

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA | CÍVEL

Acórdão

Processo	Data do documento	Relator
2481/16.1T8CSC.L1.S1	10 de dezembro de 2019	Ana Paula Boularot

DESCRITORES

Fiança > Processo de insolvência > Reclamação de créditos > Acção declarativa > Extinção da fiança

SUMÁRIO

I Se um credor, podendo fazê-lo, não reclama o seu crédito contra a devedora insolvente, nos autos de insolvência desta, nem no prazo da reclamação, nem subsequentemente em sede de verificação ulterior de créditos, nos termos do artigo 146º do CIRE, assume o gravame da sua omissão, ficando impossibilitada de poder vir a perceber da massa, o seu crédito, ou parte dele.

II Contudo, essa circunstância não o impede de vir em acção própria demandar os fiadores daquele mesmo crédito, os quais, em relação a si, detêm uma dívida pessoal decorrente das obrigações assumidas, isto é, a garantia de que iria obter o resultado da obrigação principal, mesmo que o devedor a não a satisfizesse.

III A fiança não se extingue, pela circunstância de o credor não ter reclamado o seu crédito em sede insolvencial, podendo tal extinção ocorrer naquelas hipóteses em que a sub-rogação já não se afigura possível, ou se torna impossível em absoluto, com as mesmas garantias, por não ter sido deduzida uma preferência num concurso de credores e/ou não ter sido registada uma hipoteca, vg, sendo que, as meras dificuldades da realização

declarativa/coerciva do crédito, quando o devedor se tenha tornado insolvente, não relevam para a aplicação do normativo inserto no artigo 653º do CCivil. (APB).

TEXTO INTEGRAL

ACORDAM, NO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

I AA, SA instaurou acção declarativa contra BB e CC pedindo a sua condenação no pagamento das quantias de € 9.528,75, a título de restituição de comparticipação publicitária, no âmbito do contrato identificado nos autos, acrescida dos juros moratórios vincendos, aplicando as taxas de juro legais e sucessivas fixadas para os créditos de que são titulares empresas comerciais, contados desde a citação dos réus até integral e efectivo pagamento e de € 37.930,00, a título de indemnização por café não consumido, no âmbito do contrato referido, acrescida dos juros moratórios vincendos, aplicando as taxas de juro legais e sucessivas fixadas para os créditos de que são titulares empresas comerciais, contados desde a data de citação dos réus até integral e efectivo pagamento; € 6.119,52, a título de indemnização referente ao valor do equipamento à data da resolução do contrato 2500, e juros moratórios vincendos, aplicando as taxas de juro legais e sucessivas fixadas para os créditos de que são titulares empresas comerciais, contados desde a data de citação dos réus até integral e efectivo pagamento; € 773,88 relativa a fornecimentos de produtos não pagos e juros moratórios vencidos, aplicando as taxas de juro legais e sucessivas fixadas para os créditos de que são titulares empresas comerciais, contados nos últimos cinco anos, de

08/09/2011 até 08/09/2016, as quais ascendem a € 292,97, sem prejuízo dos juros vincendos até efectivo e integral pagamento.

Alegou para o efeito e em síntese, que celebrou com os réus o contrato nº 2500, datado de 24/07/2007, de fornecimento de café, participação publicitária, comodato e aquisição de equipamento, no âmbito da actividade comercial da Autora e da sociedade DD, LDA., doravante designada por Sociedade, e para o estabelecimento comercial desta denominado “EE”, pelo período de 60 meses, com início em 20/07/2007;

A Sociedade obrigou-se a consumir, em exclusivo, no seu estabelecimento comercial, café da marca FF, Lote ..., comercializado pela autora, nomeadamente, a adquirir 4200Kgs deste produto, num mínimo mensal de 70kgs;

A Sociedade incumpriu a sua obrigação de adquirir um mínimo mensal de 70Kgs de café à autora, não tendo realizado o consumo de café acordado;

Em 27/11/2009, a Sociedade tinha uma dívida vencida para com a autora no valor de € 773,88.

Em Outubro de 2009, a Sociedade realizou a última aquisição de café à autora e não mais retomou o seu consumo;

Na vigência do contrato a Sociedade adquiriu à autora apenas 407kgs dos 4200kgs a que se havia obrigado;

A duração do contrato foi de 39 meses - início, em 20/7/2007 e resolução, em 19/11/2010.

Os réus nada pagaram à autora, apesar de terem assinado o contrato nº 2500, na qualidade de fiadores e principais pagadores solidários à autora das obrigações contratuais assumidas pela sociedade.

Citados os Réus apenas o Réu BB deduziu contestação, por excepção e por impugnação. Em sede de defesa indirecta excepcionou a extinção da fiança, incumprimento do dever de informação, inexistência de interpelação e no mais

impugnou o alegado pela Autora.

Na resposta às excepções a Autora concluiu pela sua improcedência.

Foi prolatado despacho saneador sentença que, julgando procedente a excepção arguida, julgou extinta a fiança e absolveu os réus do pedido, com fundamento no facto de que se o devedor for declarado insolvente e o credor não tiver reclamado o seu crédito no processo de insolvência/reclamação de créditos, não pode exigir do fiador a satisfação do seu crédito porquanto, este não poderá ficar sub-rogado nos direitos do credor.

Inconformada, a Autora veio recorrer de Apelação, tendo sido o recurso julgado procedente, pela inoperância da excepção de extinção da fiança, revogando o despacho saneador sentença, determinando-se o prosseguimento da acção, para conhecimento das demais questões colocadas.

Irresignado com este desfecho, o Réu interpôs recurso de Revista, apresentando as seguintes conclusões:

- O despacho saneador sentença, revogado, conheceu apenas de uma das excepções/questões invocadas pelo Recorrente na contestação, nomeadamente, da excepção de extinção da fiança - art.º 653.º do Código Civil (CC) -, que constitui uma excepção peremptória, que importou, assim, a absolvição total do Réu do pedido, tendo ficado o conhecimento das demais questões prejudicado.

- Não se conformando, o Recorrente, com o decidido pelo Tribunal da Relação no Acórdão por si proferido, vem recorrer do mesmo, submetendo, assim, à apreciação e decisão do douto Tribunal ad quem, as seguintes questões: Ddos factos l) e m), erradamente, dados como provados; da errada interpretação/não aplicação do art.º 653.º do CC.

