

DA FIANÇA NO DIREITO BANCÁRIO: NAS OPERAÇÕES ACTIVAS; NAS OPERAÇÕES PASSIVAS

LOURENÇO DE CARVALHO E LEME CÔRTE-REAL

*Licenciado em Direito pela Universidade Católica Portuguesa
Inscrito no Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais
da Universidade Católica Portuguesa*

Sumário: 1. Introdução; 2. Os bancos no RGIC; 3. A relação bancária: 3.1. O depósito bancário de disponibilidades monetárias. O banco como devedor. Uma operação passiva; 4. Operações activas do banco e a prestação de garantias; 5. Garantia geral das obrigações; 6. O Contrato de mútuo como contrato de crédito. Subjacente: a fiança; 7. Garantia especial: a fiança e suas modalidades: 7.1. O fiador como garante; 7.2. O banco como fiador: uma operação activa? 7.3. Distinção da figura da fiança do aval; 8. Conclusões

Palavras-chave: fiança; operações activas; garantia especial

Contents: 1. Introduction; 2. Banks and the Law of Credit Institutions; 3. Banking Relations; 3.1. Money deposits of money availability. The bank as debtor. A passive operation; 4. Active bank operations and guaranties; 5. General guaranty of obligation; 6. Mutual contract as credit contract. Underlying: guaranty deposit; 7. Special guaranty: guaranty deposit and its types: 7.1. Guaranter as guaranty; 7.2. The bank as guaranter: an active operation? 7.3. Guaranty vs bank guaranty; 8. Conclusions

Keywords: guaranty deposit; active bank operations; special guaranty

Agradecimentos

Para a realização do presente escrito foi necessária a colaboração da Mestre Maria João Tomé, regente da cadeira de Direito Bancário do Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais da Universidade Católica Portuguesa, no Centro Regional do Porto.

De facto a sua disponibilidade foi total e a orientação que foi sendo dada à medida que o trabalho ganhava corpo foi determinante, pois que as suas indicações foram sempre no sentido de permitir uma abordagem aos temas tratados num sentido mais prático, sem descurar um campo mais teórico.

Além do mais cumpre referir que, por questões de calendário, obtivemos a sua autorização para entregar, como relatório da cadeira, o trabalho que ora se traz à estampa, o que quer significar que este escrito serve(iu) dois objectivos: um de avaliação de uma cadeira da parte lectiva do Curso de Mestrado; outro que é aquele que se encontra desenvolvido nas páginas subsequentes e que corresponde a uma reprodução praticamente integral daquilo que para Direito Bancário usámos como sendo um relatório.

Por tudo, em especial no que toca ao seu incansável incentivo e crítica construtiva, não podemos deixar um agradecimento reconhecido por grande estima, amizade e admiração.

Ao Senhor Professor Doutor Diogo Leite de Campos mostramos a nossa gratidão e muito grande consideração em face da possibilidade que nos deu de publicar este estudo na Revista Galileu e ainda como decorrência de todo o interesse demonstrado no acompanhar de perto esta primeira etapa da nossa vida profissional.

Lista de abreviaturas¹

Ac. – Acórdão²

AUJ – Acórdão Uniformizador de Jurisprudência

BGB – Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil Alemão)

BP – Banco de Portugal

CC – Código Civil

Cfr – confrontar

Cit. – obra citada

CPC – Código de Processo Civil

CSC – Código das Sociedades Comerciais

1 Nos locais onde não for feita uma indicação da fonte legal, deverá entender-se que o preceito citado pertence ao diploma jurídico que esteja a ser objecto de análise e que no contexto faça sentido.

2 Toda a jurisprudência encontra-se disponível online em www.dgsi.pt.

CVM – Código dos Valores Mobiliários

DR – Diário da República

p. – página

RGIC – Regime Geral das Instituições de Crédito³

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

V. – ver

1. Introdução

Nas páginas que se seguem vamos proceder à análise da figura da fiança como garantia das obrigações, aplicável ao direito bancário.

Qualquer tema jurídico relacionado com a banca não pode, hoje, ser mais actual: em face da presente crise financeira que assola o Mundo na sua globalidade, os cabeçalhos dos jornais são enxameados com títulos em enorme destaque relativos à banca e às possibilidades da sua subsistência.

As notícias relativas à garantia dos depósitos bancários⁴ chegam de toda a parte, bem como aos múltiplos avales dos Estados concedidos à banca, como forma de garantir alguma liquidez no sistema bancário internacional, que é integrado por Portugal, e ainda como forma de suportar a economia mundial. Esse fenómeno não ocorre unicamente entre portas ou mesmo de forma exclusiva a nível comunitário, porquanto a mesma situação se passa nas economias dos EUA e nas Orientais. O intervencionismo dos Estados neste cenário de crise é de compreender, em face dos enormes prejuízos que a insolvência de um banco pode causar. Com efeito, verificada uma factualidade desse tipo, pode provocar-se um efeito de arrastamento generalizado de toda a indústria e serviços para uma situação de impossibilidade de pagamento de débitos, ou, na inversa, a possibilidade de cobrança de créditos. Assim, no plano actual, uma omissão intervencionista dos Estados traria, sem margem para dúvidas, uma grande falta de liquidez ao mercado, com todos os efeitos nefastos, quer a nível económico, quer mesmo a nível social. A este respeito estamos,

3 Por vezes designado como Lei Bancária.

4 Sobre o depósito bancário, *infra*, 3.1.

naturalmente, a pensar no pequeno depositante que perante uma situação de impossibilidade dos bancos no cumprimento das suas obrigações, não conseguiria levantar o seu dinheiro para poder – ele próprio – satisfazer os vínculos a que está adstrito; gera-se assim um efeito carrossel com desvantagens por demais evidentes em toda a estrutura económica.

