

As garantias bancárias serão penhoráveis? (*)

por Domingos Vecchi Pinto Coelho
Antigo vogal do Conselho Geral da Ordem dos Advogados

Este tema pode causar estranheza.

Penhora de créditos ou direitos, compreende-se, sabe-se o que é.

Mas penhora de garantias, só, isoladamente, destacadas do contrato ou da obrigação assegurados — o que será isto?

Advirto desde já que não se trata de invenção minha.

Pelo que tive ocasião de verificar em vários processos, fiquei com a impressão de que começava a esboçar-se a moda de penhorar garantias bancárias.

E por me parecer que esta moda se reveste de certa novidade, resolvi trazer o problema ao Instituto da Conferência.

Tenho conhecimento, pelo menos, de três casos de nomeação à penhora de garantias bancárias. E a solução dada pelos tribunais não foi uniforme e, pelo contrário, mostrou-se hesitante.

Creio, por isso, que não deixará de ter um certo interesse o tema que enunciei.

Nos casos que vou citar, as penhoras incidiram sobre garantias bancárias prestadas em empreitadas de obras públicas.

Para boa compreensão do que vai seguir-se e para quem não estiver familiarizado com a matéria, parece-me útil dar uma ideia, simples esboço, da legislação que regula o assunto.

Aberto o concurso para uma empreitada, o concorrente cuja proposta for aprovada é obrigado a efectuar um depósito não inferior a

(*) Comunicação lida na sessão de 18-11-1957 do Instituto da Conferência de Lisboa.

5 % do preço da adjudicação, para garantir o cumprimento das obrigações do empreiteiro (port. 7.702, de 24-10-1933, e Cláusulas e condições gerais de empreitadas e fornecimentos de obras públicas, aprovadas por dec. de 9-5-1906).

Os interesses do Estado são ainda acautelados com a dedução de 10 %, feita nas importâncias que o empreiteiro tem a receber, em virtude das medições parciais, ou situação dos trabalhos, que vão sendo feitas durante a execução progressiva das obras.

Logo que estas estão concluídas, procede-se a uma vistoria e, se as mesmas estão nas condições do contrato, faz-se a recepção provisória.

Depois há um prazo de garantia e se, findo esse prazo, em nova vistoria se verificar que tudo está em bom estado e em perfeita conservação, procede-se então à recepção definitiva.

Só depois desta é que se entrega o saldo do depósito ao empreiteiro, bem como quaisquer somas que ainda lhe sejam devidas.

Mas antes disto, e a seguir à recepção provisória, a port. de 20-2-1889 estabeleceu um inquérito administrativo, com publicação de editais, convidando todos os interessados a virem no prazo de 20 dias apresentar quaisquer reclamações por falta de pagamento de jornais, materiais e expropriações, ou outras indemnizações a que se julguem com direito. No caso de haver reclamações, o presidente da câmara municipal intima o empreiteiro para, no prazo de 5 dias, as vir confirmar, negar ou modificar.

Ora, antes de se proceder à recepção definitiva, consigna-se na Caixa Geral de Depósitos a quantia correspondente à importância das reclamações feitas, quantia essa que é deduzida dos depósitos de caução.

Portanto, esta caução destina-se primeiro a acautelar o Estado e subsidiariamente ao pagamento dos créditos reclamados no inquérito administrativo.

Ora bem.

O dec. 13.667, de 21-5-1927, permitiu que aquele depósito de 5 % e bem assim o depósito constituído pela dedução no pagamento dos trabalhos executados, fossem substituídos por uma garantia bancária.

Finalmente, a port. 8.298 determinou que quando houver reclamações por ocasião dos inquéritos administrativos, e sempre que os depósitos de garantia tenham sido substituídos por garantia bancária,

seja esta mantida, na parte correspondente à importância das reclamações, até final do processo administrativo ou judicial e só depois de concluído este, no caso de o empreiteiro decair, é que se fará o depósito em dinheiro à ordem da autoridade administrativa ou judicial.

O teor das garantias bancárias varia pouco.

Vou dar um exemplo-tipo :

«À Direcção-Geral dos Edifícios e Monumentos Nacionais.