- No que respeita a matéria de facto, sucede que pelas instâncias foram dados como provados dois factos - o facto l) e o facto m) -que, nos autos, não apresentam qualquer sustentação ou suporte probatório, resultando apenas do alegado pela Autora na petição inicial por si apresentada, facto esse, note-se,

que foi impugnado e até excepcionado pelo Recorrente na contestação por si apresentada.

- Foram, entre outros, dados como provados os seguintes factos:

l) A Autora enviou à Sociedade e aos Réus carta registada com aviso de recepção, datada de 19/07/2010, cujo teor de fls. 9 vs. se dá como reproduzido.

m) Através da carta registada com aviso de recepção datada de 12/11/2010 a enviada à Sociedade e datada de 11/11/2010 a enviada aos Réus, todas remetidas a 16/11/2010 a autora declarou proceder à resolução do contrato n.º 2500 e reclamou o pagamento dos valores decorrentes dos n.ºs 2 e 3 da cláusula 4 e n.º 6 da cláusula 5a, do contrato referido.

- Da leitura do facto l) e do facto m), resulta, aparentemente, que ao Réu, ora Recorrente, foram remetidas cartas, registadas com aviso de recepção, uma datada de 19/07/2010 e outra datada de 11/11/2010.

- No entanto, tais factos/conclusões não correspondem à verdade, nunca tendo o ora Recorrente recebido tais cartas - como se deixa claro, aliás, na contestação apresentada, em que se invoca, precisamente, a falta de interpelação.

- A reforçar tal circunstância, note-se que não existe nenhum elemento no processo que permita concluir pela prova de tais factos. Não existe, nos presentes autos, qualquer registo ou aviso de recepção, nem sequer carta, dirigidos ao ora Recorrente - uma vez que não existiram.

- Os registos, avisos de recepção e cartas juntos pela Autora, ora Recorrida, com a petição inicial por si apresentada, referem-se e comprovam apenas o envio das mesmas à sociedade DD, Lda. e ao Réu CC, que não apresentou contestação nos presentes autos - não tendo sido enviada nenhuma carta ao ora Recorrente.

- Assim, não é admissível que sejam dados como provados pelas instâncias factos que, na verdade, não ocorreram, e para os quais não existe e não foi junta aos autos qualquer sustentação probatória - razão pela qual se insurge,

quanto a isto, o ora Recorrente.

- Efectivamente, os elementos probatórios reunidos nos autos -apenas prova documental, uma vez que não tendo havido lugar ao julgamento, não houve produção de prova testemunhal - não permitem, de modo algum, que se possa considerar provado o envio pela Autora das cartas referidas (uma datada de 10/07/2010 e outra de 11/11/2010) ao ora Recorrente - que nunca as recebeu e das quais não teve conhecimento.

- A prova de tais factos - o envio das cartas ao ora Recorrente -incumbia à Autora, ora Recorrida, que tinha que demonstrar o alegado envio - conforme resulta do n.º 1 e n.º 3 do art.º 342.º do CC - e que não o fez.

- Assim, e não existindo nenhum elemento nos autos de que se possa retirar tais factos e dá-los como provados, não deveriam os factos l) e m), na parte em que se referem ao ora Recorrente, ser dados como provados - para os efeitos do disposto no art.º 640.º e no art.º 674.º, n.º 3 do CPC.

- Está-se, assim, perante a violação do art.º 341.º e art.º 342.º, n.º 1 e 3 do CC, bem como do art.º 414.º e art.º 607.º, n.º 4 e n.º 5 do CPC.

- Assim, entende-se existir, nos termos e para os efeitos do art.º 674.º, n.º 3 do CPC, erro na apreciação das provas e na fixação dos factos materiais da causa, nomeadamente, por preterição de lei que exija certa espécie de prova para a existência do facto - uma vez que, no presente caso, nenhuma prova existe a sustentar tais factos dados como provados, o que não se pode admitir.

- Pelo exposto, devem os factos i) e e m) da lista de factos dados como provados ser alterados, eliminando-se a parte em que dão como assente o envio das cartas datadas de 19/07/2010 e de 11/11/2010 ao ora Recorrente, por se demonstrarem completamente desconformes com a prova produzida nos autos, que a esse respeito nem existiu, o que, mui respeitosamente, se requer, de acordo com o disposto nos art.ºs 640.º e 674.º, n.º 3 do CPC.

- Quanto ao julgamento da referida excepção, de extinção da fiança, o Tribunal da Relação decidiu pela sua improcedência, considerando não ser aplicável o

art.º 653.º do CC, concluindo o seguinte: «A extinção da fiança, ex vi art. 653 CC, pressupõe um facto voluntário (acção ou omissão) do credor afiançado que inviabilize a sub-rogação do fiador nos direitos que lhe assistem».- «/A insolvência do devedor originário em nada contende com a sub-rogação do crédito do credor primitivo traduzindo-se, tão só, numa eventual impossibilidade de cobrança do crédito sub-rogado».

- Não podendo, o ora Recorrente, conformar-se com tal decisão, considerando existir, por parte do Tribunal da Relação, um erro manifesto na interpretação atribuída/extraída do art.º 653.º do CC e na sua (não) aplicação ao caso concreto, vem recorrer da mesma.

- Da análise do Acórdão do Tribunal da Relação, resulta que o mesmo olvidou por completo a questão que aqui é fulcral e determinante e que foi, a nosso ver, bem apreciada pelo Tribunal de 1ª instância: a inexistência, por parte da credora, ora Recorrida, de reclamação de créditos no processo de insolvência da sociedade DD, Lda., bem como a inexistência de verificação ulterior de créditos por parte da mesma,

- Ao invés - entendimento de que absolutamente discordamos, sendo, aliás, contraditório com a doutrina e jurisprudência nacional maioritária - centra a sua atenção na insolvência da sociedade DD, Lda. e conclui que a insolvência do devedor nada implica com a sub-rogação do crédito, traduzindo-se apenas numa eventual impossibilidade de cobrança do crédito sub-rogado, pelo que, em seu entender, não haveria lugar à desoneração do ora Recorrente.