Iremos analisar, todavia, um problema um tanto diferente, mas directamente relacionado: a prestação de garantias da relação jurídica por parte de terceiro, na hipótese em que o banco é sujeito activo da relação jurídica – credor – decorrendo essa posição da celebração de um contrato de mútuo ou um qualquer outro de prestação de crédito e ainda a prestação de garantias pelo banco, em benefício de um seu cliente a favor de um terceiro, por via de uma operação bancária activa.

Veremos primeiro o que é um banco e quais são as situações em que é sujeito passivo e aquelas em que é sujeito activo da relação jurídica que se estabelece entre o banco e o seu cliente, caso em que estudaremos ainda a posição do terceiro que garanta, com o seu património, o segundo e ainda quais os perigos que uma garantia desse tipo acarreta⁵.

A este respeito vamos também proceder a análise, ainda que sumária, do contrato de depósito bancário, o qual tem a maior relevância no âmbito do direito bancário, constituindo o principal mecanismo financiador da estrutura bancária.

Este estudo – dadas as matérias abordadas – será feito com recurso aos institutos gerais do direito civil, bem como ainda ao direito comercial, desde logo porque os bancos são, em face da lei, comerciantes⁶.

2. Os bancos no RGIC

Os bancos são instituições de crédito e vêm regulados pelo RGIC. Constituem o cerne do estudo direito bancário, em face da posição que ocupam na realidade económica e social actuais.

5 Cfr. PAULA PONCES CAMANHO, “Do contrato de depósito bancário”, 1ª Ed., Almedina, 1997, p. 104.

6 Infra, n.º 2.

Não sendo um “instrumento” novo, são antes entidades carregadas de grande tradição histórica, paralela ao evoluir da *instituição* da moeda^{7/8}, donde é daí que se retira a sua grande importância no tráfego jurídico, económico e social.

Dispõe-se no artigo 2.º, n.º 1 que as “*instituições de crédito são empresas cuja actividade consiste em receber do público depósitos ou outros fundos reembolsáveis, a fim de os aplicarem por conta própria mediante a concessão de crédito*”⁹, acrescentando-se no artigo seguinte que os bancos são uma espécie dessas instituições (cfr. art.º 3.º, al. a)), notando-se ainda uma aproximação à ideia subjacente ao disposto pelo art.º 230.º do CCom: empresas¹⁰.

Como bem nota MENEZES CORDEIRO¹¹, a figura do banco corresponde a uma entidade aglutinadora no domínio do direito a que dá nome: desde logo em face da sua posição de preponderância no tráfego jurídico, relegando-se para as outras entidades um papel de menor efeito e significado. Efectivamente a expressão “*banco*” é usada indistintamente, para significar qualquer das restantes instituições financeiras, em face do seu significado generalizador e abrangente.

Como é que se constitui um banco, uma instituição de crédito?

A resposta tem que ser dada com algum cuidado, antes de mais porque as instituições de crédito não correspondem unicamente a bancos, mas antes a outras previstas pela Lei Bancária.

7 Cfr. MENEZES CORDEIRO, “*Manual de Direito Bancário*”, 3ª Ed., Almedina, 2008, p. 53 e seguintes.

8 Com efeito, sendo o direito regulador da banca e da intermediação na circulação do dinheiro, o direito bancário sofre uma grande impulso no seu desenvolvimento por força do direito civil e do direito económico e a sua existência remonta ao século XI. Cfr. www.bankrechtliche-vereinigung.de.

9 Sem querer desenvolver cumpre referir que a redacção deste preceito do RGIC é enganadora ou pode suscitar dúvidas, desde logo porque só os bancos podem, em exclusividade, exercer as actividades elencadas no art.º 4.º daquele diploma legal e, além do mais, há outras instituições financeiras que não podem desempenhar alguma ou algumas das actividades que são atribuídas aos bancos, não só por força da exclusividade subjacente, mas também por força do princípio da especialidade do fim a que se destinam outras instituições financeiras.

10 Sobre a empresa, de forma geral, COUTINHO DE ABREU, “*Curso de Direito Comercial Português*”, Vol. I, Almedina, 5ª Ed., 2006, p.189 e ss.

11 Cfr. MENEZES CORDEIRO, “*Manual...*”, cit., p. 829.

De forma geral pode avançar-se que necessitam de uma autorização do BP (cfr. art.º 16.º, n.º 1), o que tem grande importância, pelo facto do princípio da exclusividade subjacente ao art.º 8.º. O que se compreende dadas exigências de segurança requeridas pelo e para tráfego jurídico. Ou seja, só os bancos e demais instituições financeiras têm competência para a prática das actividades que lhes são cometidas – arts. 2.º, n.º 1 e 4.º, n.ºs 1 e 2¹², donde que se o exercício de actividade bancária for feito sem autorização para tal podemos estar face a um ilícito com relevância jurídico-penal¹³, conforme o preceituado pelos art.º 200.º, ou seja, a punição com uma pena de prisão até três anos, no caso de recepção de depósitos do público para a utilização nas operações activas sem que estejam preenchidos os requisitos da Lei Bancária, prosseguindo-se, sem autorização para tal, uma actividade de intermediação no crédito.

Feito este breve apontamento cumpre acrescentar que os bancos são ainda sociedades comerciais (cfr. art.º 7.º CSC), tendo, por essa via, a qualidade de comerciantes (art.º 13.º, n.º 2 CCom.).

Com efeito os bancos, por aplicação do disposto no art.º 14.º, n.º 1, al. b) do RGIC, têm que observar a forma de sociedade anónima, um dos tipos societários de responsabilidade limitada previstos na lei.

Observemos a noção de sociedade.

