

O benefício da ordem ou da excussão

por L. P. Moitinho de Almeida

Advogado em Lisboa

O *benefício da ordem* ou da *excussão* é uma das excepções *dilatórias* oponíveis pelo fiador ao credor (RIPERT & BOULANGER: *Traité élémentaire de droit civil de Planiol*, II, p. 628). VAZ SERRA (*Bol. Min. Just.*, 71, p. 99), também emprega o termo excepção de excussão, embora referindo-a ao direito germânico. Trata-se, bem entendido, duma excepção de carácter executivo.

Consiste este benefício em não ser o fiador obrigado, quando o invoque, a pagar a dívida afiançada sem que primeiramente sejam vendidos os bens do devedor, se este os tiver.

O benefício da *excussão* resulta, como diz DIAS FERREIRA (*Código Civil português anotado*, p. 117), da natureza subsidiária da fiança e tem, como efeito directo, o prolongamento do prazo dentro do qual os bens do fiador deveriam responder, porque o credor é obrigado a sustar a execução contra o fiador e, pelo menos por algum tempo, a virar-se apenas contra os bens do devedor principal (RIPERT & BOULANGER: *loc. cit.*).

No direito francês, o benefício da excussão tem ainda um efeito secundário, qual seja o de transferir o fiador para o credor a responsabilidade no caso de futura insolvência do devedor principal, quando este ainda era solvente ao tempo em

que o fiador invocou o benefício (C. Civ. francês, art. 2024). Não vemos, porém, que este efeito secundário possa surtir no direito português porquanto, tendo o Código Civil francês servido em grande parte de fonte ao nosso Código Civil em matéria de fiança, o nosso legislador omitiu a disposição correspondente à do art. 2024 daquele primeiro Código.

O *benefício da excussão* encontra-se expressamente formulado na primeira parte do art. 830 do nosso Código Civil, que teve por fonte o art. 2021 do C. Civ. francês, pela forma seguinte:

«O fiador não pode ser compelido a pagar ao credor, sem prévia excussão de todos os bens do devedor.»

Comentando o referido art. 830, escreve JÚLIO MARTINS: *Gazeta da Relação de Lisboa*, 30, p. 82 e ss:

«O fiador não pode ser *compelido* a pagar; quer dizer, não pode ser executado antes do devedor, ou, mais precisamente, hão-de ser vendidos primeiro os bens do devedor e só quando este os não tenha ou não cheguem, terão de ser vendidos os do fiador, ou este terá de pagar a dívida, ou o que dela falte.

Vê-se, pois, que o art. 830 se refere à *execução* e não à *acção*; na *acção* não se trata de *compelir* o réu a pagar, mas de o convencer da obrigação de pagar, obrigação que, depois de condenado, ou ele voluntariamente cumpre, ou a tanto é *compelido* por força executiva.

É também visível que a execução tanto pode provir de sentença, como de qualquer outro título exequível»

O reparo de JÚLIO MARTINS é ainda hoje tanto mais verdadeiro quanto é certo que o art. 828 do C. P. C. em vigor,

que à execução respeita, se refere ao exercício do direito de *excussão*, pela forma seguinte:

- «art. 828, 1. Na execução movida contra o fiador, não podem penhorar-se os bens deste, enquanto não estiverem excutados todos os bens do devedor principal, desde que o fiador fundadamente invoque o benefício da excussão.
2. Ainda que não goze do benefício da excussão, o fiador tem sempre o direito de nomear à penhora os bens do devedor, se este os tiver livres e desembaraçados, susceptíveis de apreensão e situados na comarca em que corre a execução ou naquela em que forem situados os bens do fiador, só devendo apreender-se bens do fiador, se aqueles forem manifestamente insuficientes.
3. Quando os bens do devedor devam ser excutados em primeiro lugar e o tenham sido, o fiador pode fazer sustar a execução nos seus próprios bens, se indicar bens do devedor adquiridos posteriormente ou que não fossem conhecidos.»

A expressão «desde que o fiador *fundadamente* invoque», que se lê no art. 828-1, tem o mesmo alcance da expressão seguinte, usada no art. 827 do C. P. C., de 1939: «desde que o fiador tenha o direito de invocar, e invoque realmente» (LOPES CARDOSO: *Código de Processo Civil anotado*, p. 490).

O exercício do direito do art. 828-2 está dependente do chamamento à demanda, pelo fiador, do devedor principal (C. P. C., art. 330-2).