- Ignorando, assim, com tal decisão, o facto de que a credora, ora Recorrida, não tendo reclamado créditos no processo de insolvência da sociedade em questão, nem mesmo tendo lançado mão da verificação ulterior de créditos - ónus que impende sobre os credores, segundo a legislação nacional -, impossibilitou eternamente a sub-rogação do fiador, ora Recorrente, em caso de cumprimento da sua parte, pelo que, nos termos do art.º 653.º do CC, tal circunstância implica a extinção da fiança.

- Salvo o devido respeito, note-se que não faz sentido algum - como o faz o Tribunal da Relação na decisão de que se recorre -, desonerar por completo a Autora, ora Recorrida, dos ónus que sobre si impendiam, nomeadamente, do ónus de apresentar reclamação de créditos no processo de insolvência da sociedade DD, Lda., num prazo de 30 dias após a declaração da insolvência da sociedade (que ocorreu em 02 de Março de 2010 e tendo sido devidamente publicitada), ónus esse que decorre, desde logo, do art.º 128.º do CIRE, sob pena de não reconhecimento do seu crédito pelo administrador de insolvência.
- Note-se, ainda, que, para além da possibilidade de impugnação da lista de credores reconhecidos e não reconhecidos, nos termos e para os efeitos dos art.ºs 129.º e 130.º do CIRE - lista essa que é publicada no prazo de 15 dias após o termo do prazo de apresentação de reclamações créditos e que pode ser impugnada no prazo de 10 dias após a publicação da lista -, sempre podia a credora, ora Recorrida, ter-se utilizado da possibilidade que lhe é concedida pelo art.º 146.º do CIRE, portanto, da acção de verificação ulterior de créditos, que apresenta um prazo mais alargado para a sua propositura.
- Assim, desde logo se poderá depreender que a falta de reconhecimento do crédito de que alegadamente é credora só poderá à ora Recorrida ser imputável e não, como erradamente entende o Tribunal da Relação, ser imputável ao ora Recorrente.
- Atente-se que - e utilizando aqui, embora em sentido contrário, algumas das palavras empregadas no acórdão do Tribunal da Relação - não é o fiador, ora Recorrente, que tem que zelar pelo reconhecimento do (alegado) crédito da Autora, ora Recorrida, no âmbito do processo de insolvência da sociedade DD, Lda. - tal ónus pertence apenas e só à credora.
- Sendo certo que, não tendo a Recorrida exercido os seus direitos no âmbito do processo de insolvência da sociedade DD, Lda. e durante a sua pendência, não pode agora vir fazê-lo - art.º 90.º do CIRE.
- Da análise da doutrina majoritária, no que respeita à matéria em questão,

resulta unânime, essencialmente, o seguinte: a não reclamação de créditos, pelo credor, no processo de insolvência do devedor, constitui facto negativo ou omissivo do credor, nos termos e para os efeitos do art.º 653.º do CC. que impossibilita a sub-rogação do fiador nos direitos do credor, desonerando, dessa forma, o fiador da obrigação contraída, considerando-se extinta a fiança.

- Da análise da jurisprudência dominante e acima mencionada - na qual se incluem Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa e do Porto -, resulta, no mesmo sentido do entendimento defendido pela doutrina maioritária, que: a não apresentação de reclamação de créditos pelo credor no processo de insolvência do devedor - nem mesmo através da acção de verificação ulterior de créditos -. preclui a possibilidade de o fiador se sub-rogar no direito do credor, pelo que é o mesmo desonerado da obrigação, considerando-se extinta a fiança, nos termos e para os efeitos do art.º 653.º do CC.

- Assim, o entendimento exposto no Acórdão do Tribunal da Relação vai não apenas contra a doutrina dominante na matéria, como, também, contra a jurisprudência que tem vindo a ser adoptada pelos Tribunais da Relação, o que não se pode admitir.

- Da análise efectuada do Acórdão do Tribunal da Relação e da sua fundamentação, resulta, em nosso entendimento, e salvo o devido respeito, que o presente caso não foi regularmente percepcionado, olvidando-se por completo a questão que aqui é fulcral e que foi bem percepcionada pelo Tribunal da 1ª instância: a inexistência de reclamação de créditos por parte da Recorrida no processo de insolvência da sociedade DD. Lda.. A questão central não está, assim, como parece percepcionar o douto Tribunal da Relação, na insolvência da sociedade DD, Lda. como causa impossibilitadora da sub-rogação do fiador, mas sim na não apresentação de reclamação de créditos pela credora, ora Recorrida, no processo de insolvência da sociedade referida como causa impossibilitadora da sub-rogação do fiador. Não apresentação de reclamação de créditos essa que, como já aqui demonstrámos, e como se pode

retirar da análise da demais doutrina e jurisprudência nacional, constitui impossibilidade de sub-rogação do fiador e, por isso, é causa de extinção da fiança, nos termos do art.º 653.º do CC.

- Note-se, ainda, que nos presentes autos, designadamente de factos dados como provados, não consta a data incumprimento da dívida, tendo vindo a ser um facto algo controvertido, objecto de uma certa confusão, que nem a Recorrida conseguiu ainda esclarecer - circunstância a que o ora Recorrente já oportunamente fez referência.

- De todo o modo, e admitindo, como alega a Autora, que o incumprimento ocorreu algures entre Setembro e Novembro de 2009, portanto, enquanto a sociedade DD, Lda. ainda operava normalmente, estranho será que apenas em Novembro de 2010 (um ano depois) se tenha alegadamente procedido à resolução do contrato, momento em que a sociedade já estava insolvente, desde 02 de Março de 2010.

- Durante tal período, nada fez a ora Recorrida para ver ressarcido e satisfeito o seu alegado crédito, nem mesmo para o ver reconhecido, nos termos que expusemos supra.

- Esteve, assim, em tal período de tempo, a ora Recorrida num estado de total inércia quanto à utilização dos meios que estariam ao seu inteiro dispor, seja para a satisfação do seu crédito, mediante, por exemplo, o recurso ao procedimento de injunção e/ou outros meios judiciais, seja para o reconhecimento do seu crédito no âmbito do processo de insolvência da sociedade.