O Banco X assume perante a Direcção-Geral dos Edifícios e Monumentos Nacionais — Delegação das Obras de Construção de Escolas Primárias, do Ministério das Obras Públicas, a responsabilidade de fiador e principal pagador da quantia de 300.000\$, pela firma Y, com sede em..., importância que representa parte da dedução de 10 % para garantia do contrato de empreitada de construção de 28 edifícios escolares na área do distrito de... celebrado entre o Estado e a referida firma...».

Este texto não deixa dúvidas de que a garantia é uma fiança.

Esboçado, assim, a traços largos, o clima em que vão desenrolar-se os factos, passo a indicar os casos, que conheço, de penhoras de garantias bancárias.

Em certa execução contra um empreiteiro, o exequente nomeou à penhora :

«o crédito sobre o Banco X, resultante das fianças prestadas por este na empreitada da Construção da Obra tal, cujo saldo é de tantos mil escudos».

E acrescentou que o seu crédito provinha do fornecimento de materiais para essa obra, que estava assegurada pelas aludidas garantias bancárias.

O juiz, deferindo ao requerido, mandou fazer a notificação prevista no art. 856 do c. p. c., isto é, a notificação ao devedor de que o crédito ficava penhorado e à ordem do tribunal da execução, não se exonerando o devedor pelo pagamento ao credor e devendo declarar se o crédito existia, quais as garantias que o acompanhavam, etc.

O banco veio explicar que não existia qualquer crédito da exe-

cutada sobre ele, que a garantia bancária não era penhorável e por isso a penhora não devia subsistir.

Desfeito o equívoco, o exequente não insistiu e parece que o caso ficou arrumado.

Cabe aqui um ligeiro reparo sobre a forma de indicar o objecto da penhora : — «o crédito sobre o Banco X, resultante da fiança por este prestada».

O que é que se pretendeu penhorar ?

O crédito, ou a fiança ?

São coisas distintas.

O banco era fiador mas não devedor ; era apenas garante.

Responde pela dívida, mas não é devedor.

Portanto, da fiança não resulta um crédito, como erradamente se disse no requerimento.

Noutro processo, o exequente nomeou à penhora o crédito do executado (também um empreiteiro) sobre determinado organismo do Estado, proveniente de certa empreitada, crédito esse substituído por garantia bancária.

O organismo em questão, quando foi notificado nos termos do art. 856 do c. p. c., veio indicar as garantias bancárias que haviam sido prestadas, informou que os bancos não haviam convertido em depósito essas garantias e acrescentou que as mesmas não constituíam encargo seu.

O juiz tratou de esclarecer o caso e apurou que o Estado mandara executar por empreitada uma obra que foi confiada à firma executada.

Esta, em vez de fazer o depósito de garantia que a lei estabelece, substituiu-o por garantia bancária prestada nos termos do citado dec. 13.667, de 21-5-1927.

O juiz, considerando que, quer o depósito, quer a garantia que o substituiu, se destinavam a assegurar o cumprimento das obrigações emergentes da empreitada e assumidas pelo empreiteiro, e a defender, por um lado, os interesses do Estado até ao momento em que a obra é recebida, e por outro o cumprimento das obrigações do empreiteiro, materializadas no pagamento eventual de jornais, materiais e expropriações directamente ligadas à obra realizada, concluiu em seu despacho que a garantia bancária não fazia evidentemente

parte do património do empreiteiro, e que não existia qualquer crédito deste sobre o banco fiador e muito menos sobre o dono da obra empreitada (o tal organismo do Estado).

Decidiu, portanto, e bem, que o crédito penhorado não existia e que a penhora era juridicamente inexistente.

Transcrevo deste despacho as seguintes acertadas palavras :

«... juridicamente determinada a natureza da garantia como fiança bancária, é evidente que ela não faz parte do património do empreiteiro e é, por conseguinte, impenhorável, uma vez que só os seus bens patrimoniais (imóveis, móveis e créditos ou direitos) são susceptíveis de execução, como resulta das disposições combinadas dos arts. 822, 838 e 856 e ss. do c. p. c....».

E mais adiante acrescentou :

«o que é juridicamente insustentável é que exista um crédito do empreiteiro sobre o banco fiador e muito menos sobre a dona da obra empreitada».

Até aqui, vai tudo muito bem. Mas nem sempre se decidiu assim e começam agora as complicações.

