natureza *executiva*.

Não obstante esta duplicidade do processo de falência, sentir-nos-emos talvez tentados a dizer, tal como os autores há pouco citados, que, sendo indubitável a natureza executiva dos actos de apreensão, venda e pagamento e constituindo todo o processo de falência uma sequência destinada ao fim último da realização (na medida do possível) dos direitos dos credores, a função executiva se sobrepõe à função declarativa da fase inicial do processo, conferindo a todo ele uma indubitável natureza executiva. “O processo de falência”, diz JAUERNIG, “não é um processo declara-

tivo (...), mas, por sua natureza, uma execução, visto levar a uma agressão do Estado à posição jurídica do devedor e em especial à confiscação do seu património. É uma liquidação forçada do património global do devedor, para satisfazer os credores”.

Julgo, porém, que a fase declarativa do processo de falência não pode deste modo ser menosprezada.

Por um lado, a declaração de falência não tem o único efeito de abrir a sucessiva fase executiva e assim proporcionar a satisfação possível — e igualitária — dos direitos dos credores comuns, mediante a actuação do mecanismo da garantia geral das obrigações. Tem ela também importantíssimos efeitos de direito substantivo, que não respeitam apenas aos direitos sobre os bens (actuais e futuros) do falido e à eficácia dos actos que os tenham por objecto; consistem também na sua *inibição* (ou dos administradores da sociedade ou pessoa colectiva falida) para o exercício do comércio e para ocupar qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial ou civil, associação privada de actividade económica ou empresa pública ou cooperativa (art. 148-1). Ora, se é certo que há paralelismo entre o efeito de ineficácia relativa dos actos subsequentes à penhora previstos nos arts. 919 e 920 CC e o de *inoponibilidade à massa falida* (art. 155-1), bem como entre o da perda dos poderes de uso e fruição do bem penhorado (arts. 838-2 e 843 CPC) e o da *perda da administração e do poder de disposição dos bens presentes e futuros do falido* (art. 147-1), já a inibição do falido para o exercício do comércio e para a ocupação dos cargos referidos não tem qualquer paralelo no campo do processo executivo.

Por outro lado, a consideração do fim último que na prática os credores pretendem tipicamente atingir não deve levar a instrumentalizar mais a fase declarativa da falência do que a fase declarativa do *processo de venda e adjudicação do penhor* (correntemente tido como processo misto de declaração e de execução, quando não é classificado entre os processos executivos) ou, no limite, do que a *acção declarativa de condenação* (também ela uma etapa no caminho que conduz à realização do direito de crédito). A dispensa da obtenção do título executivo no processo de falência obedece, aliás, a razões de ordem eminentemente prática e é compensada pelos procedimentos de verificação do passivo e pela fase declarativa do processo principal.

O processo de falência tem, pois, a natureza mista de processo declarativo e executivo.

Se considerarmos agora o tema da presente lição, constatamos que apreensão, separação, restituição e venda de bens são, em si, actos de natureza executiva; mas, enquanto que a *venda*, tendo por objecto os bens previamente apreendidos, dispensa qualquer juízo autónomo de natureza declarativa e a *apreensão*, implicando embora um juízo sobre a penhorabilidade do bem, é feita pelo liquidatário sem precedência duma decisão judicial que o tenha por conteúdo, já a *separação* e a *restituição* só têm lugar após um procedimento declarativo destinado a verificar o direito de terceiro, proprietário ou possuidor, o direito do cônjuge do falido aos seus bens próprios e à sua meação nos bens comuns ou o direito de restituição do vendedor comercial que tenha convencionado fornecer a mercadoria antes do pagamento do preço.

2. A qualificação da *apreensão* como providência executiva não se conforma com a terminologia utilizada pelo Código, ao introduzir o seu capítulo V com a epígrafe *providências conservatórias*.