- Apenas ao fim de 7 anos - contados desde a data do alegado incumprimento - note-se, veio a ora Recorrida intentar acção contra os fiadores da sociedade insolvente.

- Para além do facto de, em tal momento, já não ser possível, de modo nenhum, o Recorrente sub-rogar-se nos direitos da credora, o que, nos termos do art.º 653.º do CC importa a sua liberação, sucede que, ao fim de 7 anos sem que

nada tenha feito a Recorrida, o Recorrente adquiriu a convicção de que nada seria devido, ainda para mais tendo em conta a insolvência da sociedade datada de 2010 – pelo que, passados 7 anos sem reagir, é, ainda, contrário ao princípio da boa fé o exercício do direito de que a Recorrida se alega titular.

- Por fim, acrescente-se apenas, e seguindo aqui a posição exposta pelo Tribunal da Relação de Lisboa, em Acórdão de 24 de Janeiro de 2019 (acima mencionado), a ideia de que em virtude da inércia injustificada e incompreensível, imputável à Recorrida, de praticamente 7 anos, ficou o ora Recorrente, enquanto fiador, irremediavelmente prejudicado, não só pelo facto de ficar impossibilitado de se sub-rogar, mas, também, por uma questão, no fundo, de segurança e estabilidade jurídica. Nesse sentido, e de acordo com o Acórdão invocado, poderíamos, assim, falar, também, de uma situação típica de supressão, já não podendo agora o credor beneficiar-se da fiança, nos termos do princípio da boa fé.

Nas contra alegações a Autora pugna pela manutenção do julgado.

II Põem-se como questões a resolver no âmbito da presente Revista as de saber se a fiança prestada pelos Réus à sociedade insolvente DD, Lda, se encontra ou não extinta, bem como se a Autora, aqui Recorrida, ao instaurar a presente acção actuou em abuso de direito.

As instâncias declararam como assentes os seguintes factos:

- a) A autora, a sociedade DD, LDA., sociedade por quotas com o número único de matrícula e pessoa colectiva 000 e os réus celebraram o contrato nº 0000, datado de 24/07/2007, de fornecimento de café, participação publicitária, comodato e aquisição de equipamento.
- b) O contrato 0000 foi celebrado no âmbito da actividade comercial da autora e da sociedade DD, LDA, doravante designada por Sociedade, e para o estabelecimento comercial desta denominado “EE”.
- c) A vigência deste contrato foi contratualmente estipulada por um período de

60 meses, com início em 20/07/2007.

d) No âmbito do qual, a Sociedade se obrigou a consumir, em exclusivo, no seu estabelecimento comercial, café da marca FF, Lote ..., comercializado pela autora.

e) Tendo-se obrigado a adquirir 4200Kgs deste produto, num mínimo mensal de 70 kgs.

f) A Sociedade obrigou-se, ainda, a não adquirir a terceiros café da marca contratada, bem como a não publicitar ou revender, café e descafeinado de outras marcas, no seu estabelecimento, durante o período de vigência do contrato 0000.

g) Como contrapartida das obrigações contratuais assumidas pela Sociedade a autora entregou-lhe a título de comparticipação publicitária a quantia de € 27.225,00.

h) Igualmente como contrapartida, a autora colocou no estabelecimento comercial desta, o seguinte equipamento:

- Uma máquina de lavar Kromo, no valor de 2.850,65€ + IVA;
- Uma máquina de lavar Faema Kb c/ Dep. Secante, no valor de € 1.400,00+IVA;
- Uma máquina de café Cimbali M29 Start 2gr, no valor de € 2.800,00+IVA
- Uma máquina de café Cimbali, M39 Classic 2 gr, no valor de € 4.345,00+IVA,
- Um moinho Master 6 Aut., no valor de € 413,00+IVA;
- Um moinho Cimbali Special, no valor de € 835,00+IVA;

No montante global de € 15.298,82.

i) O equipamento identificado no artigo que antecede destinava-se a ser utilizado para venda dos produtos contratados e foi emprestado por um período que coincide com a vigência do contrato nº 0000.

j) A Sociedade não adquiriu o mínimo mensal de 70Kgs de café à autora.

k) A Sociedade obrigou-se a realizar o pagamento das facturas no prazo de vencimento das mesmas.

l) A autora enviou à Sociedade e aos réus carta registada com aviso de

recepção, datada de 19/07/2010, cujo teor de fls. 9 vs. se dá como reproduzido.

m) Através da carta registada com aviso de recepção datada de 12/11/2010, enviada à Sociedade e datada de 11/11/2010 a enviada aos réus, todas remetidas, a 16/11/2010, a autora declarou proceder à resolução do contrato nº 0000 e reclamou o pagamento dos valores decorrentes dos nºs 2 e 3 da cláusula 4 e nº 6 da cláusula 5ª, do contrato referido.

n) Os réus não realizaram o pagamento de qualquer quantia à autora.

o) Os réus assinaram o contrato nº 0000 na qualidade de fiadores e principais pagadores solidários à autora das obrigações contratuais assumidas pela sociedade DD, LDA.

p - Em 2 de Março de 2010, no Tribunal Judicial da Comarca de ... - ... - Juízo do Comércio de ..., no âmbito do processo nº 1641/09.6..., foi proferida sentença de declaração de insolvência da pessoa colectiva DD, Lda., cujo trânsito ocorreu, em 28/7/10.

q) Não tendo sido apresentada a competente reclamação de créditos por parte da autora, nem mesmo, no prazo para o efeito, apresentada a petição inicial para verificação ulterior de créditos, em consequência, não foi o alegado crédito da autora sobre a Sociedade insolvente reconhecido.

r - A sociedade DD, Lda. apresentou-se à insolvência;

s - A gerência da sociedade DD, Lda. era exercida pelos três sócios, BB, GG e CC.

t - Da lista de credores reconhecidos no processo de insolvência da sociedade DD, Lda. constam quatro credores, nenhum dos quais a AA, S.A.;

u - A sociedade DD, Lda., insolvente, a quando do processo de insolvência, tinha contabilidade organizada;

v - Em 2007, a insolvente, no processo de insolvência da sociedade DD, Lda., apresentou um resultado líquido de: - € 19.429,38 (negativo);

x - Em 2008, a insolvente, no processo de insolvência da sociedade DD, Lda., apresentou um resultado de: - € 91.187,26 (negativo);

y - Em Novembro de 2009, a insolvente, no processo de insolvência da sociedade DD, Lda., apresentava um saldo devedor de € 330.300,00.

