

**INSOLVÊNCIA REQUERIDA,
NOS TERMOS DO ART. 20.º-1-B CIRE,
POR CREDOR HIPOTECÁRIO
MAIORITÁRIO.
INTERESSE PROCESSUAL,
FRAUDE À LEI E ABUSO DE DIREITO**

Por José Lebre de Freitas()*

SUMÁRIO:

**I. INTRODUÇÃO. II. EXECUÇÃO SINGULAR E EXECUÇÃO
COLETIVA. 1. Demarcação. 2. Do interesse em agir. III. DA PRIORIDADE DA EXECUÇÃO SOBRE O BEM OBJETO DA GARANTIA. 1. Fraude à lei. 2. Abuso de direito. IV. CONCLUSÕES.**

I. INTRODUÇÃO

O art. 20.º-1-*b* do Código de Insolvência e Recuperação da Empresa (CIRE) confere legitimidade a qualquer credor para pedir a declaração de insolvência do devedor quando se verifique a falta de cumprimento de uma ou mais obrigações que, pelo seu montante ou pelas circunstâncias do incumprimento, revele a impossibilidade de o devedor satisfazer pontualmente a generalidade das suas obrigações.

(*) Professor Catedrático jubilado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

Pode um credor hipotecário, nomeadamente um banco munido duma escritura de abertura de crédito, ainda que o montante que esteja em dívida seja, suponhamos, de montante superior a 90% do passivo do devedor, optar irrestritamente por requerer, só ele, a declaração de insolvência deste, independentemente da prova da insuficiência dos bens hipotecados e em caso em que o seu interesse seja realizável na ação executiva, haja outros bens além dos hipotecados e os restantes credores não interpelem sequer o devedor para cumprir? E pode o mesmo credor requerer simultaneamente a declaração de insolvência dos avalistas ou fiadores principais pagadores, com base na insuficiência do património de cada um para o pagamento da totalidade da dívida?

II. EXECUÇÃO SINGULAR E EXECUÇÃO COLETIVA

1. Demarcação

1.1. A ação executiva tem por função a obtenção pelo credor, através da penhora e da venda de bens do devedor, ou da apreensão do bem a cuja posse ele tem direito⁽¹⁾, dum resultado idêntico ou equivalente ao da realização (voluntária) da prestação que lhe é devida (“realização coativa duma obrigação”, segundo o art. 10.º-4, CPC). Para a mover, sem ter de percorrer o calvário da ação declarativa, o credor precisa de ter um título executivo, de que constitui modalidade a escritura pública de abertura de crédito, complementada por documento, passado em conformidade com a estipulação das partes, que prove a realização das prestações de mútuo (arts. 703.º-1-*b* e 707.º do CPC).

A finalidade de satisfação do direito próprio do exequente não é abalada com a convocação, para reclamar os seus créditos, dos credores com garantia real sobre os bens penhorados: a finalidade

(1) A ação executiva para prestação de facto, mesmo quando este seja fungível e o credor opte pela sua prestação por terceiro, acaba, consoante os casos, por se converter em ou por integrar uma execução para pagamento de quantia certa.

direta dessas reclamações e do conseqüente pagamento aos credores, de acordo com a graduação dos créditos, não é a satisfação destes créditos, mas a extinção dos direitos reais de garantia que incidem sobre o bem penhorado⁽²⁾. Seria, por isso, impróprio querer derivar da intervenção de outros credores no processo de execução a ideia de que esta se pode converter numa execução coletiva, como acontecia no esquema do CPC de 1939. A execução dos bens do devedor na ação executiva constitui uma *execução singular*⁽³⁾ ou, muito moderadamente, um misto de singular e coletiva⁽⁴⁾. É para tanto indiferente que o crédito do exequente goze de uma garantia real ou seja um crédito comum: no primeiro caso, enquanto apenas o bem sobre o qual incide a garantia for objeto de penhora, só podem reclamar outros credores que sobre o mesmo bem tenham também garantia; no segundo, o exequente fica gozando, após a penhora, duma preferência que, no processo de execução⁽⁵⁾, tem o mesmo valor que a garantia real de constituição extraprocessual⁽⁶⁾.

1.2. Diferentemente, o processo de insolvência não cuida duma particular relação jurídica de obrigação. Trata-se aí de liquidar *todo* o património do devedor para, com o respetivo produto, pagar a *todos* os credores, na medida das forças desse produto e seguindo as ordens de preferência pela lei estabelecidas, de que estão excluídas a penhora e a hipoteca judicial (art. 140.º-3, CIRE). O concurso de credores é, por isso, *universal*: todos os credores do

⁽²⁾ Remeto para a minha *Ação executiva*, Coimbra, Gestlegal, 2017, n.º 17.1.2.A, a pp. 350-353.

⁽³⁾ Por todos: TEIXEIRA DE SOUSA, *Ação executiva singular*, Lisboa, Lex, 1998, pp. 11-12.