12 Os bancos não funcionam só como intermediários na circulação do dinheiro, recolhendo os depósitos dos aforradores, para o usarem nas suas operações activas, fazendo disso uma actividade lucrativa – maxime através da cobrança de juros mais elevados do que aqueles que os bancos pagam nas suas operações passivas –, mas antes desempenham também um importante papel no domínio do direito dos seguros e dos valores mobiliários (sistema de banca universal), mas também exercem um conjunto de actividades de prestação de serviços ao público que têm enorme relevância prática, mas que, em face da sua principal actividade, desempenham um papel acessório ou secundário. Assim é possível notar que ao lado das actividades básicas que definem um banco como intermediário na circulação do crédito e do dinheiro, há outras que a complementam e a mais das vezes são decisivas para a prossecução do seu objecto principal. Cfr., neste sentido, PAULA PONCES CAMANHO, “*Do Contrato...*”, cit., p. 20 e ss.

13 Usámos esta expressão propositadamente, como forma de abranger também aquelas situações que não constituem um ilícito criminal, mas antes contra-ordenacional.

Esta consta do art.º 980.º do CC, aparecendo o conceito definido como o “*contrato em que duas ou mais pessoas se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício em comum de certa actividade económica, que não seja de mera fruição, a fim de repartirem os lucros resultantes dessa actividade*”, noção esta que não é privativa do CC: no mesmo sentido dispõe o art.º 7.º do CSC¹⁴.

As sociedades anónimas são um dos tipos de sociedades comerciais que o CSC conhece – cfr. art.º 1.º n.º 2 – que têm personalidade jurídica (art.º 5.º) e, como tal, capacidade para o exercício de direitos¹⁵ nos termos gerais da lei civil (cfr. arts. 160.º e 294.º)¹⁶, observando-se o correspondente princípio da especialidade do fim, que fere de nulidade os actos contra ele praticados.

Como sociedades anónimas observa-se o disposto na legislação societária, bem como o regulado pelo CVM, no caso de a sociedade estar cotada em bolsa, o que tende a acontecer, no caso dos bancos¹⁷, o que significa que qualquer pessoa pode adquirir as correspondentes participações sociais e exercer o conjunto de direitos e obrigações inerentes à qualidade de sócio, por se estar perante sociedades abertas – cfr. art.º 13.º, n.º 1, alínea c) do CVM.

14 Sobre a noção de sociedade vd. COUTINHO DE ABREU, “*Curso de Direito Comercial*”, Vol. II, 4ª reimp. Ed. 2002, Almedina, 2005, pp. 5 e seguintes.

15 É certo que como refere HEINRICH HÖRSTER, “*A Parte Geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*”, 2ª Edição, Almedina Editora, Coimbra, 2003, p. 391, n.º à margem 626 a capacidade das pessoas colectivas é “*apenas uma capacidade técnico-jurídica de agir*”.

16 A propósito do direito bancário o princípio da especialidade do fim das pessoas colectivas subjacente ao espírito daquelas duas normas é da maior importância, pelo facto de só os bancos e instituições de crédito poderem praticar os actos previstos na lei bancária, mormente aqueles a que se refere o art.º 4.º

No RGIC o princípio encontra ainda uma maior relevância no domínio do art.º 8.º: a exclusividade na prática de actos que enformam o direito da banca, preceito completado pelo art.º 200.º

É ainda importante considerar – para bem se notar a importância deste princípio – que as alterações ao contrato de sociedade necessitam da prévia autorização do BP como forma de manter a segurança jurídica necessária atinente à actividade bancária – cfr. art.º 34.º, n.º 1. Verifica-se assim uma especialidade do direito bancário face ao direito societário comum.

17 Em Portugal os três maiores bancos estão cotados em bolsa: BES, BPI e BCP.



Feita esta muito breve análise pelas regras do CSC é preciso notar que os bancos, como sociedades comerciais, são comerciantes, nos termos do art.º 13.º, n.º 2 do CCom, pois praticam actos de comércio de forma habitual e com profissionalidade: art.º 2.º do CCom. Mas não só. Com efeito, porque expressamente previstas na legislação comercial, as operações bancárias actos de comércio objectivos¹⁸.

Retira-se, então, a qualidade de comerciantes aos bancos, não só porque são sociedades anónimas que fazem do comércio profissão, mas também em consequência de a sua actividade se resumir, *maxime*, à intermediação no crédito. Daí que o direito bancário surja com um carácter formal, na medida em que regula a banca e as demais instituições de crédito, mas não só; também aparece como de cariz material, por força dessa mesma intermediação no crédito, a principal actividade bancária. De facto o direito bancário em geral é o direito do dinheiro¹⁹, residindo nisso a sua “*profunda razão de ser*”²⁰ e os bancos o mecanismo para a prossecução desse fim, notando-se perfeitamente a articulação entre os conceitos de direito bancário institucional e material, unidos entre si por um fim comum: que seja o da prestação de serviços ao público através da recolha de fundos e concessão de crédito.

Nesta última vertente sabemos que os bancos são uma das instituições de crédito “*cuja actividade consiste em receber do público depósitos ou outros fundos reembolsáveis*” (art.º 2.º, n.º 1), sendo “público”, para aqueles efeitos, o conjunto de pessoas indeterminadas e indetermináveis que eventualmente poderão passar a ser clientes do banco, entregando-lhe o seu dinheiro, o qual vai ser depois usado nas operações activas daquele (art.º 2.º, n.º 1 e art.º 9.º), na sua função de intermediação no crédito²¹.

18 Prescrevem respectivamente estes artigos que “*Serão considerados actos de comércio todos aqueles que se acharem especialmente regulados neste Código e, além deles, todos os contratos e obrigações dos comerciantes, que não forem de natureza exclusivamente civil, se o contrário do próprio acto não resultar*” e “*São comerciantes: 2. As sociedades comerciais*, indo no mesmo sentido os arts. 362.º e seguintes do CCom.