1.A extinção da fiança.

A vexata quaestio nesta impugnação recursória, incide, na tese do Recorrente, na extinção da fiança que prestou, conjuntamente com o co-Réu, à sociedade insolvente (DD, Lda) e pela circunstância por si esgrimida como causa de exclusão da obrigação assumida, de a Autora, aqui Recorrida, não ter na oportunidade reclamado o seu crédito contra aquela, o que assim fez impedir a sub-rogação que lhe assistia, a si Recorrente e ao co-Réu, tal como decidiu o primeiro grau.

Na sentença de primeira instância, a acção foi julgada improcedente e os Réus absolvidos do pedido, com a seguinte fundamentação:

« Resulta expressamente da matéria de facto assente, que a autora celebrou com sociedade DD, Lda um contrato de fornecimento exclusivo de café. No contrato em questão, a referida sociedade surge como principal outorgante, ao lado da autora e, os réus, como fiadores daquela.

Mostra-se assente que a sociedade DD, Lda, foi declarada insolvente e a autora não reclamou no processo de insolvência respectivo o crédito que agora reclama junto dos réus, nem no prazo que os credores dispõem para o efeito nos termos do disposto no artº 128 do CIRE, nem posteriormente, em sede de verificação ulterior de créditos, permitida pelo artº 146 do diploma em análise. Ora, dispõe expressamente o artº 90 do CIRE que: "os credores da insolvência apenas poderão exercer os seus direitos (...), durante a pendência do processo de insolvência" e, o artº 90, nº 6 do mesmo CIRE que: "a sub-rogação nos direitos do credor decorrente do cumprimento pelo insolvente de uma obrigação de terceiro terá lugar na proporção da quantia paga relativamente ao montante da dívida desse terceiro...".

Na situação presente, os réus fiadores já não têm qualquer possibilidade de

ficar sub-rogados nos direitos da autora, alegadamente credora, se forem condenados a tal. A sub-rogação em causa, é um direito que lhes assiste por força do artº 644 do CPC e, que os mesmos, se vêem impedidos de exercer, uma vez que já decorreram os prazos para o efeito a que aludem os artºs 128 e 146 do CIRE.

Conforme refere o réu contestante, sendo de impossibilidade prática, neste momento, a sub-rogação, entendo que, o facto de a autora não ter reclamado no processo de insolvência o respectivo crédito, constitui facto negativo, que, nos termos do disposto no artº 653 do Código Civil, desonera os fiadores da obrigação que contraíram.

As vicissitudes ocorridas no processo de insolvência que, na óptica da autora, justificam a inexistência da respectiva reclamação de créditos, por um lado, não podem ser imputadas ao réu contestante, porque a sociedade, não se confunde com a pessoa singular em questão, por outro, deviam ter sido suscitadas no processo respectivo, o que não sucedeu.

Finalmente, não pode a autora invocar, nesta sede a falta de citação no processo de insolvência, para reclamação de créditos, uma vez que, decorre do disposto no artº 37, nº 7 do CIRE que os credores não identificados no requerimento da apresentação à insolvência "são citados por edital, com prazo de dilação de cinco dias, afixado na sede ou na residência do devedor, nos seus estabelecimentos e no próprio tribunal e por anúncio publicado no portal Citius", o que ocorreu.

Por outro lado, sendo a declaração de insolvência objecto de publicidade, quer em termos registrais, na matrícula da sociedade em causa, como dispõe o artº 38 do CIRE, não se percebe porque não reclamou a autora nos termos do disposto no artº 146 do CIRE (verificação ulterior de créditos).

No sentido perfilhado, já decidiu o TRL, em acórdão proferido em 1.2.07, disponvel em www.dgsi.pt., segundo o qual:

"O artigo 653º do CCivil tanto tem em vista a desvinculação do fiador nos casos

em que a sub-rogação não é de todo possível, como os casos em que, em termos práticos, o direito do credor já não possa ser exercido ou não o possa ser com as mesmas garantias.

O instituto da sub-rogação implica a transferência do crédito respectivo com as suas garantias e acessórios, passando o fiador a ter o direito de exigir do devedor tudo o que haja por ele pago, incluindo, para além do capital, os juros, as despesas e demais acréscimos de harmonia com o disposto no artigo 634.º do CCivil.

Se a devedora for declarada em estado de falência e o credor não reclamar atempadamente o seu crédito, quer em sede de reclamação de créditos quer em sede de acção intentada contra a massa falida, deixando precluir todos os prazos para o efeito, não poderá exigir da fiadora a satisfação do seu crédito uma vez que esta já não poderá, por qualquer meio, ser ressarcida pela devedora falida, tornando-se impossível a sub-rogação". E, o TRP, mais recentemente (acórdão de 30.5.18, disponível na mesma sede), no mesmo sentido, quando afirmou, que:

"Por essa razão, tem-se entendido que a declaração de insolvência do devedor não releva para efeito de liberação do fiador nos termos do artigo 653.º CC: "Nenhuma impotência patrimonial do superveniente do devedor impede que o fiador, cumprindo, fique sub-rogado na posição de credor — no direito de crédito" (Januário Gomes, op. cit, pg. 930).

Só assim não sucederia se o credor não reclamasse os créditos na insolvência, pois dadas as especificidades do regime insolvencial, ficaria precludida ao fiador que pagasse a possibilidade de sub-rogação já que o direito apenas podia ser exercido no âmbito do processo de insolvência e nos prazos legalmente estabelecidos: neste caso não estaria apenas em causa a consistência económica, mas também a própria consistência jurídica do direito que é tutelada pelo artigo 653.º CC".

Pelo exposto, concluo pela procedência da excepção em análise e, em

consequência, julgo extinta a fiança prestada pelos réus.».

Ao assim concluir, ficaram prejudicadas as demais questões suscitadas em sede de Apelação.