Comentando o art. 827 do C. P. C. de 1939, a que corresponde, com ligeiras alterações, o art. 828 do Código actual, escrevia LOPES CARDOSO: *Manual da acção executiva*, pp. 266 e 267:

«O texto do 1.º período do art. 827 pode dar a impressão de que a invocação deve ser feita antes da penhora. Não parece, porém, que seja esta a intenção da lei. O benefício pode ser invocado tanto para evitar a penhora, depois de ordenada, como para obter o seu levantamento, depois de efectuada. Se forem nomeados à penhora bens do fiador, que tenha o direito ao benefício da excussão, pode ele evitar que a penhora seja ordenada ou conseguir que ela seja levantada, invocando-o em simples requerimento.»

Porém JÚLIO MARTINS (*loc. cit.*, p. 83), é de opinião que se deve entender que o fiador renunciou ao benefício da excussão se o não tiver invocado na altura em que podia nomear bens à penhora. O benefício da excussão é, aliás, facultativo, sendo lícito ao fiador dele prescindir, expressa ou tácitamente (S. T. J., 3-11-1936, in *Col. Of.*, 35 p. 297; *J. Fóro*, 1, p. 30; e *Gaz. Rel. Lisboa*, 50, p. 246). Todavia, este critério não pode aplicar-se relativamente aos bens do devedor principal que eram desconhecidos do fiador na altura em que nomeou ou podia ter nomeado bens à penhora, ou que foram adquiridos pelo devedor principal posteriormente a tal altura, porque, em tais casos, o art. 828-3 do C. P. C., atrás transcrito, concede expressamente que se proceda a nova nomeação de bens pelo fiador, sustando-se a execução relativamente aos bens pertencentes ao mesmo.

LOPES CARDOSO (*loc. cit.*, p. 827), aponta a seguinte excepção às regras do art. 827 (actual art. 828) e, em face do

disposto no art. 56-2 do C. P. C. actual, não pode chegar-se a conclusão diferente:

«Tratando-se de dívida com garantia real, a penhora começa, consoante preceitua o art. 835, pelos bens que sirvam de garantia, ainda que eles pertençam ao fiador.»

Foi neste mesmo sentido o voto de vencido do Cons. JOSÉ DE ABERU COUTINHO no ac. S. T. J. de 26-6-1952 (*Rev. Leg. Jur.*, 86, p. 139; *Bol. Min. Just.*, 37, p. 332), onde, além de se ter considerado erradamente fiança uma hipoteca constituída por outrem a favor do devedor principal, ao abrigo do art. 895 do C. Civ., se entendeu também erradamente que, promovida execução hipotecária contra o devedor principal e o fiador, não havia que converter a hipoteca em penhora, mas proceder-se à nomeação à penhora, pelo fiador, dos bens do devedor principal.

O ac. S. T. J. de 12-7-1940 (*Bol. Of. Min. Just.*, 1, p. 27), decidiu que, tendo-se estipulado em documento de fiança, que a responsabilidade do fiador somente se efectivará depois de esgotados os meios legais para receber a prestação primeiramente de outro devedor (um terceiro não afiançado), o benefício da excussão funciona como condição de prestação da fiança, suspendendo, mesmo na fase declarativa do processo, a efectivação da responsabilidade do fiador, enquanto não se mostrar cumprida. Concordamos com HUMBERTO LOPES (*Jornal do Fóro*, 132, p. 282) quando diz que, em tal caso, no havia que invocar o benefício da excussão, que só existe em relação ao património do devedor principal afiançado, nada tendo o fiador com o achar-se ou não executido o património de terceiro, ainda que também devedor principal;

o que havia, como nesta parte bem acentuou o acórdão, era tão-sòmente uma condição *suspensiva da fiança*, consistente na estipulação do ataque prévio ao património do referido terceiro.

A circunstância de o benefício da *excussão* só poder efectivar-se em processo executivo, não impede o credor de, no processo declarativo, demandar o fiador só, ou juntamente com o devedor, como se infere dos arts. 831 e 832 do C. Civ. Quando o fiador seja demandado desacompanhado do devedor principal, pode fazer citar este, para com ele se defender (dito art. 832). O meio processual para tanto adequado é o incidente do *chamamento à demanda*, regulado nos arts. 330-1 al. a), 331 e 332 do C. P. C. em vigor.

Uma vez que o credor obtenha sentença ou disponha de qualquer outro título executivo contra o devedor principal e o fiador, pode executar ambos, sendo então que o devedor poderá invocar o benefício da *excussão* e socorrer-se das demais vantagens que lhe dá o art. 828 do C. P. C.