Tendo por objecto, além dos elementos da contabilidade, todos os bens penhoráveis do falido, a apreensão reveste-se dum *carácter definitivo* que a distingue das providências cautelares. Com ela realiza-se, é certo, uma *finalidade de acautelamento*, na medida em que o ingresso dos bens na esfera de disponibilidade material do liquidatário impede o falido de deles materialmente dispor, ocultando-os ou dissipando-os. Mas a função da apreensão consiste, essencialmente, em concretizar o conteúdo da massa falida e o objecto dos actos executivos (administração e alienação) que sobre ela subseqüentemente se irão realizar. Trata-se dum função semelhante à da penhora no processo executivo, embora, dos efeitos imediatos desta, só tenha o de atribuir ao liquidatário o *poder de administração* dos bens apreendidos (art. 141), pois quer o efeito de *inoponibilidade situacional* quer o de *perda da administração* dos bens pelo falido resultam, antes dela, da sentença de declaração da falência. Note-se, aliás, como, na falência, se dá a cisão entre o momento da perda do poder de administração pelo falido e o da sua aquisição pelo liquidatário, que, como resulta do art. 176, começa por ter tão-só o *poder de apreensão* e só quando esta se realiza fica constituído *depositário*, adquirindo assim a posse em nome alheio (em nome do tribunal) dos bens corpóreos apreendidos. Esses dois momentos coincidem no acto da penhora. A função da apreensão dos bens do falido extravasa assim a função cautelar, constituindo uma *função executiva*.

Consequentemente, o *arrolamento* a que se refere o art. 176 não se confunde com o arrolamento dos arts. 421 e ss do Código de Processo Civil, que é uma verdadeira providência cautelar, com eficácia provisória condicionada à instauração, ao normal processamento e ao resultado da acção declarativa de que depende e, como todas as providências cautelares, ordenada após uma fase declarativa destinada a verificar o *fumus boni juris* e o *periculum mora*.

O art. 176 prevê duas modalidades de apreensão de bens para a falência: o *arrolamento* e a *entrega directa através de balanço*. O arrolamento consiste na descrição, avaliação e depósito dos bens: di-lo a alínea d) do nº 4 do artigo, em termos idênticos aos do art. 424-1 CPC, de cujos nºs 2 e 3 resultaram também as alíneas e) e f) do nº 4 do referido art. 176, aplicáveis quer ao arrolamento quer à entrega por balanço. Mas esta identidade de formalidades não implica a identidade das duas figuras de arrolamento. Pelo contrário, o facto da reprodução que se constata nas alíneas d), e) e f) do art. 176 inculca a ideia de se tratar de figuras diversas, pois de outro modo seria mais racional a remissão, expressa ou até implícita, para os requisitos e o regime do arrolamento no Código de Processo Civil. Com efeito, precedida da declaração de falência (em vez de subordinada a uma acção declarativa pendente ou a propor) e consistindo em actuações materiais independentes de qualquer indagação declarativa *específica* prévia, a apreensão dos bens do falido, em qualquer das suas duas modalidades, constitui *acto executivo da sentença de declaração da falência*, a qual, desempenhando no processo de falência papel paralelo ao do título executivo, constitui o poder de apreensão, que naquele acto se exerce. Tal como ao arrolamento do Código de Processo Civil, aplica-se-lhe subsidiariamente o regime da penhora, mas não por via do art. 424-5 CPC (“são aplicáveis ao arrolamento as disposições relativas à penhora, em tudo quanto não contrarie o estabelecido nesta secção ou a diversa natureza das providências”). Este artigo é, tal como o art. 402 CPC (“o arresto consiste

numa apreensão judicial de bens, à qual são aplicáveis as disposições relativas à penhora, em tudo quanto não contrariar o preceituado neste capítulo”), afloramento duma *norma geral implícita*, de acordo com a qual o regime da penhora é subsidiariamente aplicável às outras figuras de apreensão judicial. O recurso a esse regime não tem, pois, que passar pelo art. 424-5 CPC (o que, aliás, o restringiria à modalidade do arrolamento) e faz-se, quer no caso de arrolamento, quer no de entrega directa através de balanço, por *directa* aplicação dessa norma geral. Ressalvadas as adaptações necessárias, o regime de efectivação da penhora (arts. 838 e ss CPC) e o das citações e notificações a terceiros (ex.: arts. 825-2, 829-2, 830-2, 853-3, 857-3 CPC; expressamente, art. 119 do Código do Registo Predial e art. 178) aplicam-se. Ao invés, e ainda em consequência da natureza não cautelar, mas executiva, da providência, não lhe é aplicável o regime das providências cautelares.