Contudo, tal decisão veio a ser revogada pelo segundo grau, que com tese oposta, alinhou em apertada síntese as seguintes conclusões:

«O fiador que cumpre a obrigação fica sub-rogado nos direitos do credor, para quem se transmitem todas as garantias e acessórios do direito de crédito – art. 644 e 582/1, ex vi art. 594 CC.

Os fiadores ainda que solidários ficam desonerados da obrigação que contraíram, na medida em que, por facto positivo (acto doloso ou negligente) ou negativo (facto voluntário não necessariamente culposos) do credor, não puderem ficar sub-rogados nos direitos que a este competem (direitos anteriores à fiança ou contemporâneos, como posteriores) – art. 653 CC.

Assim, se o credor, por acção ou omissão, voluntária que não necessariamente culposa, inviabilizar a sub-rogação do fiador este seja exonerado da fiança na exacta (mesma) medida.

O que está em causa é que o credor perca a vantagem da fiança, na medida em que a perda do direito lhe seja imputável.

“Não sofre dúvidas que o regime plasmado no art. 653 CC tem aplicação aos casos de garantias associadas ao crédito como são as hipotecas, os penhores, os privilégios ou as fianças; o mesmo se dirá das posições activas de garantia e segurança decorrentes de uma penhora ou de um direito de retenção.

Porém, nos casos em que ocorra uma (mera) impossibilidade prática da realização do direito de cobrança do crédito, por via da sub-rogação, maxime quando o devedor se tenha tornado insolvente, o credor não tem o dever para com o fiador de zelar pela solvabilidade do devedor, tendo em vista a futura recuperação do crédito por parte do fiador, quando sub-rogado.

Pressupostos base de aplicação do regime plasmado no art. 653 CC é que o fiador não possa ficar sub-rogado nos direitos do credor. Ora, nenhuma impotência patrimonial superveniente do devedor, impede que o fiador, cumprindo, fique sub-rogado na posição de credor” – cfr. Manuel Januário Costa Gomes, in Assunção Fidejussória da Dívida, Almedina – pág. 925 e sgs. e Acs. RC de 8/11/16, relatora Maria João Areias e RG de 18/1/2006, relatora Rosa Tching, in www.dgsi.pt.

Assim, concluiu-se que a insolvência do devedor em nada contende com a sub-rogação do crédito do credor primitivo, traduzindo-se, tão só, numa eventual impossibilidade de cobrança do crédito sub-rogado.».

Prima facie convém fazer um pequeno sobrevoo sobre a contestação efectuada pelo Recorrente, em sede de materialidade dada como assente, mormente a que resulta dos factos i) e m), isto é, onde se consignou que « l) A Autora enviou à Sociedade e aos Réus carta registada com aviso de recepção, datada de 19/07/2010, cujo teor de fls. 9 vs. se dá como reproduzido. m) Através da carta registada com aviso de recepção datada de 12/11/2010 a enviada à Sociedade e datada de 11/11/2010 a enviada aos Réus, todas remetidas a 16/11/2010 a autora declarou proceder à resolução do contrato n.º 0000 e reclamou o pagamento dos valores decorrentes dos n.ºs 2 e 3 da cláusula 4 e n.º 6 da cláusula 5a, do contrato referido.».

Sem entrarmos na problemática concernente aos específicos poderes do Supremo Tribunal de Justiça no que tange à apreciação da matéria de facto, os quais se circunscrevem apenas e tão só às situações prevenidas no normativo inserto no artigo 674º, n.º3 do CPCivil, como deflui inequivocamente do preceituado no artigo 682º, n.º2 do mesmo diploma, sempre sem prejuízo das situações excepcionais aludidas no n.º3 deste mesmo ínsito, que aqui se não colocam, não podemos deixar de consignar que a matéria assente, na qual as instâncias basearam o seu dispositivo, manteve-se inalterada, o que significa, que a materialidade factual essencial para as decisões, foi a mesma, quer para

a primeira instância dar razão ao aqui Recorrente, quer para o Tribunal da Relação Iha retirar.

De tal matéria, que este Supremo Tribunal de Justiça não pode, nem deve, questionar, apenas resulta o que dela consta: que a Autora, aqui Recorrida enviou à sociedade insolvente e aos Réus duas cartas registadas com aviso de recepção, sendo a segunda a resolver o contrato e a reclamar os valores, sendo que, tais documentos constam dos autos em cópia; se tais documentos foram ou não foram recebidos pelo Recorrente, é coisa diversa, que não se curou, nem foi consignada naquela materialidade, sendo certo que, em termos de operância, como resulta da fundamentação do Aresto impugnado foi completamente desconsiderada, por irrelevante segundo os respectivos termos. O património do devedor constitui a garantia geral de cumprimento das obrigações assumidas perante os credores, de harmonia com o disposto no artigo 601º do CCivil, sendo que, nem determinados casos, estes podem exigir daquele algumas garantias acrescidas, prevenindo uma eventual insolvabilidade.

De entre essas garantias, aparecem-nos as pessoais, de que é apanágio a fiança, ficando através dela o fiador pessoalmente obrigado perante o credor, pela satisfação do crédito afiançado, cfr artigo 627º do CCivil, sendo a sua obrigação acessória da obrigação principal.

Como deflui do artigo 634º do CCivil «A fiança tem o conteúdo da obrigação principal e cobre as consequências legais e contratuais da mora ou culpa do devedor.», acrescentando-se no artigo 644º, no que ao regime da fiança diz respeito, máxime, quanto às relações entre o fiador e o afiançado que «O fiador que cumprir a obrigação fica sub-rogado nos direitos do credor na medida em que estes foram por ele satisfeitos.».

O fiador, não é um mero devedor de uma dívida alheia, mas antes e também de uma dívida própria, a dívida afiançada, devendo o mesmo que deve o devedor e não aquilo que por este é devido, cfr Manuel Januário Gomes, «A fiança no

quadro das garantias pessoais. Aspectos de regime», in Comemorações Dos 35 Anos Do Código Civil E Dos 25 Anos Da Reforma De 1977, III Volume, Direito das Obrigações, 79/119; Ac STJ de 21 de Janeiro de 2014 (Relator Gabriel catarino), in www.dgsi.pt.