Quid inde, porém, se o credor apenas dispõe de título executivo em relação ao fiador, não dispondo dele relativamente ao devedor principal? Contrariamente ao que entendiam JÚLIO MARTINS (*loc. cit.*, p. 83) e ALBERTO DOS REIS (*Processo de execução*, I, pp. 242 e 243), LOPES CARDOSO (*Manual da acção executiva*, p. 268), defendia que em tal caso pode o fiador socorrer-se do incidente do *chamamento à demanda* para associar a si o devedor principal e fazer executar o respectivo património. Era, porém, duvidoso, se, apesar de o benefício da *excussão* ser uma excepção de carácter executivo, seria lícito deduzir o incidente do *chamamento à demanda* no processo de execução. O actual C. P. C. (arts. 330-2, 331-2 e 332-4) veio, porém, resolver o problema no sentido defendido por LOPES CARDOSO. A inovação respeita

apenas ao caso de não gozar o fiador do benefício da excussão (art. 330-2) mas, por analogia e até por maioria de razão, deve aplicar-se ao caso de o devedor gozar do referido benefício.

Tendo o *chamamento à demanda* lugar no processo declarativo, será deduzido na contestação ou, não querendo o fiador contestar, mediante requerimento oferecido em duplicado, dentro do prazo da contestação (art. 331-1). Quando, porém, tal *chamamento* tenha lugar no processo executivo, será deduzido nos embargos de executado ou dentro do prazo dos mesmos (art. 331-2) (LOPES CARDOSO: *Código de Processo Civil anotado*, p. 223).

Nos casos em que o fiador se obrigou igualmente como principal pagador, é evidente que não pode invocar o benefício da excussão porque, em tais casos, não só a tanto obsta o n.º 1.º do art. 830 do C. Civ., mas também, nessa circunstância, o «soit disant» fiador não passa, afinal, dum co-obrigado do devedor principal, com quem se encontra na situação de solidariedade passiva em relação ao «accipiens». Em tais casos não há, a bem dizer, fiança. Mas ao abrigo do art. 828-2 do C. P. C., poderá o «soit disant» fiador, embora não possa socorrer-se do referido benefício da excussão, nomear à penhora bens suficientes do devedor principal, se quiser obstar à apreensão dos seus próprios bens. Tal nomeação, porém, é circunscrita aos bens do devedor que se encontrem «livres e desembaraçados, susceptíveis de apreensão e situados na comarca em que corre a execução ou naquela em que forem situados os bens do fiador.»

Também não poderá o fiador socorrer-se do benefício da excussão se a ele tiver renunciado ou se o devedor não puder ser demandado dentro do reino, conforme preceitua o art. 830 do C. Civ., nos seus ns. 2.º e 3.º.

A expressão «dentro do reino», do n. 3.º do referido art. 830 presta-se a dúvidas. Tendo a República sido implantada em Portugal em 1910, é evidente que a palavra «República» ficou substituindo a palavra «Reino» contida nas disposições legais. Poder-se-á empregar também o termo «País», que é comum ao «Reino» e à «República», por se referir ao território subordinado a qualquer dos referidos regimes políticos. Deve hoje entender-se por «País» ou «República» apenas o território do Portugal metropolitano, ou também os territórios do Portugal insular e ultramarino? À primeira vista, dado que, constitucionalmente, Portugal abrange a Metrópole, as Ilhas Adjacentes e o Ultramar, somos levados a supor que o n. 3 do art. 830 abrange todos esses vastos territórios, bastando que o devedor possa ser demandado em qualquer deles para que o fiador não perca o benefício da excussão. CUNHA GONÇALVES (*Tratado de direito civil*, V, p. 182), porém, defendia o contrário, argumentando assim: O Código Civil foi, de início, uma lei feita apenas para os territórios do Continente e das Ilhas Adjacentes. Como só mais tarde foi tornado extensivo ao Ultramar, é a cada uma das províncias ultramarinas que deve corresponder a expressão «Reino», «República» ou «País», isto é, bastará que o devedor não possa ser demandado dentro da província ultramarina onde o pagamento devia ser feito, para que o credor possa compelir o fiador a pagar-lhe, sem prévia excussão dos bens do devedor. Não pode ser outra a conclusão a tirar, tanto mais que, segundo o n. 12 da portaria 9.677 de 30-10-1940 (que tornou extensivo ao Ultramar o C. P. C. de 1939) e o n. 5.º da portaria 19.305 de 30-7-1962 (que tornou extensivo ao Ultramar o C. P. C. actualmente em vigor) a palavra «País» deve entender-se também como correspondendo a Província Ultramarina.