Num outro processo de execução, o exequente, alegando que o seu crédito, reconhecido por sentença, provinha de fornecimentos feitos a determinada empreitada, veio nomear à penhora

«o direito à caução bancária prestada à firma executada, na empreitada que esta tomou a F (aqui indica-se o organismo do Estado) para construção de... (aqui indica-se a obra)...».

O juiz ordenou a penhora

«no direito à caução bancária referida no requerimento que antecede...».

E mandou oficial ao dono da obra perguntando se o banco garante já havia convertido ou não a caução em depósito.

E como a resposta fosse negativa, o exequente concluiu que, se o saldo da garantia não fora convertido em depósito, então encontrava-se em poder do banco e era este o detentor da caução bancária penhorada !

Nestes termos, requeria, como complemento da anterior penhora,

nova penhora, agora sobre o saldo de Esc. ... (= a importância correspondente ao valor da garantia) saldo esse que, acrescentou, estava ainda em poder do banco e era proveniente da garantia ou caução por ele prestada à executada, na empreitada x.

O juiz, deferindo, deu novo despacho declarando penhorado

«o saldo de Esc. ... em poder do banco fiador, proveniente da garantia ou caução prestada à executada».

Como o banco explicasse que não tinha em seu poder qualquer saldo proveniente da garantia, pois era apenas fiador e a sua fiança não podia ser objecto de execução —, o juiz não se convenceu e declarou que era

«operante» a penhora efectuada na garantia bancária pelo banco prestada, de Esc. ...».

Pedida esclarecimento para se saber sobre que bens, afinal, incidia a penhora, se era sobre bens dele, banco, ou se era sobre bens da executada e, nesse caso, que bens eram esses, veio novo despacho declarando que dos despachos anteriores resultava que a penhora incidia

«sobre o direito e acção à garantia bancária».

Recapitulando :

- 1.º despacho : penhora no direito à caução bancária.
- 2.º despacho : penhora no saldo de Esc. ... em poder do banco, proveniente da caução ou garantia por ele prestada.
- 3.º despacho : é operante a penhora na garantia bancária prestada pelo banco, de Esc. ...
- 4.º despacho : a penhora incidiu sobre o direito e acção à garantia bancária.

Esta indecisão, bem patente, revela, pelo menos, que não é lá muito fácil penhorar uma garantia bancária...

— «Penhora no direito à caução bancária»? Mas quem tem direito a exigir do fiador o pagamento, não é o empreiteiro executado;

é, sim, o organismo do Estado perante quem o banco se constituiu fiador.

— «Penhora na garantia bancária prestada pelo banco» ?

Não se compreende bem em que consista. O que se percebe muito bem é que essa penhora se dirige contra o banco, embora o banco não seja o executado !

— «Penhora no saldo de Esc. ... em poder do banco, proveniente da garantia por ele prestada» ?

Mas o banco não tinha em seu poder qualquer saldo proveniente da garantia, nem havia feito qualquer depósito.

Não se imagine que a minha insistência a respeito dos despachos tenha qualquer intuito pejorativo.

Está longe de mim tal ideia !

A razão é outra.

É que eles me servem perfeitamente para demonstrar como é complicado, incómodo, *impossível*, afinal, penhorar uma fiança.

Qualquer outro juiz lutaria decerto com as mesmas dificuldades, encontraria os mesmos obstáculos...

Os despachos confundiram, como se vê, a fiança, garantia pessoal, com o depósito de dinheiro, garantia real —, e esta não existia.

O banco prestou a sua fiança, no valor de X escudos, para marcar o limite da sua responsabilidade, mas não tinha em seu poder qualquer depósito; se o tivesse, isso seria um penhor, que não se confunde com a fiança.

Foram estas duas espécies de garantia — pessoal e real — que os despachos confundiram e misturaram.

Não era exacto, portanto, dizer-se que existia um saldo em poder do fiador, proveniente da garantia. Se o houvesse, teríamos um penhor, mas esse só podia também servir de garantia *ao dono da obra*, dando-lhe o direito de se pagar pelo depósito, fora de qualquer concurso ou concorrência. Não era garantia de terceiros, nem de outros credores do mesmo devedor.

A garantia que o banco prestou, como resulta inequivocamente dos seus termos, é uma fiança.

A fiança só pode resultar dum acto voluntário.

Portanto, a garantia prestada pelo fiador não pode, sem o seu

acordo, assegurar os direitos ou créditos de pessoa diferente daquela a quem a fiança é prestada.