«O fiador passa a dever o mesmo (o idem) que deve o devedor e não aquilo (id) que por este é devido.», apud Januário Gomes, *ibidem*, 83.

No caso sujeito, como resulta da factualidade assente nos autos, a devedora afiançada - DD, Lda - não satisfaz à Autora, aqui Recorrida o seu crédito, sendo certo que o mesmo se venceu, para todos os efeitos em 2 de Março de 2010 data da declaração da insolvência, nos termos do artigo 91º, nº1 do CIRE, facto este que sempre foi do conhecimento do Recorrente e do co-Réu, nas respectivas qualidades de gerentes daquela sociedade, como deflui da materialidade assente em s), já que conforme ali consta «A gerência da sociedade DD, Lda. era exercida pelos três sócios, BB, GG e CC.», situação esta que nunca foi posta em causa pelos mesmos, como não poderá ser ignorado que foi a sociedade por si gerenciada que se apresentou à insolvência (alínea r)), que da lista de credores reconhecidos no processo de insolvência da sociedade DD, Lda. constam quatro credores, nenhum dos quais a AA, SA (alínea t)) e que a insolvente, aquando do processo de insolvência, tinha contabilidade organizada (alínea u)).

Isto significa que o crédito da Autora, aqui Recorrida, embora substancial - cerca de 54.000 Euros - nem sequer consta da lista de credores reconhecidos no âmbito do processo de insolvência, como se apurou e resulta do documento de fls 53 elaborado pela A.I., a qual em nota ali fez consignar que tais créditos eram conhecidos mas não foram reclamados.

Para além de constituir jurisprudência constante deste Supremo Tribunal de Justiça, que não se torna exigível ao credor que se queira ver ressarcido da obrigação principal, fazer interpelar o fiador para o efeito, por mera decorrência

do preceituado no artigo 634º do CCivil, cfr Ac STJ de 1 de Julho de 2008 (Relator Alves Velho), in www.dgi.pt, onde se lê «[C]olhe-se do preceito que para que se tenha por incumprida a obrigação e verificada a responsabilidade do fiador pelo incumprimento, seja pela mora seja por indemnização fundada no incumprimento culposo do devedor principal, não é necessária a sua interpelação, bastando que esta seja efectuada na pessoa do devedor, salvo se se tiver estipulado diversamente. Como se escreveu no acórdão deste Supremo de 12/12/2002, (...), “a fiança destina-se a garantir o credor de que obterá o resultado do cumprimento da obrigação principal, pelo que o fiador, tenha ou não atentado devidamente na responsabilidade que contrai, se obriga, se não estipulou coisa diferente, por aquilo a que o devedor está obrigado”. No mesmo sentido da desnecessidade de interpelação do fiador, tutelar do cumprimento da obrigação principal, se pronunciou também o acórdão de 4/12/2003 (03B3909 - ITIJ).».

Se é certo que a Autora, aqui Recorrida, poderia ter reclamado o seu crédito no âmbito do processo insolvencial da devedora VNP, Restauração, Lda, nos termos do disposto no artigo 128º, nº1 do CIRE, não menos certo se afigura que sendo a obrigação assumida pelos fiadores uma obrigação própria, constituída pela dívida fidejussória, o facto daquela não ter usado aquele meio não a impede de vir a ser ressarcida nesta sede declarativa específica e através da obrigação assumida pelos Réus, com a prestação da garantia pessoal traduzida na fiança.

É que, não obstante os credores que pretendam fazer valer os seus direitos de crédito, tenham de apresentar a pertinente reclamação em sede insolvencial, verifica-se que a omissão por banda da Recorrida não equivale, sem mais, à extinção do seu direito, nomeadamente em face da obrigação assumida pelos fiadores, tendo em atenção todo o circunstancialismo advindo do processo insolvencial que supra se deixou exposto, mormente, a indicação pela A.I. de apenas quatro credores conhecidos, que foram reconhecidos sem que tenham

reclamado os respectivos créditos e a existência de pelo menos outro crédito, o da Autora aqui Recorrida, que não poderia ser ignorado pelo Recorrente e pelo co- Réu, na qualidade de gerentes da insolvente devedora e seus fiadores, tendo em atenção o dever geral de respeito que a Lei faz impender sobre aqueles nos termos do artigo 64º do CSComerciais, cfr Madalena Perestrelo de Oliveira, Limites da Autonomia dos Credores na Recuperação da Empresa Insolvente, 2013, 59/65.

Se a Recorrida, podendo fazê-lo, não reclamou o seu crédito contra a devedora insolvente, nos autos de insolvência desta, nem no prazo da reclamação, nem subsequentemente em sede de verificação ulterior de créditos, nos termos do artigo 146º do CIRE, a mesma assumiu o gravame da sua omissão, ficando impossibilitada de poder vir a perceber da massa, o seu crédito, ou parte dele.

Contudo, essa circunstância não a impede de vir em acção própria demandar os fiadores daquele mesmo crédito, os quais, em relação a si detêm uma dívida pessoal decorrente das obrigações assumidas, isto é, a garantia de que aquela iria obter o resultado da obrigação principal, cfr Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil Anotado, Volume I, 4ª edição, 651/652; Vaz Serra, Algumas questões em matéria de fiança, BMJ 96.

Certo é que o artigo 653º do CCivil, onde se arrima o Recorrente para fazer valer a sua pretensão, predispõe que «Os fiadores, ainda que solidários, ficam desonerados da obrigação que contraíram, na medida em que, por facto positivo ou negativo do credor, não puderem ficar sub-rogados nos direitos que a este competem.», encontrando-se este preceito em conjugação com o preceituado no artigo 644º do mesmo diploma, no qual se institui o regime da sub-rogação do fiador nos direitos do credor, na medida em que os tenha satisfeito, ficando transferido para este o crédito daquele, incluindo as garantias e acessórios nos termos do artigo 582º, aplicável ex vi do artigo 594º, este como aquele do Código que se vem citando.

Para que a desoneração dos devedores, neste caso dos aqui fiadores, possa

operar, a Lei impõe que ocorra um facto voluntário, positivo ou negativo, mesmo que não seja culposo, produzido pelo credor e que lhe seja imputável, o qual impeça aqueles de poderem ficar suficientemente sub-rogados nos direitos que àquele credor competiam.