⁽⁴⁾ Assim a classifico na citada *Ação executiva*, n.º 17 (3), no seguimento de CASTRO MENDES, *Ação executiva*, Lisboa, 1980, p. 158. Também assim em TEIXEIRA DE SOUSA, *Ação executiva singular*, *cit.*, p. 325, apesar de inicialmente a dizer apenas uma execução singular e de tal dar o título da obra em que o escreveu, e em RUI PINTO, *Manual da Execução e Despejo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 847. Talvez mais adequadamente, qualifica-a como “execução singular com uma componente concursal” AMÂNCIO FERREIRA, *Curso de processo de execução*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 318.

⁽⁵⁾ Não assim quando este é seguido pela insolvência do devedor.

⁽⁶⁾ Com a ressalva do regime decorrente do art. 5.º-4 do Código do Registo Predial.

insolvente são convocados para reclamar os seus créditos, sejam eles comuns ou preferenciais. Esta ideia de universalidade está expressa no art. 1.º-1, CIRE, segundo o qual o processo de insolvência visa a satisfação dos credores “pela forma prevista num plano de insolvência”.

A qualificação do processo de insolvência como de execução universal não deve, porém, fazer esquecer que, mais do que pelo fim de satisfação dos credores, a declaração de insolvência se caracteriza por constituir uma reação dos sistemas jurídicos liberais à verificação da impossibilidade de determinada empresa, ou, por extensão, outro devedor, realizar a sua *função económica*(⁷). Perante esta impossibilidade, é montada uma organização que, sob controlo judicial e sem prejuízo de se poder manter o funcionamento dos estabelecimentos da empresa, substitui a atividade desta pela atuação dos órgãos da insolvência, dirigida à liquidação do património do insolvente e à subsequente satisfação, as mais das vezes parcial, dos direitos dos credores. Nesta satisfação são atendidas as preferências que existam, após o que o produto remanescente da liquidação do ativo é rateado pelos credores comuns na proporção do montante dos seus créditos (art. 176.º, CIRE)(⁸). Através desta *par conditio creditorum*, a insolvência constitui o modo mais perfeito de realização da ideia de *garantia comum* dos credores, expressa nos arts. 601.º e 604.º-1 do CC. Embora qualquer credor (“ainda que condicional e qualquer que seja a natureza do seu crédito”) a possa requerer (art. 20.º-1, CIRE), a declaração de insolvência visa assim, fundamentalmente, a proteção da sociedade em geral e, em especial, a dos credores *comuns* do insolvente.

Isso mesmo é espelhado no enunciado dos índices de insolvência elencados no art. 20.º-1, CIRE:

(⁷) SALVATORE SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, Cedam, 1996, p. 7.

(⁸) Também os credores preferenciais podem gozar de igualdade entre si: não havendo prioridade entre os seus créditos (como é o caso entre dois créditos hipotecários sucessivamente constituídos sobre o mesmo bem), o pagamento é feito na proporção dos seus montantes, como acontece, por exemplo, entre os trabalhadores da empresa por remunerações laborais (art. 175.º-1, CIRE). O credor preferencial que não obtenha pagamento integral por força do produto da venda do bem que o garante é tratado, quanto ao remanescente do crédito, como credor comum.

- a suspensão do pagamento das obrigações vencidas há de ser *generalizada* [alínea *a*)];
- as obrigações especialmente referidas na alínea *g*) não de ser objeto de incumprimento *generalizado*;
- embora a alínea *b*) se satisfaça com a falta de cumprimento de uma só obrigação, é preciso que, pelo seu montante ou pelas circunstâncias do incumprimento, tal revele a impossibilidade de o devedor cumprir a *generalidade* das suas obrigações.

1.3. A análise deste último preceito mostra que são requisitos da sua previsão:

- O incumprimento de uma ou mais obrigações vencidas;
- A inferência, por *presunção judicial*, de que esse incumprimento revela a impossibilidade de o devedor satisfazer pontualmente a generalidade das suas obrigações⁽⁹⁾;
- O basear-se esta convicção no montante dos créditos do requerente ou nas circunstâncias em que ocorre a sua não satisfação.

O crédito, vencido mas não satisfeito, do único credor significativo conhecido é seguramente *suscetível* de determinar a convicção que levará o tribunal a presumir que o devedor está impossibilitado de cumprir a generalidade das suas obrigações. Mas, para que essa convicção se forme, não basta atender ao montante do crédito, comparado com os valores globais do ativo e do passivo do devedor ou com a disponibilidade de meios de pagamento ao seu alcance⁽¹⁰⁾.

⁽⁹⁾ Ou, na perspetiva abstrata da norma, anterior à dedução judicial concreta, a séria probabilidade (que só o julgamento poderá concretizar) de que o incumprimento seja causado por essa impossibilidade.

