

## ESPÉCIES DE FIANÇA

por L. P. Moitinho de Almeida

Vogal do Conselho Distrital de Lisboa

1. A fiança pode revestir espécies diferentes, quer relativamente às causas que a determinam, quer relativamente ao objecto que abrange.

Relativamente às determinantes da fiança, esta, conforme já ensinava COELHO DA ROCHA (*Instituições de direito civil português*, I, p. 585, § 853) pode ser *legal*, quando é exigida por lei, como no caso de entrega dos bens do ausente (C. Civ., art. 58; C. P. C., art. 1453); *judicial*, quando é ordenada pelo juiz, como no caso do artigo 453-2 do C. P. C.; e *convencional*, quando é estabelecida por acordo, isto é, promessa do fiador e aceitação do credor. A fiança convencional é, porém, a mais frequente e aquela com mais nítidas características de *contrato*, embora se possa considerar pacífica a doutrina de considerar a fiança, compreendida em qualquer das suas espécies, sempre como um contrato, ou melhor, como um *contrato acessório*, porque depende da existência da obrigação principal.

Neste sentido:

MARIO ROTONDI: *Istituzioni di diritto privato*, p. 528, n. 286;

COELHO DA ROCHA: *op. cit.*, § 852, pp. 584 e ss.;

JOSÉ TAVARES: *Os princípios fundamentais do direito civil*, I, pp. 574 e 643;

DIAS FERREIRA: *Código Civil português*, II, p. 114;

CUNHA GONÇALVES: *Tratado de direito civil*, V, pp. 156 e 158;

- GALVÃO TELLES: *Direito das obrigações*, lições coligidas por Fernando PESSOA JORGE, pp. 309, 310 e 312;
- HUMBERTO LOPES: *Da extinção da fiança*, in *Jornal do Fôro*, 24, p. 271;
- L. P. MOITINHO DE ALMEIDA: *Definição e objecto da fiança*, in *Scientia Iuridica*, 12, pp. 81 e ss;
- S. T. J., 2-4-1886 (*Rev. Leg. Jur.*, 28, p. 254).

Em sentido diferente, isto é, no de que a fiança não é um contrato, encontramos apenas, como opinião isolada, o acórdão de S. T. J. de 11-12-1942 (*Rev. Leg. Jur.*, 76, pp. 11 e 430), que lhe atribui a natureza jurídica de *negócio jurídico unilateral*.

2. Sendo a fiança um dos vários modos admitidos por lei para caucionar obrigações, poderá assumir modalidades diversas, conforme o fim a que a caução é destinada, como é o caso da fiança-crime, permitida pelo art. 305 do C. P. Penal e regulada nos arts. 311, 312 e 313 do mesmo Código. A esta espécie de fiança se refere desenvolvidamente HUMBERTO LOPES no seu exaustivo estudo *Da extinção da fiança*, in *Jornal do Fôro*, 24, pp. 158 e ss.

3. Como figura jurídica afim da fiança existe o *aval cambiário*, aliás geralmente considerado como uma forma de fiança visto ter natureza jurídica idêntica a ela.

Neste sentido:

- ADRIANO ANTERO: *Comentário ao Código Comercial português*, I, p. 569;
- RIPERT & BOULANGER: *Traité de Planiol*, II, p. 623, n. 1917.
- GONSALVES DIAS: *Da letra e da livrança*, VII, pp. 330 a 336 e 584;
- Revista dos Tribunais*, 73, p. 240;
- BARBOSA DE MAGALHÃES: *Parecer in Repartição de aval* (peças de processos), Separata do *Jornal do Fôro*, p. 31;
- S. T. J., 8-12-1939 (*J. Fôro*, 6, p. 40);
- Rel. Lisboa, 22-4-1953 (*B. M. J.*, 43, p. 536);
- S. T. J., 16-3-1956 (*B. M. J.*, 55, p. 299);
- S. T. J., 27-11-1962 (*B. M. J.*, 121, p. 355);
- Revista dos Tribunais*, 81, p. 82.

Em sentido contrário, isto é, no de que o aval não é uma verdadeira fiança mas uma obrigação abstracta e autónoma, porque vale por si próprio e subsiste mesmo no caso de desaparecimento da obrigação principal, excepto se a nulidade desta resultar de um vício de forma, pode ver-se:

MARIO ROTONDI: *op. cit.*, p. 529, n. 286;

HUMBERTO LOPES: *op. cit.*, in *Jornal do Fôro*, 24, pp. 285 e ss;  
S. T. J., 19-2-1957 (*B. M. J.*, 64, p. 426).

Entendemos porém que as características especiais do aval a que se referem os citados autores não impedem que o aval seja considerado uma fiança *sui generis*, regendo-se pelos princípios gerais da fiança sempre que eles não colidam com as referidas características especiais.

O aval cambiário é actualmente regulado entre nós pelos arts. 30, 31 e 32 da Lei Uniforme relativa a letras e livranças, posta em vigor em Portugal pelo decreto 26.556 de 30-4-1936.

Tanto o aval é uma fiança *sui generis*, mesmo à face da lei, que o art. 32 da L. U. dispõe que o dador de aval é responsável da mesma maneira que a pessoa por ele *afiançada*.

Por força do disposto no referido art. 31, qualquer assinatura <sup>na</sup> face anterior de uma letra — que não seja do sacador ou do aceitante — acompanhada, ou não, de qualquer fórmula referente ao aval, será havida como aval ao sacador, salvo se indicar outra pessoa como avalizado (Rel. Porto, 18-7-1962, in *Jur. Rel.*, 1962, p. 771).