Para além de ser altamente questionável e duvidoso, atentos os motivos expostos, que a omissão da reclamação do crédito em sede insolvencial possa ser estritamente imputável à Recorrida, não é um qualquer facto que conduz a tal situação, nomeadamente aqueles que se baseiam em meras diminuições das perspectivas do devedor poder vir a satisfazer o seu crédito, quando sub-rogado, apenas com base na garantia geral que o património do devedor principal constitui para a generalidade dos credores, mas apenas aquelas hipóteses em que a sub-rogação já não se afigura possível, ou se torna impossível em absoluto, com as mesmas garantias, por não ter sido deduzida uma preferência num concurso de credores e/ou não ter sido registada uma hipoteca, vg, sendo que, as meras dificuldades da realização declarativa/coerciva do crédito, quando o devedor se tenha tornado insolvente, não relevam para a aplicação do normativo inserto no artigo 653º do CCivil, como pretende o Recorrente, cfr Januário Gomes, Assunção Fidejussória de Dívida, Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador, 928/962; Vaz Serra, in Fiança e Figuras Análogas, BMJ 71, 250/255.

Além do mais, sempre se adianta que no caso de o credor não reclamar a dívida no processo de insolvência, o nº2 do artigo 95º do CIRE faculta ao garante acautelar o seu direito decorrente do eventual pagamento futuro da dívida, mediante na sua reclamação como “crédito sob condição suspensiva”, em sede insolvencial, expediente este que sempre poderia ter sido usado pelos fiadores, os quais, como gerentes da insolvente e seus fiadores, estavam em condições privilegiadas para o fazer, pelo conhecimento da situação económica da empresa, que era imperativo que tivessem, não descurando ainda a circunstância de que a fiança constitui a se um negócio de risco, não se

compreendendo ou mal compreendendo que um fiador que garanta a solvência de um devedor se possa escusar de satisfazer o crédito assumido por este, no caso de o mesmo não o poder fazer por incapacidade económica, cfr Ac STJ de 21 de janeiro de 2014 (Relator Gabriel Catarino), in www.dgsi.pt; Evaristo mendes, anotação ao artigo 653º, Comentário ao Código Civil, Direito das Obrigações, Das Obrigações em Geral, Universidade Católica, 851/855.

Falecem, assim, as conclusões de recurso neste particular.

2.Do abuso de direito.

Insurge-se ainda o Recorrente contra a decisão plasmada no Aresto sob censura que, tendo a Autora, aqui Recorrida, instaurado a presente acção apenas ao fim de sete anos contados desde a data do alegado incumprimento, se encontra a agir em nítido abuso de direito, uma vez que criou no Recorrente a convicção de que nada seria devido, ainda para mais tendo em conta a insolvência da sociedade datada de 2010.

Vejamos.

O princípio do abuso do direito constitui um dos expedientes técnicos ditados pela consciência jurídica para obtemperar, em algumas das situações particularmente clamorosas, aos efeitos da rígida estrutura das normas legais, e reconduz-se à prática de um acto ilegítimo desde que se ultrapassem os limites que ao direito subjectivo são impostos e descritos no artigo 334º do CCivil.

Doutrinariamente, existem duas orientações, a objectiva e a subjectiva: na primeira, há abuso quando o direito é utilizado com o propósito exclusivo de prejudicar outrém; para a segunda, o abuso manifesta-se na grave oposição à função social do direito, isto é, no facto de se exceder o uso normal do direito, cfr M.Brito, CCivil Anotado, 1º/439.

A hipótese de abuso de direito aventada pelo Recorrente, vulgo suppressio, verifica-se quando uma posição jurídica, não tendo sido exercida durante certo tempo, não mais possa sê-lo por, de outra forma, se atentar contra a boa fé; ocorreria pois uma supressão de certas faculdades jurídicas, pela conjugação do

tempo com a boa fé, sendo que, no caso, a circunstância de a Autora, apesar de ser detentora de um crédito contra a insolvente e os respectivos fiadores, não ter exercido o seu direito a cobrá-lo durante sete anos, teria com tal comportamento, quiça, «perdoado» a dívida, ou pelo menos criado no espírito dos devedores a convicção de que a mesma teria caído num esquecimento voluntário, apesar de, como se sabe, existirem prazos prescricionais estabelecidos pela Lei e de estes estarem sujeitos a invocação pelas partes, o que não foi feito no caso sujeito.

Esta - o abuso de direito na modalidade de supressio - é a defesa por excepção agora apresentada pelo Recorrente, em sede de Revista, nunca tendo sido esgrimida a mesma aquando da contestação apresentada nos autos, a qual apenas passou pela invocação da extinção da fiança, questão esta conhecida; da omissão dos deveres de informação, questão esta prejudicada pelo conhecimento daqueloutra; para além da defesa por impugnação, de que aqui se não cura.

Trata-se, desta sorte de uma questão nova que não foi abordada pelas instâncias, que por isso transcende o objecto desta impugnação recursória, pois os recursos destinam-se a conhecer das questões suscitadas e discutidas nas instâncias e não de quaisquer outras, a não ser que se tratem de problemáticas cujo tratamento se torna necessário por via do exercício dos poderes de consideração oficiosa por banda do Tribunal, o que não ocorreu, nem ocorre, sendo certo que, nesta precisa particularidade a acontecer, sempre as partes intervenientes seriam notificadas para exercer o respectivo contraditório de harmonia com o disposto no artigo 3º, nº3 do CPCivil.

Mas mesmo que se entenda que o abuso de direito, como questão nova, deveria ser abordado nesta sede, enquanto questão de conhecimento oficiosa, não se verificam quaisquer elementos que nos permitam concluir que tenha havido um comportamento concludente no sentido de fazer criar no devedor uma expectativa de que a dívida nunca viria a ser cobrada.

Soçobra, pois, o argumentário do Recorrente neste conspectu.

III Destarte, nega-se a Revista, mantendo-se a decisão ínsita no Acórdão recorrido.

Custas pelo Recorrente.

Lisboa, 10 de Dezembro de 2019

Ana Paula Boularot - Relatora

Fernando Pinto de Almeida

José Rainho

Fonte: <http://www.dgsi.pt>