19 Cfr. MENEZES CORDEIRO, “*Manual...*”, cit., p. 21.

20 Idem, *ibidem*, p. 30.

21 Idem, *ibidem*, p. 783 e seguintes.

3. A relação bancária

A relação bancária é socialmente típica, da qual são esperados diversos e variados comportamentos, os quais surgem nessa mesma decorrência.

Tem, como relação jurídica em si mesma considerada, uma importância fundamental em toda a matéria do *direito bancário*. O seu início dá-se com a abertura de conta²² que propicia o começo de uma relação contratual duradoura²³, notando-se, de forma subjacente, a pedra de toque do direito civil: o princípio da liberdade contratual, tal como este se encontra previsto e regulado pelo art.º 405.º, n.º 1: a liberdade de celebrar o contrato com “aquele” banco, nos termos com ele acordados. Nota-se, portanto, que o cliente tem uma grande margem de escolha do banco que eventualmente melhor servirá os seus interesses, assim como o banco tem liberdade de aceitar ou não contratar com aquele sujeito em particular, ainda que, aceitando, não é por essa via que fica vinculado a um dever geral de contratação em face de todas as operações bancárias possíveis, podendo haver casos concretos em que recuse a celebração de algum negócio jurídico bancário²⁴.

Com efeito, o contrato é, sem dúvida, o instrumento essencial de toda a actividade bancária, ou seja, só haverá lugar à produção dos efeitos jurídicos queridos pelas partes quando ambas – o banco e o seu cliente – cheguem a acordo sobre todas as cláusulas sobre as quais

22 Infra, 3.1.

23 Cfr. Ac. STJ de 18/11/ 2008. É colocado em destaque no sumário deste acórdão que “a relação bancária – relação do Banco com o seu cliente – iniciando-se, normalmente, com a celebração de um contrato de abertura de conta, intensifica-se ao longo do tempo, envolvendo-se numa relação contínua que, podendo ser preenchida com os mais diversos negócios, mantém, todavia, uma certa unidade, configurando-se, assim, como uma relação contratual duradoura”. A solução não podia ser mais correcta e conforme com o sistema bancário actual: ambas as partes assumem direitos e obrigações da mais diversa natureza, transitando-se facilmente da posição de credor para a de devedor, sendo que tal se observa *in casu* e não abstractamente, ou seja, só em face da situação jurídica concreta é que se pode observar quem é credor e quem é devedor.

24 Mais uma vez o contrato de abertura de conta terá importância para determinar, por exemplo, se haverá lugar ou não à celebração da convenção de cheque.

uma delas tenha julgado necessário o acordo, em conformidade com o disposto pelo art.º 232.º, sendo de aplicar a doutrina do art.º 227.º, bem como do art.º 762.º, porque o dever de actuar reciprocamente de boa fé, desde a negociação do contrato até à sua conclusão, perpassa toda a relação negocial.

No direito da banca o contrato é um instrumento jurídico apto à prossecução dos interesses queridos pelas partes²⁵ e é por ele que, como vimos, se inicia a relação jurídica bancária entre o banco e o seu cliente, sem prejuízo das múltiplas operações acessórias que o banco põe ao dispor da contraparte que contribuem para revelar a importância que o contrato desempenha²⁶.

É no decurso da relação bancária – do *contrato bancário base* – que surgem os mais diversos negócios jurídicos, ficando a caber a cada uma das partes a posição de credor ou de devedor, conforme seja apresentada a fisionomia do caso concreto.

Esta relação, por força da sua própria estrutura e natureza, tende a ser efectivamente flutuante, algo que só é conseguido pelo facto de, como temos vindo a sublinhar, ter um carácter duradouro, dentro do qual vão nascendo outras situações negociais, estas ligadas entre si, não só por um vínculo contratual, mas não menos importante, por um toque fiduciário, havendo, em última instância, uma recondução ao mandato²⁷. Toque fiduciário o qual vai apresentando cada vez maiores e nítidos contornos, tal pelo facto de estar subjacente a uma relação daquele tipo.

Muitas vezes, e como decorrência directa desse estado de coisas, há um acordo tácito entre as partes sobre determinada matéria no domínio da relação bancária. O que não deixa de ser compreensível em virtude de um conhecimento mútuo entre as partes e haver entre elas

25 Cfr. CARLOS LACERDA BARATA, “*Contrato de Depósito Bancário*”, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, Vol. II, Almedina, 2002, p. 8.

26 Operações essas que muitas vezes são mera decorrência do sistema de giro bancário, através do qual o banco oferece ao seu cliente um vasto leque de serviços de caixa.

27 Cfr. MENEZES CORDEIRO, “*Manual...*”cit., p. 417.

uma grande dose de reciprocidade na confiança²⁸, não fosse pelo facto de a relação jurídica bancária ser uma relação de carácter duradouro, em conformidade com o já referido e actual Ac. STJ de 18/11/2008²⁹.

3.1. O depósito bancário de disponibilidades monetárias. O banco como devedor. Uma operação passiva.

O depósito bancário de disponibilidades monetárias³⁰ tem uma relevância por demais evidente no seio do direito bancário, dado que é por ele que o banco angaria os fundos necessários do financiamento das suas operações activas, ou seja aquelas em que o banco actua no tráfego jurídico como credor (art.º 2.º, n.º 1 e art.º 9.º)³¹, mediante a concessão de crédito.

À parte da sua relevância em termos de disciplina jurídica e respectiva qualificação é preciso deixar assente que o depósito bancário aparece, genericamente, como sendo como um contrato conhecido

28 Basta pensar no caso em que o depositante tem duas contas no banco e saca sobre uma delas um cheque, que, por seu lapso, não tem fundo suficiente para o pagamento desse meio de pagamento.