⁽¹⁰⁾ Outra exigência será que as circunstâncias do incumprimento, que podem explicar porque é que ele ocorre, não revelem, por exemplo, que o devedor não quis, pura e simplesmente, pagar a dívida do requerente, seja qual for o motivo que a tal o tenha determinado. A disjuntiva *ou* (“pelo seu montante ou pelas circunstâncias do incumprimento”) é enganadora: a segunda possibilidade, expressa em alternativa com o montante da dívida enquanto causa (*positiva*) da convicção judicial, pode jogar também, *negativa-*

É *também* preciso que, além dessa dívida, o devedor tenha outras que não possa igualmente pagar. A redação do preceito claramente mostra que ele não visa a proteção do interesse *individual* dum credor (normalmente o requerente), por muito avultado que seja o seu crédito, mas sim a proteção do interesse *geral* dos credores e, ainda antes destes, como se disse, o da sociedade.

Ora, quando outras dívidas não existam, não se pode ter, em princípio, por verificado o requisito da impossibilidade de pagamento da generalidade das dívidas do devedor⁽¹¹⁾.

2. Do interesse em agir

O art. 20.º-1, CIRE, contém uma *norma de legitimidade*, como tal expressamente qualificada na sua epígrafe, tal como na da secção I em que ele se integra, pelo que o requerente da insolvência que invoque algum dos índices aí enumerados tem legitimidade processual ativa⁽¹²⁾. Mas tal não resolve a questão da ocorrência de outro pressuposto processual: o *interesse em agir*.

mente, no sentido de impedir a dedução que o tribunal de outro modo extrairia do montante do crédito.

(11) Digo “em princípio” porque, quando o credor maioritário seja um *credor comum*, o seu direito, em caso de rateio, a um pagamento proporcional ao montante do seu crédito não se compadece com o risco de o devedor pagar entretanto a outros credores, ainda que os créditos destes sejam de pequeno montante. Só as circunstâncias concretas poderão revelar se, apesar da inatividade ou aparente renúncia destes credores, esse risco tem probabilidades de se realizar em circunstâncias que impeçam o recurso à resolução nos termos das alíneas *f*) ou *g*) do art. 121.º-1 CIRE ou à impugnação pauliana nos termos gerais dos arts. 606.º e ss do CC. Igualmente quanto ao risco de constituição de garantia real ou de ato de disposição de bens a favor de outro credor, sem possibilidade de recurso à resolução nos termos das alíneas *c*) ou *h*) do mesmo artigo. A possibilidade de notificação do credor minoritário (ou dos credores minoritários) para o(s) colocar em situação de má-fé (art. 612.º, CC) e a possibilidade de realizar penhora ou arresto em tempo útil teriam, neste quadro, de ser consideradas. Sendo o credor maioritário titular de direito real de garantia sobre bens do devedor, a questão só se pode colocar quando estes bens sejam *insuficientes* para o pagamento da dívida.

(12) A verificação da legitimidade do requerente faz-se perante os factos por ele *invocados* como fundamento do pedido de declaração de insolvência, independentemente da sua prova, de acordo, aliás, com o conceito geral de legitimidade processual (art. 30.º-3, CPC).

Nem o art. 278.º-1, CPC (causas de absolvição da instância) nem o art. 577.º, CPC (exceções dilatórias) se refere ao interesse em agir (ou interesse processual). Mas ambos vinculam que o elenco que estabelecem não é taxativo (“quando julgue procedente *outra* exceção dilatória”; “são dilatórias, *entre outras*, as exceções seguintes”). Ao invés, o art. 100.º-3 do Anteprojeto e do Projeto da Comissão Varela (cf. também arts. 17.º-*e* do Anteprojeto e 19.º-*e* do Projeto, bem como a generalidade dos preceitos dos arts. 99.º a 101.º de ambos) era expresso em integrar o interesse em agir no elenco dos pressupostos processuais. Exigem-no expressamente a lei italiana (art. 100.º, CPC it) e a lei alemã (§§ 256 a 259 da ZPO).

O apelo da noção legal de legitimidade processual ao conceito de **interesse** (em demandar e em contradizer: art. 30.º, CPC, n.ºs 1 e 2) baralhou durante algum tempo, entre nós, a distinção entre os dois pressupostos; mas a doutrina portuguesa das últimas décadas, tal como a jurisprudência recente dos nossos tribunais, têm-se pronunciado no sentido de que o interesse em agir é um pressuposto processual inominado, distinto do da legitimidade e cuja falta constitui uma *exceção dilatória* conducente à absolvição da instância⁽¹³⁾. Há, no entanto, divergências quanto à sua configuração, pondo-se normalmente a questão no plano da admissibilidade da ação de mera apreciação e no da liberdade de escolha, pelo autor, do tipo de ação a propor⁽¹⁴⁾.

(13) Por todos: VARELA, BEZERRA, NORA, *Manual de Processo Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1985, n.ºs 57 a 59, a pp. 179 a 189; ac. do TRG de 15.2.07 (ANTÓNIO MAGALHÃES), proc. 2612/06.