A fiança, garantia acessória, é inseparável do crédito que assegura.

No documento do modelo que indiquei, e que é do tipo normal, o banco indicou expressamente a pessoa ou entidade perante quem se obrigava, e individualizou o contrato ou a obrigação que assegurava. Só dentro destes limites se constituiu responsável e não se esqueça que se trata de acto *voluntário*.

Dispõe o art. 823 do c. civ. que a fiança não pode exceder a dívida principal, nem ser contraída em condições mais onerosas.

Por maioria de razão, não pode ela ampliar-se a outras dívidas além da principal, porque, se assim se fizesse, a fiança excederia evidentemente a dívida principal e tornar-se-ia também decerto muito mais onerosa.

O terceiro despacho citado declarou «operante» a penhora na garantia bancária.

Agora já não é penhora no direito à fiança, nem penhora num hipotético saldo em dinheiro equivalente ao valor da fiança.

Agora declara-se penhorada a própria fiança.

Esta variante ainda se compreende menos do que as precedentes.

O que se pretende, afinal, por este meio é compelir o Banco fiador a pagar ao exequente o que ele pede.

Mas, para obter semelhante resultado, nunca se tinha visto penhorar uma fiança.

Demanda-se o fiador e, obtida sentença, move-se-lhe execução e penhoram-se bens dele.

Assim é que está certo. Assim é que as coisas se passam na realidade.

Porque é que, quando o fiador é um banco, se há-de proceder de maneira diversa, saltando por cima de todas as regras de direito?

Ainda não encontrei explicação jurídica para este fenómeno!

Não me parece que a circunstância de o fiador ser um banco possa, do ponto de vista jurídico, alterar os efeitos da fiança em relação ao fiador.

Suponha-se, por exemplo, o caso de um arrendamento com fiador.

Um credor do inquilino, credor esse que não é o senhorio, move-

-lhe uma acção, instaura execução e nomeia à penhora a fiança do arrendamento, ou o direito e acção à fiança.

Não acredito que semelhante penhora pudesse ser ordenada.

Consideremos agora a última variante: «*penhora no direito e acção à garantia bancária*».

Digamos desde já que esta modalidade parte do princípio errado de que a garantia possa separar-se da obrigação principal, para vir garantir outra, aquela de que é sujeito activo o exequente.

Eu explico melhor : se o direito a exigir do fiador que cumpra o contrato assegurado pode ser penhorado, admite-se implicitamente que esse direito — o benefício da garantia — possa passar para a titularidade doutro credor, o exequente que requereu a penhora, ou de terceiros.

Pior do que isso.

A sequência natural desta penhora seria a observância dos termos dos arts. 856 e ss. do c. p. c. : notificação do devedor para declarar se o crédito existe, convocação da conferência prevista no art. 859, etc.

Quando o devedor nega que o crédito existe, e o exequente mantém a penhora, o crédito penhorado passa a considerar-se *litigioso* e como tal será adjudicado ou arrematado.

No caso que estamos contemplando, não se trata de crédito penhorado, como vimos, mas de penhora do direito e acção à *garantia*, separada do crédito assegurado.

Havia, então, que pôr em praça, como litigioso, o direito e acção à fiança ! E assim, por hipótese, este direito e acção podia ir parar às mãos de um terceiro que nem sequer fosse credor do executado e muito menos do fiador. Esse arrematante, em virtude da arrematação, ficava titular do direito e acção, litigioso, à fiança. Não lhe dou os parabéns. Mas depois ? Por que processo conseguiria ele convencer o fiador da empreitada a pagar-lhe, a ele arrematante, que nenhum direito tinha relacionado com essa empreitada ?

Basta de abstracções, olhemos para a realidade.

Ninguém, decerto, appareceria a licitar uma coisa tão esquisita.

O direito e acção à fiança viria assim, naturalmente, a ser adjudicado ao exequente.

E agora? Como obrigar o fiador a pagar-lhe, se este respondesse que só se havia responsabilizado perante o dono da obra e por isso não pagava a mais ninguém senão a ele?

Não vejo outro processo que não fosse o de accionar o devedor e o fiador. Ou só este, até, sendo a fiança solidária.

Mas então, por que não se começou por aí, como seria normal?

Para que serviu a penhora no direito e acção à fiança e tudo o mais?