Sabendo que isso é uma situação pontual o banco, porque confiando no seu cliente, cumpre a ordem e procede à compensação unilateral de fundos com um outro depósito com saldo suficiente para cobrir aquele montante. Neste caso parece haver, entre as partes, um acordo tácito no sentido de concessão de crédito, por admissão de um descoberto em conta, extinguindo-se este de imediato pela compensação entre uma e outra, aplicando-se, sem reservas, as regras previstas no CC relativas a este modo de extinção de obrigações [contratuais, neste caso].

Outra hipótese que se pode pensar, sem que possamos estar perante um qualquer negócio de concessão de crédito pela via acima descrita é a que opera pelo facto de haver lugar à compensação, em virtude da existência da conta-corrente bancária. Cfr. MENEZES CORDEIRO, “Manual...”, cit., p. 418 e seguintes.

29 Supra, nota 23.

30 Na referência unitária a depósito bancário sem que haja nada em contrário é de entender que nos referimos ao de disponibilidades monetárias, salvo se outra interpretação resultar do texto.

31 Há outras que não cuidaremos de analisar, nomeadamente o depósito em cofre-forte, depósito de títulos, etc. V. CARLOS LACERDA BARATA, “Contrato...”, cit., p 10 e ss.

em termos gerais pela comunidade. De facto o “público” conhece a sua disciplina jurídica, sem se importar com os seus termos, pois que sabe em que base assenta: ou seja – que o banco é obrigado a devolver o montante *depositado* acrescido de juros [se os vencer], no termo do prazo e ainda que – muito actual! – tem que garantir os *depósitos* até certo valor. Agora se é um depósito irregular, um mútuo ou um contrato em si mesmo considerado não releva para a comunidade geral. Interessa isso sim realçar que é um contrato conhecido quanto aos seus efeitos que, em termos genéricos, são os mesmos de banco para banco.

Terminado este brevíssimo excursus voltemos ao plano jurídico.

Deixámos atrás nota que o contrato de depósito bancário é passível de diversas qualificações. A sua natureza é controvertida, por não se encontrar especificamente previsto na lei. É uma construção assente nos usos e na doutrina, levantando-se os maiores problemas na sua qualificação: saber se é um verdadeiro depósito nos termos do art.º 1185.º ou se, por outro lado é um efectivo contrato de mútuo³², para efeitos do disciplinado nos 1142.º e seguintes, se é um depósito irregular ou se é em si mesmo um contrato específico e privativo da prática bancária.

São estas as principais teses de qualificação do depósito bancário. Vamos analisá-las sumariamente.

No que toca a este domínio o legislador italiano foi mais cuidadoso, consagrando como contrato tipificado o contrato de depósito bancário, vindo regulado nos arts. 1834.º e seguintes³³ do

32 De todo o modo este contrato representa a principal operação típica da actividade bancária, pelo qual o banco assume uma posição de devedor. Neste sentido PITA Y LASTRES, “*El deposito bancario de efectivo*”, in *Contratos Bancarios e Parabancarios*, Lex Nova, 1998, p. 891 e ss.

33 No direito italiano o depósito bancário assume a natureza de um contrato típico, conforme decorre da análise das disposições que o regulam, as quais aparecem depois da disciplina geral do depósito.

O art.º 1834.º do *Codice* vem determinar que o banco adquire a propriedade dos fundos dos aforradores que lhe são entregues, ficando, por outro lado, obrigado à restituição do mesmo tanto e qualidade, no final do prazo que tiver sido estabelecido. Mais ou menos controverso, o legislador italiano foi claro ao disciplinar os seus traços de apresentação, ainda que se possam criticar os termos em que isso foi feito, dado que, em face da redacção desse preceito,

Codice. Contudo, é certo, antes de mais, que se nota uma marca inegavelmente forte do princípio da autonomia contratual, ainda que às vezes possa notar-se uma ligeira mitigação, por causa da posição de preponderância que o banco acaba por desempenhar neste domínio. Efectivamente, em face do seu “poderio económico”, o banco é, sem dúvida, a parte mais forte na relação jurídica bancária: os meios e recursos de que este dispõe serão muito maiores do que o do depositante comum que pouco ou nada alterará no clausulado que lhe é apresentado pelo banco³⁴.

Refira-se, antes de avançarmos, que o contrato de depósito bancário – qual que seja a modalidade que reveste e, no que concerne ao depósito de disponibilidades monetárias o que por ele se entende – surge como uma decorrência da abertura de conta. Esta corresponde ao negócio pelo qual é iniciada a relação jurídica bancária e a sua importância é por demais significativa, pois, por ela vão regular-se os diversos negócios jurídicos da prática bancária, sempre a ela subordinados, por ser de entender que não há relações bancárias gerais, sob pena de contrariedade à ordem pública, para efeitos do art.º 280.º³⁵. Mais ainda deverá ter-se em consideração que a abertura de conta traz consigo um conteúdo normativo – maxime o clausulado –, e por essa via todas as relações bancárias que surjam posteriormente, estarão naquela dependência, porque daquela são

parece mais que estamos perante um mútuo, por força da obrigação que sobre o banco recai, de ter que restituir, no fim do prazo, outro tanto da mesma espécie e qualidade. Mas é de apreciar a sua atitude em ter disciplinado o depósito bancário nos termos em que o fez, concebendo-o como uma figura próxima do mútuo, mas a ele não reconduzível, precisamente pelo facto de assumir uma categoria dogmática própria.