Apreendidos são para a massa falida *todos os bens susceptíveis de penhora*, dispõe o art. 175-1, ainda que penhorados, arrestados ou por qualquer outra forma apreendidos noutro processo, casos em que a sua imediata disponibilidade pelo liquidatário não impede que se mantenha o depósito anterior (art. 176-4-a). Acrescenta ainda o art. 175-2 que os bens isentos de penhora poderão, porém, ser integrados na massa falida se o devedor voluntariamente os apresentar.

Esta remissão para o regime geral da penhorabilidade dos bens implica algumas adaptações. Assim, as limitações legais à disponibilidade, objectiva ou subjectiva, dos bens, bem como as que directamente afectam a sua penhorabilidade, seja em termos absolutos, seja em termos relativos, mantêm-se inteiramente; mas os regimes de *penhorabilidade subsidiária*, quando impondo a prévia excussão ou verificação da insuficiência de determinados bens ou categorias de bens do devedor, não impedem que, declarada a falência, os bens só subsidiariamente penhoráveis não devam ser imediatamente apreendidos, pois não faria sentido a exigência da prévia excussão de outros e a insuficiência do património do falido está reconhecida. Para dar um exemplo, o direito ao produto da liquidação da quota do falido na sociedade civil, na sociedade comercial em nome colectivo e, sendo ele sócio comanditado, na sociedade comercial em comandita simples deverá ser imediatamente apreendido. As normas que estabelecem, *no âmbito do património do devedor*, a penhorabilidade apenas subsidiária de certos bens, que visam salvaguardar, não têm, pura e simplesmente, possibilidade de aplicação em caso de falência. Assim também, os regimes de *impenhorabilidade convencional* permitidos pelos arts. 602 (convenção entre credor e devedor), 603 (determinação de terceiro) e 833 (cessão de bens aos credores) do Código Civil mantêm-se, no âmbito dos créditos com responsabilidade patrimonial limitada, mas não impedem a apreensão para a massa falida, dado o carácter universal da falência.

Mais interessante é, porém, considerar os casos em que bens do falido estejam afectos à garantia de dívidas de terceiro e aqueles em que bens de terceiro garantam créditos contra o falido.

Constituindo objecto da apreensão os bens que, nos termos do art. 147-1, integram a massa falida (os bens, presentes e futuros, do falido), mais os que tenham sido transmitidos pelo falido por negócio que seja objecto de resolução ou de impugnação pauliana e os que sejam ulteriormente adquiridos por cumprimento de negócio celebrado pelo falido, não oferece dúvida que *bens de terceiro* não podem ser

objecto de apreensão no âmbito do processo de falência. A satisfação dos créditos reclamados na falência que por eles sejam garantidos deverá, por isso, aguardar a verificação, *em acção executiva própria*, da insuficiência dos bens onerados. Ora, não sendo a perda do benefício do prazo por virtude da insolvência do devedor extensível ao terceiro proprietário (art. 782 CC), tal poderá, no caso de dívida vincenda, dar lugar a algumas dificuldades de rateio, designadamente parcial (art. 210), de que o legislador não parece que se tenha apercebido.