(14) Baseia-se só na necessidade de não sobrecarregar os tribunais com ações inúteis, o que justificará o seu conhecimento oficioso (ADOLF SCHÖNKE, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*, Karlsruhe, Müller, 1951, pp. 167 e 174), ou basear-se-á também na necessidade de respeitar a função própria do tipo de ação proposta, com a consequência de o autor, quando necessitado de recorrer a juízo, dever lançar mão do tipo de ação cuja função *mais completamente* satisfaça o seu interesse (não podendo, nomeadamente, recorrer à ação de simples apreciação quando se verifiquem os pressupostos da ação de condenação, nem a esta quando, tendo título executivo, pode diretamente propor a ação executiva)? Remeto, quanto a esta problemática, no plano em que ela usa ser colocada, para a minha *Introdução ao Processo Civil*, Coimbra, Gestlegal, 2017, n.º I.3 (17), bem como para o n.º 4 da anotação ao art. 557.º e os n.ºs 3 das anotações aos arts. 535.º e 577.º no meu — e de ISABEL ALEXANDRE — *Código de Processo Civil Anotado*, Coimbra, Almedina, 2017, II. Tenho defendido a primeira das posições referidas. A aplicação do conceito seguidamente feita no

Enquanto a legitimidade processual (tal como a legitimidade substantiva) respeita à relação entre determinado sujeito jurídico e o objeto do processo⁽¹⁵⁾, o interesse processual relaciona-se com a *função processual*, que é inadmissível que seja desviada para obter resultados diversos dos que lhe são próprios. Assim, falta o interesse processual quando não se verifique, ainda que as partes o simulem, o conflito de interesses que está na base do processo civil⁽¹⁶⁾ ou o interesse que a ação proposta visa satisfazer⁽¹⁷⁾. O meio processual pode, em meu entender, ficar *aquém* da satisfação integral do interesse de quem a ele recorre (*supra*, nota 14); mas não pode ir *além* do necessário a essa satisfação (*supra*, nota 17).

Constituindo função do processo de insolvência impedir, no interesse da sociedade e dos credores comuns do insolvente, a prossecução da atividade dum empresa que não tem qualquer possibilidade de cumprir as suas obrigações, e não satisfazer, em especial, o interesse de certo ou certos credores, constitui *desvio* dessa função, subordinando-o à função própria da ação executiva, admitir a declaração de insolvência para a realização do interesse de um só credor, *quando este interesse é por ele realizável na ação executiva*.

presente parecer respeita ao recurso, já não a um meio menos satisfatório para o credor, mas a um meio que, ao invés, *excede* a medida da satisfação do seu interesse. Elemento comum a ambos estes tipos de caso é a ideia de *adequação* do meio utilizado ao interesse que com ele se visa proteger.

⁽¹⁵⁾ JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direito processual civil*, Lisboa, AAFDL, 1985, I, p. 105; MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao processo civil*, Lisboa, Lex, 1993, p. 74.

⁽¹⁶⁾ Veja-se de novo a minha *Introdução*, *cit.*, n.ºs 1.3 (17), 1.3.6 e 1.4.4.

⁽¹⁷⁾ Assim, desde logo, quando se propõe uma ação de mera apreciação sem que sobre a sua existência se verifique uma situação de incerteza (sobre a existência do direito, da situação jurídica ou do facto jurídico cujo accertamento é pedido), objetivamente grave, que justifique a intervenção judicial (remeto, mais uma vez, para o n.º 1.3 (17) da minha *Introdução*, *cit.*, bem como para os autores citados na minha obra *A falsidade no direito probatório*, Coimbra, Almedina, 2013, n.º III (55), a pp. 201-203). O mesmo quando, fora o caso do art. 557.º-2 CC, se proponha uma ação de condenação na satisfação dum direito ainda por constituir (meu *Código de Processo Civil anotado*, *cit.*, n.º 4 da anotação ao art. 557.º). Outro exemplo costuma ser dado: o da ação constitutiva proposta em caso em que o efeito jurídico pretendido pode ser obtido mediante simples declaração unilateral do autor (cf. art. 100.º-2 do Projeto do Código de Processo Civil da Comissão Varela, Lisboa, Ministério da Justiça, 1993).

O credor comum pode, na ação executiva, ser preterido por outro credor comum que, antes dele, penhore os bens do devedor⁽¹⁸⁾; mas o credor que goze de garantia real sobre os bens do devedor é, na ação executiva, pago com a prioridade que lhe caiba, quer seja o exequente, quer reclame em execução alheia, a mesma coisa acontecendo no processo de insolvência. Não se vê, por isso, quanto a esses bens, que tenha interesse *jurídico* em requerer a insolvência em lugar de propor a ação executiva, na qual, aliás, poderá, sendo caso disso, obter a dispensa da citação prévia do executado se outros bens existirem para além dos onerados e estes forem insuficientes para satisfazer o seu direito (art. 727.º, CPC). O seu interesse em requerer a insolvência antes da ação executiva só pode ser pressionar o devedor para uma dação em pagamento ou conseguir, na liquidação do ativo, apropriar-se de todos os seus bens; mas esse não constitui um interesse juridicamente protegido. O meio da insolvência mostra-se assim *juridicamente inadequado, por excesso*, à satisfação do interesse jurídico do credor preferencial.