Há ainda outro ponto que não pode esquecer-se:

Incidindo a penhora sobre o direito e acção à garantia bancária, é natural perguntar quem será o titular desse direito.

O despacho criticado não reparou em que o titular não era o empreiteiro executado, mas sim o Estado, dono da obra. Só este tinha legitimidade para pedir contas ao fiador.

Mas a execução não foi movida contra o dono da obra. Como se ordenou, então, a penhora dum direito que pertencia a este e não ao executado?

Semelhante penhora era claramente ofensiva dos seus direitos e podia causar-lhe prejuízos efectivos.

Considere-se a hipótese de o empreiteiro ter deixado a obra em meio e de não ter recursos para a concluir.

Nesta altura, o dono da obra volta-se naturalmente contra o fiador.

Volta-se, mas inútilmente, porque o fiador, compelido pelo tribunal que ordenara a penhora, já havia pago ao exequente, mais afortunado, como se vê, do que ele!

A não ser que o tribunal quisesse obrigar o fiador a pagar 2.^a vez...

Considere-se outra hipótese.

Admita-se, mesmo, que o exequente que nomeia à penhora a garantia bancária é titular dum crédito relativo à empreitada.

Era isso, justamente, que alegava o exequente no processo onde foram proferidos os aludidos despachos.

Essa circunstância não lhe dá legitimidade para exigir directamente o pagamento ao banco fiador. A pessoa legítima para o fazer era o dono da obra — o Estado —, que, por intermédio do presidente

da câmara municipal, havia organizado o inquérito administrativo relativo à empreitada.

Possivelmente, normalmente mesmo, não seria ele, exequente, o único credor do empreiteiro.

E então os outros credores da empreitada, que, dentro do prazo, reclamaram nesse inquérito administrativo e cujos créditos não tinham sido contestados?

Ficavam a ver navios, uma vez que os tribunais dão preferência à penhora.

Mas eles estavam confiados em que, se a caução não chegasse para pagar a todos, o Estado, dono da obra, faria um rateio entre eles e não permitiria que só um fosse reembolsado. Para que serviu, então, o inquérito administrativo instituído na port. de 20-2-1899?

Em presença da regra do art. 821 do c. p. c. de que só o *património* do devedor pode ser objecto de execução, interessa perguntar se a fiança será património ou elemento do património.

Não cabe no âmbito deste pequeno estudo explicar no que consiste o património.

Bastará aqui salientar que na fiança não há um enriquecimento do património do devedor afiançado. A criação da obrigação do fiador não pode, em si mesma, constituir uma riqueza.

A fiança é apenas *garantia* de *determinada* obrigação ou de *certo* contrato.

Por outro lado, essa garantia é prestada a *determinado* credor, e, como a fiança só pode resultar dum acto *voluntário*, não pode juridicamente impor-se ao fiador que vá responder perante pessoa diferente. Tal garantia não constitui um bem que possa transmitir-se para outrem, contra a vontade do fiador.

Do que fica dito pode concluir-se que a fiança não é património, nem elemento do património, nem pode ser objecto de execução.

Mas se, por hipótese, a quiséssemos conceber como património, seria mais natural considerá-la património da pessoa *perante quem o fiador se constituiu garante* — no caso, o dono da obra, a quem a fiança aproveitaria — do que património do empreiteiro! Nunca património do executado.

A Procuradoria-Geral da República num parecer datado de 16-12-1954 e publicado no *Diário do Governo* (II série) n. 34, de 10-2-1955, p. 860, pronunciou-se sobre este problema da penhora de garantias bancárias.

A conclusão deste parecer diz assim :

«A garantia bancária prestada nos termos do dec. 13.667, de 21.5.1927, em contratos de empreitada de obras públicas, é impenhorável para pagamento de dívidas não compreendidas no objecto dessa garantia, quer antes, quer depois de efectuado o depósito pelo banco garante».

Daqui, já se tem querido concluir que, tratando-se de dívidas relativas a uma empreitada de obras públicas, a Procuradoria-Geral da República entende que a garantia bancária é *sempre penhorável*.

Quem se der ao trabalho de ler o parecer todo, verificará que a síntese final, salvo o devido respeito, não exprimiu completamente o pensamento da Procuradoria.