Por seu lado, a apreensão dos *bens do falido afectos à garantia de dívidas de terceiro* não impede que, nos termos gerais, o produto da sua venda só se destine à satisfação dos credores da massa falida após a satisfação do terceiro preferente; mas, não se prevendo que o reconhecimento do crédito deste possa ter lugar, como no processo executivo singular, em apenso declarativo especial adequado à sua reclamação e verificação, esse reconhecimento deverá ter lugar *em acção comum* que, porém, convém que, nos termos do art. 154-1, seja apensada ao processo de falência. Efectivamente, a nossa lei nem trata este caso como de separação de bens nem dispensa o terceiro, que não é credor do falido, da obtenção de título executivo.

3. A oposição à apreensão de bens para a massa falida não dá lugar a embargos de terceiro (art. 1037-1 CPC). Há, sim, no Código um meio específico de oposição, que se processa como a reclamação de créditos: o da *acção de restituição e separação de bens*. Deve ela ser instaurada no prazo fixado para a reclamação de créditos (entre 20 e 60 dias, contados continuamente desde a data da publicação da sentença no Diário da República) ou, no caso de apreensão superveniente de bens, nos 7 dias posteriores (arts. 201 e 203), prazo este que não pode, a meu ver, sob pena de injustificada desigualdade de tratamento, deixar de se contar também no caso de apreensão de bens efectuada menos de 7 dias antes do termo do prazo para a reclamação. Passado esse prazo, os pedidos de separação e de restituição são ainda admissíveis, mas já não pelo meio específico do Código: deverá então o terceiro propor *uma acção comum com processo sumário* que corre, no entanto, ainda por apenso ao processo de falência e cujos efeitos neste processo estão condicionados à efectivação, nele, dum *termo de protesto*, sem o qual o terceiro perde o direito aos bens logo que estes sejam vendidos e só será embolsado, em situação de preferência, até à importância do produto da venda e, mesmo assim, com importantes limitações (arts. 205 a 207). Devendo os n.ºs 2 e 3 do art. 179 (sobre o direito à separação no caso de bens indivisos ou em contitularidade) ser interpretados em sintonia com as alíneas b) e c) do art. 206, creio que em caso algum é dispensado o protesto, não obstante o referido n.º 3, só por si, parecer significar o contrário.

É interessante comparar o protesto em causa com o *protesto pela reivindicação* previsto nas disposições paralelas dos arts. 910 e 911 CPC.

Diversamente de outros sistemas jurídicos, em que a *tutela do comprador de boa fé* impede o reconhecimento ulterior de direitos reais de terceiros sobre o bem penhorado (móvel ou, em caso de inscrição registral a favor do executado, também imóvel), a nossa lei, baseada na *nulidade da aquisição a non domino*, faz ceder o interesse do comprador na execução perante o do proprietário reivindicante: atribui a este a coisa reivindicada e àquele apenas o direito a ser reembolsado do preço por

aqueles a quem ele tenha sido atribuído, podendo ainda pedir uma indemnização, pelos danos que tenha sofrido, ao exequente, aos credores e ao executado que hajam procedido culposamente (art. 825-1 CC). A finalidade do protesto pela reivindicação feito no acto da venda, ou antes dela, é dupla: *exclui o direito do comprador à indemnização*, pois se entende que o risco decorrente da reivindicação foi por ele assumido (art. 825-2 CC); *obriga-o a prestar caução*, destinada a garantir o direito do reivindicante, mas com a contrapartida da caução que os titulares de direitos sobre o produto da venda igualmente terão que prestar, em garantia do direito do comprador à restituição do preço (arts. 910-1 e 1384-1-c CPC). Num caso apenas o comprador goza do *direito de retenção* da coisa comprada enquanto não lhe for restituído o preço: quando, feito o protesto, a acção de reivindicação não for proposta dentro de 30 dias ou estiver negligentemente parada durante 3 meses e for requerida a extinção das cauções referidas (art. 910-2 CPC).