Nem se argumente com a urgência do processo de insolvência e a não urgência do processo executivo: a maior complexidade do primeiro, resultante da intervenção de todos os credores, seguramente resultará, apesar desse regime de urgência, em maior demora na realização do direito do credor.

Por esta mesmíssima razão, quer a doutrina alemã⁽¹⁹⁾, quer a jurisprudência alemã⁽²⁰⁾, negam ao credor com garantia sobre os

⁽¹⁸⁾ Procurando evitar esta consequência, a penhora fica sem efeito se sobrevier a declaração de insolvência do devedor.

⁽¹⁹⁾ OTHMAR JAUERNIG, *Zwangsvollstrec Kungs- und Konkursrecht*, München, 1990, § 53, II.2, a pp. 222-223; BAUR/STÜRNER, *Zwangsvollstreckungs- Konkurs- und Vergleichsrecht*, Heidelberg, 1990, § 7, 7.18, a p. 82. Em direito italiano a questão não se põe, pois a declaração de insolvência pode aí ser de iniciativa oficiosa do juiz, na base de qualquer denúncia, sem prejuízo de a poderem pedir o devedor, um credor ou o Ministério Público (por todos: EDOARDO RICCI, *Lezioni sul fallimento*, Milano, Giuffrè, 1997, I, n.ºs 14, 20 e 21).

⁽²⁰⁾ Decisão do *Oberlandsgericht* de Hamm de 27.4.73 — 23w 84/73, *MDR*, 73, p. 1029, rejeitando a pretensão de insolvência quando o credor com garantia real pode encontrar satisfação por meio mais simples e adequado; decisão do *Bundesgerichtshof* de 29.11.07, *Das Rechtsportal*, BGH, Beschluss vom 29.November 2007 — IX 2B 12/07 —, *juris*, considerando que um credor nas mesmas condições não tem interesse digno de proteção jurídica em requerer a declaração de insolvência.

bens do devedor, por falta da *Rechtschutzbedürfnis*, o direito de requerer a insolvência, com preterição da ação executiva. No direito português, a legitimidade conferida para o efeito a qualquer credor pelo art. 120.º-1, CIRE, não impede que a verificação da falta do pressuposto do interesse processual leve a julgar inadmissível a insolvência requerida pelo credor com garantia real sobre bens do devedor que não demonstre ter especial interesse jurídico em a requerer⁽²¹⁾. É o que, aliás, resulta igualmente da ordem de considerações que se segue.

III. DA PRIORIDADE DA EXECUÇÃO SOBRE O BEM OBJETO DA GARANTIA

1. Fraude à lei

Confere o art. 697.º, CC, ao devedor que seja dono da coisa hipotecada o direito de, *na execução*, se opor à penhora de outros bens do seu património enquanto não for reconhecida a insuficiência da garantia. Direito idêntico tem, por maioria de razão, o fiador, ainda que constituído como principal pagador.

Dispõe o art. 637.º-1, CC, que o fiador pode opor ao credor todos os meios de defesa que competem ao devedor. Esta norma aplica-se a todos os fiadores, pois tem a ver com a natureza da fiança, que o regime de solidariedade a que está sujeito o principal

(21) É, entre nós, o que resulta, embora sem expressa menção do pressuposto do interesse processual, dos acs. do TRG de 30.10.08 (HENRIQUE ANDRADE), proc. 2209/08, e do TRL de 4.12.14 (ANTÓNIO MARTINS), proc. 877/13. Em ambos os casos se negou a um credor hipotecário, com direito real de garantia sobre bens de valor superior ao da dívida, o acesso ao processo de insolvência, em vez da propositura duma ação executiva. No mesmo sentido se pronunciou o TRL em 18.10.16 (ISABEL FONSECA), proc. 26092/15, e em 2.3.17 (ANTÓNIO VALENTE), proc. 26089/15, já com apelo aos conceitos de fraude à lei e de abuso de direito, de que trata seguidamente o texto. Em contrário se pronunciou o mesmo TRL em 10.11.16 (MIGUEL GERALDES), proc. 26090/15, e em 24.11.16 (FRANCISCA MENDES), proc. 26094/5.

pagador não contradiz: a obrigação do fiador, como garante pessoal duma dívida alheia, é sempre *accessória* da obrigação que recai sobre o principal devedor (art. 627.º-2, CC), por isso ficando sempre sub-rogado nos direitos do credor o fiador que cumpre a obrigação (arts. 644.º, CC, e 650.º-1, CC). Entre os meios de defesa que competem ao devedor está o que lhe é conferido pelo art. 697.º, CC, que, por via do citado art. 637.º-1, CC, pode ser oposto pelo fiador: este pode opor-se à penhora dos bens do seu património enquanto não for reconhecida a insuficiência da garantia constituída pela hipoteca dos bens do devedor.