A doutrina e a jurisprudência vêm considerando de natureza comercial a obrigação do avalista, donde resulta ser-lhe aplicável, para efeitos de penhora, o disposto no art. 10 do C. Comercial.

Neste sentido:

FERRER CORREIA: *Lições de direito comercial*, III, pp. 197 e ss.;

HUMBERTO LOPES: *op. cit.*, in *Jornal do Fôro*, 24, p. 286;

Relação de Coimbra, 9-11-1962 (*Jur. Rel.*, 1962, p. 972).

4. Quanto ao objecto abrangido, podemos encontrar vá-

rias sub-espécies de fiança, das quais as mais frequentes são a *sub-fiança*, a *retro-fiança*, e a *fiança de indemnização*.

5. A *sub-fiança*, a que o art. 827 do C. Civ. chama *abonação*, consiste em uma ou mais pessoas se responsabilizarem pela solvabilidade do fiador. Um dos casos legais de *sub-fiança* é a *fiança-crime* (C. P. Penal, art. 311 e §§ 2.º e 3.º). VAZ SERRA (*Bol. Min. Just.*, 71, p. 42) e GALVÃO TELLES (*Direito das obrigações*, lições publicadas por FERNANDO PESSOA JORGE, p. 312), no que os seguimos, entendem ser preferível o termo *sub-fiança* (usado no Código Civil espanhol) ao de *abonação*, não só porque o fiador primário também é um abonador do devedor, mas também porque, no nosso direito, igualmente significa abonação o facto de se assegurar a identidade duma pessoa, donde a expressão *testemunhas abonatórias*.

Segundo o art. 829 do C. Civil, «a abonação pode provar-se pelos mesmos meios pelos quais se prova a fiança». JÚLIO MARTINS (*Gaz. Rel. Lisboa*, 30, p. 36) entende porém que a expressão *pode provar-se*, usada na lei, não é rigorosa e que melhor fora ter-se escrito *prova-se*, como se fez no art. 826.

Para que a abonação se possa considerar constituída deverá ser dada em termos *claros, expressos e positivos* (art. 828).

O abonador goza do benefício da excussão, tanto contra o fiador, como contra o devedor principal (art. 837).

As demais disposições que regulam a fiança aplicam-se à *abonação*, excepto quando a lei expressamente determinar o contrário (art. 829).

JÚLIO MARTINS (*loc. cit.*, p. 35) formula a seguinte dúvida: Se o fiador não correr risco de insolvência mas o correr o abonador, será caso de reforço de caução? Responde o mesmo autor afirmativamente:

«[...] porque a abonação é em tudo sujeita às regras da fiança (art. 829), se é regra da fiança que ela se reforce no risco de insolvência do fiador, é consequentemente regra que a abonação se reforce no risco de insolvência do abonador prestado».

6. A *retro-fiança* é a fiança destinada a assegurar o eventual direito de regresso do fiador contra o principal obrigado.

A *retro-fiança* não vem especialmente regulada no nosso Código Civil mas, como diz VAZ SERRA (*loc. cit.*, p. 43),

«Tratando-se de uma fiança como outra qualquer, embora restrita ao crédito de regresso do fiador contra o devedor principal, não carece de regras especiais, nem parece haver necessidade de fazer menção dela na lei».

GALVÃO TELLES (*loc. cit.*, p. 312) também considera a retro-fiança viável dentro do direito português.

7. A *fiança de indemnização* ou *fideijussio indemnitatis*, que consiste em o fiador responder apenas pela parte do crédito do *accipiens* para cujo pagamento os bens do *solvens* não chegaram, também se deve considerar viável no nosso direito, pelas mesmas razões apontadas relativamente à *retro-fiança*. Neste caso, o credor desembolsado terá de provar a verificação da condição, ou seja, que o seu crédito não se encontra ainda coberto, e em que montante (VAZ SERRA: *loc. cit.*).

De igual modo, decidiu o acordão do S. T. J. de 12-7-1940 (*Bol. Of. Min. Just.*, 1, p. 27) 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 dívida, primeiramente, de um outro devedor não afiançado, o benefício da excussão emergente da cláusula contratual funciona como condição da prestação da fiança, suspendendo-se a efectivação da responsabilidade do fiador, enquanto não se mostrar cumprida.

A doutrina deste acordão está certa, excepto no que respeita à alusão ao benefício da excussão emergente da cláusula contratual, isto porque tal benefício só existe, por lei, em relação ao património do devedor principal afiançado. Por isso, em vez de empregar a expressão *benefício da excussão*, o acordão teria sido mais feliz se tivesse empregado estoutra: *benefício resultante do ataque prévio ao património de terceiro*. No sentido deste mesmo reparo:

HUMBERTO LOPES: *op. cit.*, in *Jornal do Fôro*, 24, p. 282;  
L. P. MOITINHO DE ALMEIDA: *O benefício da ordem ou da excussão*, in *R. O. Advogados*, 1962, 1-2, pp. 52 e ss.

Não há fiança, mas contrato de mera indemnização que não obriga directamente para com o credor, na obrigação que um indivíduo assumiu de indemnizar outro do que este pague por virtude do encargo de fiança a que se obrigou a pedido seu.

Neste sentido:

S. T. J., 2-4-1886 (*Rev. Leg. Jur.*, 28, p. 254);  
DIAS FERREIRA: *Código Civil português anotado*, II, p. 113;  
CUNHA GONÇALVES: *Tratado*, V, p. 174;  
HUMBERTO LOPES: *op. cit.*, in *Jornal do Fôro*, 24, p. 275.