No processo de falência, já o direito do proprietário e a consequente nulidade da aquisição *a non domino* sofreram alguma entorse: se o protesto não tiver lugar ou os seus efeitos caducarem, por inércia do autor em promover os termos da causa durante 30 dias, *a venda dos bens mantém-se* e o autor mais não terá do que o já referido direito de crédito. A tutela do comprador de boa fé é feita, pois, em termos que levam ao sacrifício do direito sobre a coisa vendida. A função do protesto não se realiza já *a latere* do reconhecimento absoluto do direito real, mas consiste antes na *manutenção* dos efeitos que este tem *erga omnes*. É uma excepção importante, já consagrada na lei de processo desde 1961, à regra da prevalência do direito real sobre os interesses de terceiros de boa fé — regra esta que, como se sabe, veio mais tarde a ser também limitada pelo Código Civil de 1966 em sede de direitos sobre imóveis, tida em conta a sua sujeição a registo.

Noutro ponto importante diverge o regime do meio, especial ou comum, de restituição e separação de bens apreendidos para a massa falida dos seus homólogos dos embargos de terceiro e da acção de reivindicação dos bens penhorados: os embargos de terceiro fundam-se *na posse em nome próprio*, enquanto a acção de reivindicação se funda *num direito real*; por seu lado, os pedidos de restituição e separação de bens podem fundar-se *num direito real ou numa situação possessória* (além de um caso, adiante referido, em que se fundam num direito de restituição meramente obrigacional), podendo consequentemente respeitar a bens incorpóreos. A inexplicável circunscrição da legitimidade para embargar de terceiro, também ela oposta ao que se verifica em outros sistemas jurídicos, não tem aqui equivalente ⁽¹⁾.

Restituição e separação de bens são, obviamente, conceitos distintos, correspondendo não a duas acções diversas, mas a duas actuações cumuláveis na mesma acção. Reconhecido que determinado bem não pertence à massa falida, ele deve ser dela *separado*, por reclamação de terceiro legitimado ou officiosamente. A esta separação seguir-se-á a *restituição* ao titular do respectivo direito, se a ela houver lugar

(¹) No Código de Processo Civil resultante da actual revisão (posterior ao texto ora publicado) os embargos de terceiro deixam de constituir um meio possessório para passarem a ser facultados ao titular do direito de fundo ofendido pela penhora (ou acto judicial semelhante).

e ele a tiver pedido. Embora a terminologia do art. 201 não seja muito rigorosa e a sua epígrafe baralhe os termos em que ela deve ser feita, ao referir a restituição antes da separação, a leitura dos seus n.ºs 1 e 2 evidencia a distinção, ainda que a arrumação constante das quatro alíneas do n.º 1 (*maxime*, das alíneas *a* e *c*) não seja nada feliz.

Têm o *direito de separação*, nos termos do art. 201-1 e do art. 179-2:

- a) Os *titulares de direito real de gozo* (direito de propriedade, direito real menor de gozo, direito sobre bens incorpóreos, algum destes direitos em contitularidade) sobre bem apreendido com sua ofensa. *Têm ou não o direito de restituição*, consoante a configuração do seu direito real lhes permitisse ou não o exercício *exclusivo* de poderes de uso e fruição sobre a coisa.
- b) Os *titulares de quinhão em universalidade* (herança, comunhão conjugal) em que também quinhoe o falido, quando a apreensão tenha excedido o direito deste. *Não têm o direito de restituição*.
- c) O *possuidor em nome do qual o falido possuísse o bem apreendido* (locador, comodante, depositante, consignante). *Tem também o direito de restituição*.

Vejamos a aplicação deste esquema a algumas situações menos nítidas.

Titular de direito real com direito à restituição é, sem dúvida, o *transmitente que reserve a propriedade da coisa vendida*, quando a compra e venda seja resolvida, por ele próprio ou, nos termos do art. 163-1, pelo liquidatário. Mas a questão põe-se igualmente na pendência do contrato, enquanto o preço não for integralmente pago. De direito à *restituição* da coisa não poderá então falar-se, visto que ele está dependente da resolução e o adquirente é possuidor em nome próprio. Mas, não pertencendo a coisa (ainda) à massa falida, da sua situação de impenhorabilidade subjectiva resulta que não devia ter sido apreendida, pelo que deve ser *separada* da massa e assim se manter até o pagamento da última prestação do preço.