34 O contrato de depósito bancário obedece ao princípio da liberdade de forma, plasmado no art.º 219.º do CC, se bem que, neste domínio, as cláusulas contratuais gerais desempenharão um papel fundamental, na medida em que o banco fornece ao seu cliente um contrato previamente elaborado, ficando a liberdade do depositante praticamente limitada à possibilidade de aceitar ou não o que lhe é apresentado. Não obstante o interesse das cláusulas contratuais gerais acaba por ser determinante, pois que por elas permite-se uma “codificação” do direito bancário material.

35 Abordaremos novamente esta temática quando tratarmos da figura da fiança e da hipótese em que esta é constituída com cláusula omnibus.

precedidas e também porque pela abertura de conta é possível integrar e interpretar elementos dos negócios jurídicos subsequentes. Em nota final a abertura de conta não aparece como contrato típico, mas antes pode ser reconduzida ao contrato de prestação de serviços máximo: o mandato^{36/37}. Tem, assim, um papel determinante.

O seu regime está dependente de uma manifestação de autonomia contratual da maior relevância: a de decidir constituir uma relação jurídica bancária, que vai determinar o surgimento dos mais diversos negócios jurídicos.

Conforme referido, o depósito bancário de disponibilidades monetárias não tem consagração legal expressa, ainda que se possa desde já afirmar que é por ele que o banco – sujeito passivo desta relação jurídica – adquire os fundos junto dos aforradores, para o usar nas suas operações activas fazendo-se assim jus ao art.º 2.º, n.º 1 do RGIC.

Genericamente o contrato de depósito bancário corresponde àquele em que há lugar à entrega a um banco de um montante de dinheiro ou de outros valores, ficando aquele obrigado à sua entrega assim que para tal solicitado³⁸, noção que é válida para todos os tipos de depósito.

Quanto ao depósito em geral, é necessário verificar que a sua noção consta do disposto pelo art.º 1185.º do CC, onde se refere que o depósito “é o contrato pelo qual uma das partes entrega a outra uma coisa móvel ou imóvel, para que esta a guarde e a restitua quando for exigida”.

36 Neste sentido: MENEZES CORDEIRO, “Manual...”, cit., p. 416 e 417.

37 A abertura de conta não tem, conforme referimos, uma disciplina jurídica própria, mas cumpre ter em consideração o Aviso do BP 11/2005 de 21 de Julho no que toca à condições gerais de abertura de conta de depósito bancário que codifica, em alguma medida, tais aspectos. No entanto a data deste diploma serve ainda para completar aquilo que acima dizíamos, no que toca ao conhecimento pelo público em geral em relação ao depósito bancário. De facto mesmo antes da existência e publicação deste aviso os depositantes conheciam já os termos gerais do instituto do depósito bancário, não se sentindo a necessidade de regular algo do conhecimento da comunidade jurídica. No mesmo sentido v. MENEZES CORDEIRO, “Manual...”, cit., p. 438 e seguintes.

38 PAULA PONCES CAMANHO, “Do contrato...”, cit., p 70.

Esta noção é perfeitamente válida para um contrato de depósito em cofre-forte³⁹, por exemplo. Mas é uma noção válida que serve os interesses do contrato de depósito bancário de disponibilidades monetárias?

Vimos já que os bancos, enquanto intermediários no crédito, recolhem junto do público as suas poupanças, para depois as usarem nas suas operações activas, ou seja, naquelas em que o banco se apresenta, não como devedor, mas antes como credor. Repetimos a questão: será que aquela noção tão ampla e generalizada cabe ao depósito de disponibilidades monetárias?

A resposta tem que ser negativa, donde tenhamos que fazer nossas as palavras de PAULA PONCES CAMANHO, optando por uma noção estrita de depósito bancário de *dinheiro*. Diz a autora que tal será “*o contrato pelo qual uma pessoa entrega uma quantia pecuniária a um banco, o qual dela poderá livremente dispor, obrigando-se a restituí-la, mediante solicitação, e de acordo com as condições estabelecidas*”⁴⁰.

Face a esta noção coloque-se nova interrogação. É o depósito de dinheiro um depósito em sentido do Código Civil? Mais uma vez respondemos negativamente.

O contrato de depósito é, para aqueles efeitos, um contrato de guarda e custódia, não produzindo efeitos reais, ficando o depositário pura e simplesmente obrigado ao que se dispõe no art.º 1187.º, não podendo, sequer, dispor do objecto depositado, como resulta do art.º 1189.º. Perante tal proibição – afastável, é certo – como pode o banco dispor do dinheiro depositado dos aforradores, para que o use nas suas operações activas?

Por essa via, parece que o instituto que melhor se coaduna com a estrutura do contrato de depósito bancário de dinheiro, como figura reconduzível a algum tipo legal, será com recurso ao contrato de mútuo, ainda que também possamos ir no sentido de o qualificar como um contrato em si mesmo, em face do conhecimento generalizado dos seus efeitos. Se optarmos por esta, não obstante, teremos que o integrar

39 Ainda que este contenha elementos de outros tipos contratuais como seja da locação, p. ex., que não cumpre aqui explorar.

40 PAULA PONCES CAMANHO, “*Do contrato...*”, cit., p. 93.

com elementos do contrato de mútuo que passamos, de seguida, a analisar, não sem antes de voltarmos a aplaudir a solução italiana que consagrou um contrato expressamente tipificado na lei civil.

O contrato de mútuo encontra a sua previsão legal nos arts. 1142.º e seguintes do CC e é o contrato pelo qual se entrega a outrem certa quantia monetária (o mais das vezes), obrigando-se a outra a restituir outro tanto, do mesmo tipo e qualidade, donde decorre que a obrigação de devolução é uma obrigação genérica, que se concentra quando escolhida pelo devedor – arts. 539.º e 541.º do CC.