Com efeito,

Na al. 3) do relatório diz-se assim :

«O problema posto consiste apenas em determinar se idênticamente aos depósitos que ela veio substituir, essa garantia bancária será penhorável em processos de execução movidos contra o empreiteiro e não relacionados com a empreitada».

Repare-se bem, agora.

«Esse problema, continua o relatório, desdobra-se em 2 aspectos sucessivos e distintos, que é necessário encarar à parte.

«É o primeiro deles o de saber se a garantia, considerada como tal, é susceptível de penhora.

A resposta não pode deixar de ser negativa, como é fácil mostrar.

A garantia permitida pelo cit. decreto 13.667 é um caso típico de fiança prestada por um banco.

... ..

Ora, o vínculo jurídico constituído pelo banco ao assumir esta posição de garante não é evidentemente penhorável. Nos termos do art. 821 do c. p. c., só os bens patrimoniais podem ser objecto de execução. Esses bens são os imóveis, os móveis e os créditos ou direitos (cit. cód., arts. 838, 848 e 856 e ss.).

Entre estes elementos patrimoniais activos não é possível

de modo algum incluir a garantia pessoal assumida pelo banco, já porque esta não é mais do que uma obrigação acessória, já porque nem sequer faz parte do património do empreiteiro. Esta última razão cortaria de vez quaisquer dúvidas....

Portanto, na síntese final, no «assento», digamos assim, havia que consignar esta 1.^a conclusão de que a garantia bancária não é penhorável.

A seguir considera-se o 2.^o aspecto em que, como vimos, foi dobrado o problema.

Figura-se, então, a hipótese de o banco efectuar o depósito em dinheiro. Desde esse momento, diz o relatório, se está perante bens patrimoniais que, em princípio, são susceptíveis de penhora.

E afirma, então, o parecer que, mesmo nesse caso, o depósito em dinheiro que tenha sido efectuado pelo banco fiador não é penhorável em execuções movidas contra o empreiteiro por créditos não relacionados com a empreitada, e isto por força da 2.^a regra contida no citado art. 821, segundo a qual *unicamente está sujeito à execução o património do devedor*, uma vez que o dinheiro eventualmente depositado pelo banco, por simples efeito do funcionamento da garantia pessoal que assumiu, não passa, como é óbvio, a fazer parte do património do empreiteiro.

Portanto, a conclusão do parecer não está completa nem traduz explicitamente o que nele se assentou.

Teria sido mais claro e exacto estabelecer as duas regras precedentemente afirmadas:

1.^a: a garantia bancária não é penhorável;

2.^a: mesmo no caso de o banco já ter efectuado o depósito em dinheiro, esse depósito é impenhorável para pagamento de dívidas não compreendidas no objecto da garantia.

Só neste 2.^o caso é que se restringiu a impenhorabilidade ao caso de as dívidas não dizerem respeito à empreitada.

Porque no 1.^o caso, a regra, como se disse no relatório, é absoluta: *a fiança bancária nunca é penhorável*.

Há um aspecto do problema a que ainda não me referi.

Quando se penhora a garantia bancária, o fim que se procura é, evidentemente, compelir o banco fiador a pagar ao exequente.

Mas repare-se que a execução não foi movida contra ele. Não há título exequível.

O fiador não foi chamado à acção, não se lhe deu o direito de defesa, de verificar, por exemplo, se o crédito tinha relação com a empreitada afiançada ou se dizia respeito a outra empreitada a cargo do mesmo empreiteiro mas que, ele, não garantira; ou, até, se o crédito não tinha nada que ver com empreitadas. O fiador não pôde verificar se o montante reclamado estava certo; se estava documentado ou de qualquer modo provado ou justificado, etc., etc.

Não se deu ao fiador o direito de verificar o que paga e a quem paga.

Nada.

Em plena execução contra o empreiteiro, o banco fiador, que nada tinha com isso, é apanhado «à queima roupa», sem ter sido ouvido nem achado!

Não constituirá isto um verdadeiro atentado contra as mais elementares regras de processo civil? Vejamos:

O art. 3 do c. p. c. preceitua:

«O tribunal não pode resolver o conflito de interesses que a acção pressupõe sem que a resolução lhe seja pedida por uma das partes e a outra seja devidamente chamada para deduzir opposição...».