O mesmo se aplica ao caso da *locação financeira*: o bem locado deverá ser *separado* até que seja exercido o direito à sua aquisição nos termos do contrato de *leasing* (salvo sempre o eventual direito de resolução do locador, nos termos gerais ou nos do art. 27-*b* do D.L. 171/79 de 6/6, e o direito de resolução conferido ao liquidatário pelo art. 163-1): embora, diversamente do caso da reserva de propriedade, se deva entender a posse do locatário financeiro como posse em nome alheio, a manutenção do contrato impede o direito do locador à *restituição*, mas não a separação do bem da massa falida.

O mesmo se diga ainda do direito do *promitente vendedor em caso de tradição*, contratualmente estipulada, da coisa prometida para o falido: o direito de aquisição (real ou obrigacional) da massa falida, ainda não exercido, não impede o exercício do direito à *separação*, mas a *restituição* só deverá ter lugar em caso de resolução do contrato.

Em qualquer dos casos, a apreensão manter-se-á, mas tendo por objecto a *expectativa de aquisição* do bem separado da massa falida.

Pôr-se-á o problema de saber como se passarão as coisas nas situações inversas às descritas, isto é, se o adquirente com reserva de propriedade, enquanto o preço não

for pago, e o promitente comprador, em caso de tradição contratualmente estipulada, têm o direito de separação e restituição do bem objecto do contrato que, por ser (ainda) próprio do falido, tenha sido apreendido para a massa. O problema não se põe para o locatário financeiro, na pendência do contrato de *leasing*, dada a inaplicabilidade do regime da falência às sociedades financeiras, estabelecida pelo art. 2 do D.L. 132/93, que aprovou o Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência.

No caso da compra e venda em que a transmissão não tenha tido ainda lugar, o art. 161-3 confere ao liquidatário o direito de resolução, que, exercido, constituirá a massa falida em responsabilidade por incumprimento. É um preceito muito discutível, visto sacrificar o direito do comprador no altar dos interesses dos credores do falido, e já por isso foi defendido que só terá aplicação, de acordo com as normas gerais, quando o adquirente, por seu lado, não cumpra. Esta interpretação tem por si a razoabilidade, mas contra si a expressa referência ao direito do comprador à indemnização *pelo incumprimento do vendedor*. Optando o liquidatário pela resolução, a apreensão do bem deverá ter lugar, não podendo o preceito deixar de se entender também aplicável, *por maioria de razão*, ao caso da promessa de compra e venda.

Não havendo resolução, a posse — em nome próprio no caso da reserva de propriedade e em nome alheio nos de contrato-promessa e de locação financeira — deveria manter-se e o conseqüente *direito à separação* ser consagrado. Não o faz o art. 201, que, indiferente às novas figuras jurídico-contratuais, mantém, na sua estrutura, os fundamentos de separação do art. 1200 do velho CPC de 1939. *O alargamento da previsão do preceito impõe-se*. Mas, de qualquer modo, *pelo menos* quando o contrato-promessa tenha eficácia real e sobrevenha sentença de execução específica, tal como quando o comprador pague a última prestação do preço (ou 7/8 do preço: art. 934 CC) de que depende a transferência da propriedade, o direito à separação do bem torna-se indubitável.

O direito do cônjuge do falido à *separação* e à *restituição* dos seus bens próprios não oferece dificuldade, sendo que nenhum dos casos excepcionais em que o cônjuge não proprietário tem a administração dos bens próprios do outro (art. 1678, als. *e, f e g* CC) implica a sua apreensão para serem administrados pelo liquidatário da massa falida.

Havendo bens comuns do casal, deve, após a sua apreensão, ser o cônjuge do falido citado, nos termos do art. 825 CPC, para *requerer* a separação de bens. Mas, diversamente do que acontece no caso da execução singular, a separação pode também ser ordenada *oficiosamente*, nos termos do art. 201-2 (cf. também o art. 1406-1 CPC). Dada a multiplicidade dos credores da massa falida, é dificilmente verificável a existência de moratória; mas é incompreensível que não se tenha previsto a falência do cônjuge como causa autónoma de separação de bens.