É certo que o art. 640.º-a, CC, recusa ao fiador pagador principal o direito a invocar “os *benefícios* constantes dos artigos anteriores”. Mas esta exclusão respeita aos benefícios especificamente conferidos ao fiador pelos arts. 638.º, CC, e 639.º, CC, mas não aos direitos que lhe são conferidos pelo art. 637.º, CC. Logo o mostra a comparação da epígrafe deste artigo (“*meios de defesa* do fiador”) com as dos artigos seguintes (“*benefício* da excussão” e “*benefício* da excussão, havendo garantias reais”). Do mesmo modo o espelha inequivocamente a redação do art. 639.º-1, CC⁽²²⁾: a “*garantia real constituída por terceiro*” claramente não abrange a constituída pelo devedor, dado esta já ser abrangida pelo art. 637.º, CC: o devedor não pode invocar a garantia real constituída sobre bem de terceiro, mas o fiador pode, a menos que a prestação da fiança seja anterior. No art. 640.º-a, CC, não estão, pois, em causa os direitos conferidos ao devedor, que o fiador pode *igualmente* exercer, mesmo que o devedor a eles renuncie (art. 637.º-2, CC). À mesma conclusão se chegaria, se assim não fosse, perante a norma do art. 606.º-1, CC, (sub-rogação do credor ao devedor), atento o direito de regresso do fiador contra o devedor (art. 644.º, CC).

Por sua vez, o art. 752.º, CPC, só admite a penhora de bens diferentes daqueles que, pertencendo ao devedor, estejam onerados com garantia real quando se reconheça a insuficiência destes para o fim da execução. Não se fala aqui, ao contrário da lei civil, de opo-

(22) “Se, para segurança da mesma dívida, houver garantia real constituída por terceiro, contemporânea da fiança ou anterior a ela, tem o fiador o direito de exigir a excussão prévia das coisas sobre que recai a garantia real”.

sição, pelo que, *oficiosamente* verificada no processo executivo a existência da garantia real, logo fica impedida a penhora sobre outros bens, ressalvado o direito do credor a provar a insuficiência dos bens dados em garantia. É que, tendo em conta que a lei processual (de 2013) é posterior à lei civil (de 1966), o art. 697.º, CC, está *derrogado* quanto ao ónus de excepcionar que impunha ao devedor.

Também este preceito beneficia o fiador, pelas mesmas razões que ficaram apontadas na interpretação dos preceitos do Código Civil. Ainda que seja principal pagador, os seus bens não respondem pela dívida enquanto não se verifique a insuficiência da garantia constituída sobre os bens do devedor.

Com ou sem ónus de excepcionar, é *ónus do credor provar* a insuficiência dos bens dados em garantia: nem o preceito da lei civil, nem o preceito da lei processual, admitem qualquer dúvida quanto a este ónus.

Uma vez que a penhora sobre bens do insolvente se extingue com a declaração de insolvência, estes preceitos não têm aplicação *direta* no processo de insolvência, sem prejuízo do juízo de insuficiência global do ativo a que se procede para os efeitos dos arts. 3.º-2 e 20.º-*h* do CIRE (manifesta superioridade do passivo sobre o ativo) e da eventual inclusão entre os créditos comuns, na fase do pagamento aos credores, dos saldos não garantidos dos créditos preferenciais (art. 174.º, CIRE). Mas essa não aplicação tem como pressuposto que a apreensão dos bens para a massa insolvente visa proporcionar, através da sua liquidação, o pagamento da generalidade dos credores. Verificando-se que a insolvência declarada a requerimento do credor preferencial terá como consequência a apreensão de bens não afetos à garantia e a sua liquidação em benefício quase exclusivo do credor requerente, não se provando sequer que haja outros créditos vencidos⁽²³⁾, o recurso daquele credor ao processo de insolvência constitui um modo de defraudar os referidos arts. 697.º, CC, e 752.º, CPC.

(23) O acordo eventualmente feito com algum credor para pagar a dívida vencida a prestações, que estejam a ser realizadas, implica a prorrogação do prazo para o pagamento.