O art. 522: «As provas devem produzir-se com audiência contraditória da parte a que hão-de ser opostas, salvo nos casos especiais...»;

Os arts. 46 e ss. indicam os títulos executivos e requisitos dos mesmos;

O art. 811: «O exequente requererá que o executado seja citado...»;

O art. 813 indica, como fundamentos de opposição à execução, a ilegitimidade do exequente ou do executado (n. 1.º)

— a falta ou nulidade da 1.ª citação para a acção, quando o réu não tenha intervindo no processo (n. 5.º).

E tantas, tantas outras, derivadas da regra basilar do art. 3!

Apesar disso, apesar de tudo, o Tribunal da Relação de Lisboa confirmou os aludidos despachos, mas é de notar que o acórdão foi tirado por dois votos contra um.

Entendeu o acórdão que a garantia bancária em questão, pela sua natureza, finalidade e por efeito da lei, *não podia considerar-se mera fiança*, antes representava descontos que à empreiteira deviam ser feitos, à falta de tal garantia, para a sua proposta poder ser legalmente aprovada, [...] (Estou a reproduzir as próprias palavras do acórdão).

Para o demonstrar, fez um relato das principais disposições referentes a adjudicação de empreitadas de obras públicas, de que no início deste trabalho já dei uma ideia; referiu-se aos depósitos de garantia e aos descontos nos pagamentos ao empreiteiro; ao inquérito administrativo estabelecido na port. de 20.2.1889; e à possibilidade de substituir esses depósitos por garantia bancária, nos termos do citado dec. 13.667, de 21.5.1927.

Depois, o acórdão citou a port. 8.298, de 2-12-1935, determinando que :

«quando houver reclamações por ocasião dos inquéritos administrativos a que se refere a port. de 20.2.1889 e sempre que os depósitos de garantia tenham sido substituídos por garantia bancária, nos termos do dec. 13.667, de 21.5.1927, seja mantida a garantia bancária, na parte correspondente à importância das reclamações, até final do processo administrativo ou judicial, e só depois de concluído este, no caso de o empreiteiro decair, é que se fará o depósito em dinheiro à ordem da autoridade judicial ou administrativa, nos termos indicados no n. 9.º da portaria acima mencionada».

Daqui, tirou o acórdão a conclusão que passo a transcrever :

«Logo, a garantia bancária em referência não é uma fiança... É o substituto dos depósitos reais e efectivos que o empreiteiro devia suportar para poder tomar conta de uma obra do Estado, dos Municípios ou de qualquer corporação ou entidade pública...».

E mais adiante, depois de várias considerações que não interessam agora, prosseguiu :

«E também não colhe o argumento de que só o património do devedor está sujeito à execução, pois o agravante, com prestar a sua garantia bancária à empreitada em causa, colocou *logo* à disposição de... (aqui indica o organismo do Estado, dono da obra),

ou dos tribunais, certa quantia para substituir os depósitos e descontos que legalmente eram exigíveis à adjudicatária da obra, *tal como se essa garantia figurasse desde a adjudicação no património da empreiteira*, pelo que não foi violado o art. 821 do c. p. c.».

Quer dizer :

Da circunstância de o fiador, ao ser chamado a efectivar a sua responsabilidade por o empreiteiro ter decaído, ter de *depositar* a importância por que se responsabilizou, tirou o acórdão a conclusão de que afinal a fiança não era mera fiança, mas sim um depósito.

E da circunstância de a garantia bancária substituir os depósitos que, sem isso, o empreiteiro teria de efectuar, concluiu igualmente o acórdão que essa garantia não era uma fiança, mas sim o substituto dos tais depósitos.

Ora, a conclusão a tirar do facto não é esta, evidentemente, mas sim, e apenas, a de que houve uma simples *substituição* de garantias.

Em vez do depósito em dinheiro foi prestada garantia bancária, nos termos do dec. 13.667. O facto de esta fiança substituir um depósito em dinheiro não lhe tira a natureza de fiança.

Assim como, se Pedro garantir um empréstimo com penhor de algodão e mais tarde, com o acordo do credor, substituir o penhor por hipoteca dum prédio, ninguém dirá, creio eu, que o penhor não era afinal um penhor, mas sim uma hipoteca, ou, até, que o algodão não era algodão, mas sim um prédio !

Numa palavra : *substituição* não é *metamorfose* como julgou o acórdão.