O direito de separação do *possuidor em nome de quem o falido possuísse* só faz sentido ser autonomizado do direito do proprietário ou titular de outro direito real na medida em que o proprietário dos bens seja um terceiro (dada a presunção de propriedade de que goza o possuidor em nome próprio) e nesta acepção deve ser interpretada a alínea *a*) do art. 201-1. Nela cabem casos como o do comodatário dum automóvel que o dê a separar ou a guardar a um comerciante que entretanto caia em

falência: sem prejuízo de o proprietário ter o direito de pedir a sua separação e restituição, o comodatário tem-no também (art. 1133-2 CC).

Já o direito *meramente obrigacional* à restituição da coisa de que não se tenha (ou já não se tenha) a posse, tal como o direito à prestação dum coisa fora do âmbito da restituição, não constituem fundamento de separação. Assim acontece com o direito à restituição dum prestação efectuada em cumprimento dum contrato nulo ou anulado (art. 289-1 CC) ou com o direito a receber do falido a coisa móvel por ele construída em empreitada (art. 1212-1 CC).

Tão-pouco é fundamento de separação a titularidade dum *direito de crédito* apreendido. Diversamente se entende em direito alemão, com fundamento no § 43 da *Konkursordnung* ainda vigente, que expressamente estatui como fundamento do *Aussonderungsrecht*, ao lado dos direitos reais, “os direitos pessoais”. Entre nós, em que não há uma estatuição semelhante, o verdadeiro credor não perde o direito à prestação que lhe é devida pelo facto de ela ser erradamente apreendida para a massa falida. Tratando-se dum direito relativo, poderá exercê-lo contra o seu devedor, cabendo a este negar a existência do crédito da massa falida, nos termos do art. 858-1 CPC, para evitar pagar duas vezes.

Tem, porém, direito à restituição da coisa vendida, em consonância com o art. 468 do Código Comercial, o *vendedor* que, no âmbito da compra e venda *comercial*, a tenha entregue antes de lhe ser pago o preço, em virtude de estipulação neste sentido. Di-lo a alínea *d*) do art. 201-1, tal como antes o dizia o Código de Processo Civil, embora hoje se deva entender que, a exemplo do que acontece em outras legislações, deixou de ser exigida a estipulação prévia quanto às mercadorias que, à data da falência, se encontrem *em trânsito*, anterior ao pagamento. O art. 164-1 concede ao vendedor o direito de as reaver, a menos que o liquidatário as pague, e não faria sentido que não pudesse fazer valer esse direito em oposição à apreensão feita não obstante a disposição desse artigo.

4. Apreensão de bens para a massa falida e separação de bens da massa falida (com eventual restituição) são assim duas realidades antagónicas, das quais a segunda constitui meio de oposição à primeira. São os bens apreendidos e não separados que vão ser objecto da venda.

Sobre esta, duas observações, a concordar com pontos de regime devidos a alterações anteriores ao Código: por um lado, o art. 181-2, ao quebrar — já desde 1961: art. 1247-2 CPC — a regra da venda por arrematação em hasta pública, constitui solução mais acertada do que a vigente no processo de execução singular ⁽²⁾; por outro lado, o art. 181-3, ao dispor expressamente — desde 1986: art. 1247-3 CPC — no sentido de o estabelecimento comercial dever ser vendido, em regra, unitariamente, constitui um passo importante no sentido de se admitir o tratamento processual unitário, ao qual a nossa jurisprudência se tem revelado avessa, da universalidade constituída pelo estabelecimento.

⁽²⁾ No Código de Processo Civil resultante da actual revisão a venda judicial passa a revestir a modalidade das propostas em carta fechada.