A *fraude à lei* consiste na observância duma conduta que, não sendo expressamente prevista numa norma imperativa, tem um resultado análogo ao que teria a conduta prevista⁽²⁴⁾. O que o art. 697.º, CC, pretende evitar é que a execução do credor preferencial incida sobre bens diversos dos que são objeto do direito real de garantia, enquanto não se demonstre que estes são insuficientes para satisfazer o crédito garantido. Os bens onerados não precisam, em princípio, de ser executados antes de outros serem apreendidos para satisfação do credor. Mas, para que tal aconteça, tem de ser feita prova de que são insuficientes: o credor terá de provar que o seu valor realizável é inferior ao do crédito garantido. Se, ao invés, se verificar que o valor dos bens excede largamente o do crédito garantido, dificilmente será evitável a sua venda, ou a verificação da sua impossibilidade, antes de fazer incidir a penhora sobre outros bens do devedor. Contendo o art. 697.º, CC, uma norma *imperativa*, tal como o art. 752.º, CPC, constitui fraude à lei procurar evitar a sua aplicação recorrendo à apreensão de outros bens do devedor em processo de insolvência, sem primeiro provar essa insuficiência.

Por maioria de razão assim será se, na oposição do devedor principal ou do fiador, for verificado que o valor dos bens hipotecados é superior ao da dívida, o que constitui facto contrário àquele que ao credor cabia provar.

Se o art. 20.º-1-*b*, CIRE dever ser interpretado no sentido de o crédito (ou créditos) do credor maioritário preencher, só por si, o conceito de generalidade das obrigações do devedor, o pedido da insolvência deduzido por um credor hipotecário no condicionamento referido constitui fraude à lei.

2. Abuso de direito

A não ocorrer a fraude à lei, constituiria abuso de direito a atuação do credor que, gozando de garantias reais não executadas, peça a insolvência de vários fiadores principais pagadores, ao

(24) LUIGI CARRARO, *Frode alla legge*, Novissimo Digesto Italiano, VII, pp. 649-650; MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica*, Coimbra, 1953, pp. 141-142.

mesmo tempo que a insolvência do devedor principal, argumentando com a insuficiência do património de *cada um* deles para o pagamento de *totalidade* dos seus créditos.

É certo que entre os fiadores principais pagadores há solidariedade passiva. No entanto, a insuficiência da garantia real prestada ao devedor principal teria de ser primeiramente verificada: o art. 640.º-a, CC impede o devedor principal pagador de invocar o benefício consistente em exigir a excussão prévia dos bens do devedor principal, mas não afasta o direito a opor-se à execução dos seus bens enquanto não for verificada a *insuficiência* dos bens hipotecados pelo devedor principal. Verificar, em processo de insolvência, se o património do fiador é insuficiente para o pagamento da dívida afiançada ou se o fiador está impossibilitado de pagar a totalidade da dívida, abstraindo da existência da hipoteca sobre os bens do devedor principal, enquadra-se manifestamente na defraudação dos arts. 697.º, CC (*ex vi* art. 637.º-1, CC) e 752.º, CPC.

Mas, se abstrairmos da fraude à lei, surge diante de nós a figura do *abuso de direito*. O direito de exigir ao devedor solidário o pagamento da totalidade da dívida permite ao credor pedir a qualquer dos devedores toda a prestação ou parte dela; mas, se exigir judicialmente a um deles a totalidade ou parte da prestação, fica inibido de proceder contra os outros pelo que ao primeiro tenha exigido. Di-lo muito claramente o art. 519.º-1, CC. A *exceção* que o mesmo artigo acrescenta (“razão atendível, como a insolvência ou risco de insolvência do demandado, ou dificuldade, por outra causa, em obter dele a prestação”) funciona no interior da ação ou execução singular: ocorrida a situação de insolvência, ou o risco de insolvência, daquele contra quem a ação ou execução não foi proposta, o credor tem interesse processual em o demandar também, a fim de *garantir* a cobrança dum crédito que de outro modo correria o risco de não conseguir cobrar. Mas excede o *fim* desta norma excecional o credor que, gozando de garantias reais não executadas, pede a insolvência dos fiadores principais pagadores, por cada um deles não dispor de ativo que permita pagar a totalidade da dívida de todos.

IV. CONCLUSÕES

1. A ação executiva tem por finalidade a realização coativa da obrigação (art. 10.º-4, CPC): através dela, o credor obtém resultado idêntico ou equivalente ao da prestação voluntária da coisa ou facto devido. Proposta pelo credor contra o seu devedor, é qualificada como execução singular, sem prejuízo de para ela serem convocados os credores que tenham garantia real sobre os bens penhorados.
2. Por seu lado, o processo de insolvência não cuida duma particular relação jurídica de obrigação: o concurso de credores é universal, nele reclamando os seus créditos todos os credores, comuns ou privilegiados, do devedor.
3. É frequente dizer-se que tanto a execução singular como a execução universal visam a satisfação dos credores (cf. art. 1.º-1, CIRE), mas, mais do que por este fim, a insolvência caracteriza-se por constituir uma reação do sistema jurídico liberal contra a verificação da impossibilidade, em que uma empresa (ou, por extensão, outro devedor) se encontre, de realizar a sua função económica: é extinta ou suspensa a atividade da empresa e assegurada, após a liquidação do seu património, a satisfação igualitária dos credores comuns, sem prejuízo das preferências decorrentes das garantias reais constituídas.
4. Através desta *par condicio creditorum*, a insolvência constitui o modo de realização mais perfeito da ideia de garantia comum dos credores (art. 604.º, CC), de tal modo que cessa com a sua declaração a garantia constituída pela penhora, tal como a resultante de hipoteca judicial (art. 140.º-3, CIRE).
5. Embora qualquer credor (“ainda que condicional e qualquer que seja a natureza do seu crédito”) a possa requerer (art. 20.º-1, CIRE), a organização da insolvência visa assim a proteção da sociedade em geral e, em especial, a dos credores comuns do insolvente.