A qualificação do depósito bancário como um mútuo traz enormes vantagens⁴¹, porque se afasta a natureza de obrigação específica subjacente ao depósito em sentido estrito: o “depositante” entrega 1000 euros ao banco e este fica obrigado a devolver 1000 euros e não “aqueles” 1000 euros. E mais: sabemos que o contrato de mútuo é um contrato translativo da propriedade, o que vai influir no facto de permitir a obrigação que dele resulta como uma obrigação genérica – art.º 1144.º, conjugado com o art.º 408.º, referindo-se que a propriedade opera por mero efeito da celebração do *contrato de depósito bancário*.

Visto o depósito bancário de dinheiro como um mútuo é, então possível que o banco proceda à sua actividade de intermediação no crédito: com efeito, ao recolher as poupanças dos aforradores e fazendo-as suas, pode, licitamente, usar esses saldos nas suas operações activas, através da concessão de crédito àqueles que dele necessitem, restituindo o saldo aos aforradores, montante acrescido de juros (art.º 559.º) – caso de mútuo oneroso – sendo o mutuário a pagar os juros ao mutuante: o banco ao seu cliente.

No sentido de qualificar o depósito de disponibilidades monetárias vai a doutrina maioritária, entre os quais se contam MENEZES CORDEIRO e PAULA PONCES CAMANHO⁴², ainda que o primeiro caminhe

41 Bem como contrato em si mesmo, integrável pelo mútuo.

42 Obras e locais citados para ambos os autores.

No que toca a MENEZES CORDEIRO cumpre notar que o autor chega a esta conclusão por um caminho mais complexo, dado que inicialmente afirma que se trata de um contrato socialmente típico, ainda que por essa via, tenham quem lhe ser aplicadas as normas do contrato de mútuo, em vista das quais o banco pode desempenhar a sua actividade típica.

pelos domínios da qualificação do contrato de depósito como um contrato em si mesmo, precisamente pelo facto deste ser conhecido da comunidade em geral, ainda que reconheça, com efeito, que apesar disso, deverá haver uma recondução ao mútuo em sede de disciplina jurídica do instituto

A qualificação jurídica de um depósito bancário, não é, portanto fácil. Desde logo, doutrinariamente, temos um sem número de opiniões – que passamos agora brevemente em revista – que qualificam o contrato em apreço como um contrato em si mesmo socialmente típico, sem regulação específica, ainda que para isso tenham que se lhe aplicar as regras do mútuo, como um verdadeiro mútuo nos termos e para os efeitos da disciplina jurídica do CC, outros como VASCO LOBO XAVIER e, de certa forma, MENEZES CORDEIRO consideram-no como um contrato em si mesmo, não reconduzível a nenhum outro tipo contratual, sendo antes “*um contrato forjado na prática bancária*”⁴³ e ainda como sendo um depósito irregular que é aquele que tem por base uma coisa fungível, nos termos do art.º 1206.º do CC, cuja solução é defendida e preconizada por ANTUNES VARELA⁴⁴.

De todo o modo aproveitamos o ensejo de qualificar o depósito bancário para reforçar a nossa opinião no sentido de louvar a solução do legislador italiano que consagrou um específico contrato de depósito bancário com regulação própria no *Codice*. Se entre nós houvesse tal solução a disputa doutrinária não se perderia na questão de saber efectivamente o que é um depósito bancário, mas antes de criticar construtiva ou negativamente os temos dessa noção.

Não obstante, seja por qual das teorias optemos temos sempre que ter em vista a função do depósito bancário: por ele permite-se que os bancos actuem no tráfego jurídico, praticando a actividade a que estão adstritos, a qual lhes é atribuída pelo art.º 2.º do RGIC: a intermediação no crédito.

43 Cfr. VASCO LOBO XAVIER, Anotação ao Ac. STJ de 5 de Março de 1987, in RDE, 1988, p. 300 e ss.

44 Cfr. ANTUNES VARELA, “*Depósito Bancário*”, in Revista da Banca, 1992, p. 49, apud PAULA PONCES CAMANHO, “*Do contrato...*”, cit., p. 168.

Na prática, a questão resume-se a isso: permitir que os bancos actuem no mercado, recolhendo as disponibilidades monetárias junto dos aforradores, para depois as usarem nas suas operações activas, para as quais estão [profissionalmente] vocacionados.

Daí a valia das diversas argumentações: todas vão no sentido de, a final, reconhecer que o banco pode intervir no tráfego jurídico recolhendo fundos para os rentabilizarem mediante o pagamento de juros.

4. Operações activas do banco e a prestação de garantias

Analisemos agora a matéria das operações activas do banco, pelas quais utiliza as poupanças dos seus clientes, por conta própria, mediante a concessão de crédito aos operadores económicos que dele necessitem, bem como a particulares que se vejam numa situação em que tenham que recorrer ao crédito para satisfação dos seus interesses pessoais, fazendo assim jus à aplicação do importante art.º 2.º do RGIC.

Claro que o banco vai conceder esse crédito em certas e determinadas condições, nos termos que venham a ser contratualizados pelas partes, cobrando, nomeadamente um juro, como forma de retribuição e mediante certo prazo, exigindo ainda a *prestação de garantias*.

Colocado na posição de credor, com toda a legitimidade, pode exigir do seu devedor que este preste uma garantia de qualquer tipo, mas que seja idónea à satisfação dos interesses do sujeito activo, em face do [eventual] incumprimento do devedor, aumentando assim as possibilidades de satisfação do crédito que adquira.

As operações do banco como sujeito activo são da mais diversa natureza, mas revestem sempre a natureza de actos de comércio para efeitos do disposto no art.º 2.º do CCom.: com efeito o art.º 362.º determina que todas as operações de banco têm natureza comercial, ainda que sejam reguladas pelas disposições especiais relativas a qualquer tipo contratual que esteja em causa, conforme o que é acrescentado pelo artigo seguinte daquele diploma.