Uma observação ainda, esta crítica. As modalidades de venda judicial (arrematação em hasta pública ou venda por propostas em carta fechada) continuam, no processo de falência como no de execução singular, sobrecarregadas de formalismos dilatatórios, custosos e grandemente inúteis. A publicidade na imprensa é dispensável, como dispensada é noutros sistemas jurídicos, em que se entende ser suficiente a afixação do anúncio da venda no edifício do tribunal, local a que os interessados em compras judiciais facilmente se dirigirão para saberem da sua efectivação.

5. Isto o que se me oferecia dizer sobre o tema escolhido. Mas não queria acabar sem quatro notas sobre outros pontos do regime processual da falência.

A primeira é que, de acordo com o art. 122, o processo de falência, quando esta é requerida por um credor, é um *processo cominatório pleno*: se o devedor não se opuser, logo o tribunal declara a falência. A solução é violenta, tanto mais que o devedor pode ter sido citado por via postal, a qual é considerada um meio de citação pessoal (art. 238-A-1 CPC). Estando normalmente envolvidos valores patrimoniais elevados, a cominação, própria das formas de processo comum menos solenes, não se compreende (3).

A segunda nota anunciada é que, proferida a sentença sobre a falência, seja declaratória ou negatória, admite o art. 129 que contra ela se deduzam *embargos*. Não constituindo a figura dos embargos um meio de impugnação de decisões, mas sim um meio de oposição à execução duma decisão ou ao prosseguimento de determinada operação, mal se entende a sua admissibilidade contra a sentença que julgue improcedente o pedido de falência.

A terceira nota é que a imposição da *continuidade dos prazos* cria uma distorção não desejável no âmbito dum sistema jurídico dominado pela regra do desconto dos sábados, domingos e feriados. Compreende-se a intenção num legislador inconformado com a regra geral do sistema. Mas, enquanto esta não fosse alterada, uma elementar preocupação de unidade deveria levar a não estabelecer a excepção, tendo nomeadamente em conta as consequências negativas — e normalmente irreparáveis — da inobservância dum prazo preempório mal contado (4).

A quarta nota é de ordem geral: se é certo que o novo regime da falência representa, em diversos aspectos, um esforço de simplificação e de racionalização do processo, poder-se-ia, porém, ter ido mais longe na revisão de soluções que a evolução sócio-económica tornou caducas. E, no que respeita ao processamento prévio em sede de *medidas de recuperação da empresa*, pôr-se-á a dúvida de saber se, na generalidade dos casos, está verdadeiramente contribuindo para um saneamento socialmente útil ou, pelo contrário, está servindo, sem grande utilidade, para a dilação do processo. A intenção que presidiu à sua introdução no nosso sistema jurídico, em sintonia com

(3) No Código de Processo Civil resultante da actual revisão a cominação plena é suprimida nos processos sumário e sumarríssimo e dele só restam pequenas ilhas desgarradas.

(4) No Código de Processo Civil resultante da actual revisão volta-se à regra da continuidade do prazo processual, que só se suspende nas férias. Outra foi, entretanto, a opção do legislador no campo do procedimento administrativo.

a evolução verificada em outros sistemas, é louvável; mas duvido que a prática da sua aplicação esteja produzindo os resultados que se esperariam. Talvez mesmo só se devam esperar resultados frutuosos desta nova concepção quando, ao lado do saneamento da empresa, se encarar, em moldes arrojados, o saneamento económico-financeiro das pessoas singulares com excesso de dívidas. A recente legislação francesa deu um importante passo neste sentido e há, a nível europeu, a preocupação de encontrar novas soluções. O mundo das falências é, aliás, como antontem realçou o Prof. Ferreira de Almeida, um fenómeno preocupante, atentamente seguido nos países mais avançados. Minorar as suas consequências é uma aposta que cada vez mais se põe ao direito.

R E V I S T A

da FACULDADE
de DIREITO
da UNIVERSIDADE
de LISBOA



VOLUME · XXXVI
1 9 9 5

LEX