6. Isto mesmo é espelhado no enunciado dos índices de insolvência elencados no art. 20.º-1, CIRE, nomeadamente nas suas alíneas *a)*, *g)* e *b)*.
7. Este último índice claramente inculca a ideia de que a declaração de insolvência não tem como escopo a proteção do interesse individual dum credor, por muito avultado que seja o seu crédito, mas sim a proteção do interesse geral dos credores: para que se verifique o requisito da impossibilidade de satisfação da generalidade dos créditos, não basta demonstrar a impossibilidade de satisfazer o direito de crédito em mora; é preciso demonstrar a impossibilidade de pagar também a generalidade das outras dívidas vencidas, o que não ocorre quando não haja outros credores conhecidos ou quando os outros credores existentes prorroguem o prazo de pagamento, não interpelem o devedor para cumprir ou renunciem de algum modo, desde que não antecipadamente, ao seu direito ao pagamento pontual.
8. Admitir a declaração de insolvência em benefício de um só credor, como alternativa à ação executiva, constituiria desvio da função própria do instituto para o subordinar à função própria desta ação.
9. Assim seria, sobretudo, estando o credor garantido com hipoteca sobre bens do devedor: o credor com garantia real é sempre pago com a prioridade que lhe caiba, quer movendo execução própria, quer reclamando em execução alheia, enquanto o credor comum pode ser preterido por outro credor comum que, antes dele, penhore os bens do devedor.
10. Aliás, o credor preferencial não tem, em princípio, interesse jurídico em requerer a insolvência, em lugar de propor a ação executiva, em que poderá, sendo caso disso, obter a dispensa da citação prévia se outros bens do devedor existirem para além dos hipotecados e estes forem insuficientes para satisfazer o seu direito: o seu interesse em requerer a

insolvência antes da ação executiva consistirá em pressionar o devedor para uma dação em pagamento ou conseguir, na liquidação, apropriar-se de todos os seus bens, o que não chega para se verificar o pressuposto processual do interesse em agir e, desviando o meio processual da sua função, é fundamento de absolvição da instância.

11. De acordo com o art. 697.º, CC, o devedor que for dono da coisa hipotecada tem o direito de, na execução, se opor à penhora de outros bens do seu património enquanto não for reconhecida a insuficiência da garantia, o mesmo direito tendo, com maioria de razão, o fiador, ainda que principal pagador (art. 637.º, CC, e art. 640.º-*a*, CC, *a contrario*).
12. Por sua vez, o art. 752.º, CPC, só admite a penhora de bens diferentes daqueles que, pertencendo ao devedor, estejam onerados com garantia real quando se reconheça a insuficiência destes para o fim da execução, o que, dada a posterioridade da lei processual (2013) em face da lei civil (1966), dispensa a oposição do devedor: a verificação, no processo executivo propriamente dito, da existência da garantia basta para impedir o prosseguimento da execução sobre outros bens, salvo se for feita prova dessa insuficiência; também este preceito é invocável a favor do fiador, cujos bens não respondem pela dívida enquanto não se verifique a insuficiência da garantia constituída sobre os bens do devedor.
13. Verificada, na ação executiva, a insuficiência dos bens penhorados para o pagamento do crédito do exequente, verifica-se o índice da insolvência do art. 20.º-1-*e*, CIRE.
14. Constituiria fraude à lei admitir que o credor hipotecário pudesse, em processo de insolvência, fazer apreender bens do devedor não onerados pela hipoteca, sem a prévia demonstração, de que o credor tem o ónus, da insuficiência dos bens hipotecados que os citados arts. 697.º, CC, e 752.º, CPC, exigem.

15. A fraude à lei é mais nítida ainda no processo de insolvência do fiador principal pagador, por se basear na insuficiência do seu património para o pagamento da totalidade da dívida, não obstante a norma geral do art. 519.º-1, CC, e a circunscrição da aplicação das normas excepcionais também aí consagradas no âmbito da ação ou execução singular.
16. A não se considerar, neste caso, haver fraude à lei, o comportamento do credor que requeira a insolvência de vários fiadores principais pagadores, com base na insuficiência do património de cada um, isoladamente considerado, para o pagamento da totalidade da dívida, configura o abuso de direito, por exceder o fim dessas normas excepcionais.