E ainda resta saber se os próprios depósitos de garantia feitos pelo empreiteiro podiam ser penhorados, uma vez que, conforme port. de 20-2-1889, eram destinados subsidiariamente a pagar aos reclamantes no inquérito administrativo.

Este é, todavia, *outro problema*, também do maior interesse, porque a tal respeito há, igualmente, decisões contraditórias e, até, um outro parecer da Procuradoria-Geral da República.

Mas isto foi um parêntese, um aparte.

Preciso ainda observar que é também viciosa a teoria do acórdão quando afirma que, por efeito da fiança, fica logo à disposição do dono da obra ou dos tribunais certa quantia, tal como se esta figurasse desde a adjudicação no património do empreiteiro.

Como disse, na fiança não há um enriquecimento do património do devedor. O fiador, no momento de prestar a fiança, nunca deposita em nome do devedor, a importância da responsabilidade que assumiu. Toda a gente o sabe ! Nem em nome do devedor afiançado, nem em nome do credor assegurado, nem em nome de ninguém ! E se o fizesse, havia penhor, não havia fiança.

Apenas se constituiu *pessoalmente* responsável, e já não é pouco...

Além disso, como se vê na port. 8.298, só depois de concluído o processo administrativo ou judicial é que o fiador, no caso de o empreiteiro decair, é chamado a efectuar o depósito em dinheiro.

Mas, nesta altura, tal depósito já constitui *pagamento*, representa a *efectivação* da garantia. Não é metamorfose da fiança num depósito.

O acórdão que analisei foi tirado, como disse, por dois votos contra um.

O douto voto vencido é notável pela concisão e rigor jurídico dos seus fundamentos.

Para não o desvalorizar, vou fazer uma transcrição, omitindo apenas os nomes das partes e da entidade a quem foi prestada a fiança, designando-a «dona da obra» :

«Não há título exequível contra o banco ; por isso não pode ser compelido a pagar qualquer importância à exequente sem que esta obtenha uma sentença de condenação».

Depois, citando o texto da fiança, que consta do processo, prossegue :

«Trata-se de garantia pessoal, acessória, prestada ao dono da obra e que não pode ser transferida para terceiros sem consentimento do banco.

A garantia é um acto voluntário, prestado a um credor do devedor, não pode sem consentimento do garante tornar-se extensiva a outros credores do mesmo devedor, porque seria torná-la mais onerosa sem seu consentimento. Assim, só o dono da obra pode demandar o fiador do empreiteiro ; o banco não se responsabilizou perante a credora exequente, cujo crédito só surgiu muito depois de prestada a caução. Aqui, a credora é a dona da obra e a devedora a empreiteira.

Como a devedora não tem qualquer depósito no banco, não tem ali património sujeito a execução. E como o banco não é fiador das dívidas da executada para com a exequente, não pode

por esta ser demandada por obrigações que não assumiu. A garantia bancária não é património do devedor e só o património pode ser objecto da execução (art. 821 do c. p. c.).

Nem pode penhorar-se a garantia pessoal de um crédito assegurado, porque essa garantia é inseparável dele. Em conclusão: o banco não é um executado, não tem em depósito o património ou parte do património da executada, não é fiador desta perante a exequente [...].

Para terminar :

Nas hipóteses que examinei, tratava-se de fianças prestadas por bancos em contratos de empreitada de obras públicas.

Mas a fiança pode assegurar uma grande variedade de contratos e obrigações; e o fiador não é sempre um banco, visto que podem afiançar todos os que podem contratar (art. 819 do c. civ.).

Ora, a ideia que defendi, e que procurei demonstrar, de que a fiança não é penhorável, aplica-se a toda e qualquer fiança, a todo e qualquer fiador.

As razões são as mesmas.

O nosso intuito foi, acima de tudo, *afirmar o princípio* de que a fiança não é penhorável.

A circunstância de ser um banco o fiador não pode transformar a fiança num complexo de vitaminas obrigatoriamente distribuído por todos e quaisquer credores do devedor afiançado.

E a responsabilidade do fiador é *limitada* devendo procurar-se esse limite *no texto* da fiança, acto voluntário, como se sabe.

Não queiramos, arbitrariamente, impor-lhe *responsabilidade ilimitada*.

E assim sucederia se prevalecesse o precedente de penhorar fianças...

Lisboa, Novembro de 1957.