Assim, pela sua natureza, os actos praticados pelo banco serão sempre actos objectivamente comerciais, por virem expressamente

previstos na legislação mercantil, ainda que, conforme vimos, a disciplina jurídica dos contratos em concreto possa vir prevista noutra legislação que não a mercantil – maxime, o direito civil – mas por força da especialidade do direito comercial, então haverá que atribuir a esses actos a relevância do direito comercial, em especial no que toca à sua maior simplicidade dos termos.

Dentro de todos esses actos de comércio assume particular importância para o nosso estudo o contrato de mútuo, por ser através dele que o banco exerce a sua actividade de intermediação no crédito.

Não esqueçamos, também, que no âmbito da sua posição activa o banco pode – ele próprio – prestar garantias a um beneficiário, em nome do seu cliente, assumindo assim uma veste de sujeito activo nas relações que se estabelecem com o cliente e de sujeito passivo, no caso de ter que pagar em face do terceiro.

Antes de desenvolvermos estes tópicos parece oportuno introduzir, por ser de ordem geral, um capítulo relativo à garantia geral da obrigação. É o que faremos.

5. Garantia geral das obrigações

Um dos princípios fundamentais do direito privado é o que determina que a garantia geral das obrigações do sujeito passivo é o seu património⁴⁵, podendo ser, nos termos do CPC, executado, em vista à satisfação dos interesses do credor, que tenha essa posição derivada da celebração de um contrato, ou a um qualquer facto ilícito que o faz titular de um direito a indemnização.

É nessa base que reside o art.º 4.º, n.º 3 CPC, onde se prescreve que são “*acções executivas aquelas em que o autor requer as providências adequadas à reparação efectiva do direito violado*”.

Este preceito articula-se – como aliás não poderia deixar de ser – com o direito substantivo, pois o CC determina que “*pelo cumprimento da obrigação respondem todos os bens do devedor susceptíveis de penhora...*” (art.º 601.º), completando este dispositivo

45 Funcionando inclusivamente como um dos elementos essenciais da relação obrigacional – art.º 397.º

o art.º 817.º, no sentido de plasmar que “*não sendo a obrigação [a que o devedor está adstrito]*⁴⁶ *voluntariamente cumprida, tem o credor o direito de exigir judicialmente o cumprimento e de executar o património do devedor, nos termos declarados neste código e nas leis de processo*”, sendo de aplaudir, neste particular aspecto, a solução do legislador português, que optou pela simplicidade dos termos, porque, por sua banda, o legislador italiano no art.º 2740.º do *Codice* usou termos de interpretação mais complexa.

Está, assim consagrada a figura da garantia geral do cumprimento das obrigações, de conteúdo patrimonial, que acompanha a obrigação desde o seu nascimento até à sua extinção, seja por cumprimento voluntário, ou involuntário⁴⁷.

Tem tanta importância que, por tal motivo, o legislador consagrou, nos arts. 605.º e seguintes uma série de meios de conservação da garantia patrimonial que visam esse objectivo determinado: evitar que o património do devedor fique diminuído, impedindo-se assim a possibilidade de satisfação dos interesses do credor⁴⁸.

46 Esta referência é nossa.

47 Cfr., neste sentido, ANTUNES VARELA, “*Das obrigações em geral*”, Vol. II, 7ª Ed., Almedina, 2004, p. 420, onde refere incisivamente que esta *garantia* acompanha toda a vida da relação obrigacional, citando na nota 1 da p. 429 FRAGALI, dizendo este último que o património é antes a “*garantia genérica*”, acentuando assim que o património do devedor não é um verdadeiro direito de garantia, mas antes o meio normal de realizar os direitos do credor. MENEZES LEITÃO, “*Garantias das Obrigações*”, 1ª Ed., Almedina, 2006, p. 74, nota 159 refere que há autores que pretendem afastar o conceito da responsabilidade patrimonial do conceito de garantia, preferindo reservar este último para o conceito de “*garantia especial das obrigações*”, acabando por concluir que a integração da responsabilidade patrimonial no conceito de garantia das obrigações é inteiramente justificada. Efectivamente é o que faz sentido, pelo facto de ser esse conjunto de bens que está adstrito ao cumprimento da obrigação, mesmo que o cumprimento seja voluntário: pense-se que A está obrigado a pagar a B mil euros e fá-lo voluntariamente. Se notarmos bem foi o seu dinheiro, o seu *património* que *garantiu* aquela obrigação.

No mesmo sentido GALVÃO TELLES, “*Garantia Bancária Autónoma*”, O Direito, Ano 120, 1988, Vol. III, p. 275 e 276.

48 Quanto à matéria que compõe a garantia geral diremos, tão-só que é composta por todos os direitos e obrigações do devedor que sejam susceptíveis de penhora, nos termos da lei processual civil, o que também concerne ao processo de

6. O Contrato de mútuo como contrato de crédito. Subjacente: a fiança.

O contrato de mútuo tem consagração legal expressa, vindo regulado nos arts. 1142.º e seguintes do Código Civil.

Cumprе, antes de mais, referir que neste capítulo vamos analisar o contrato de mútuo enquanto contrato de crédito de ordem geral, pelo qual o banco *empresta* a outrem determinada soma de dinheiro, ficando assim na veste de credor. Ora, só por esta breve introdução decorre que a análise será completamente inversa à que fizemos quando tratámos de qualificar o contrato de depósito bancário, no âmbito do qual estamos face a um mútuo⁴⁹. Aqui as posições de credor e devedor invertem-se. Com efeito, no depósito, o banco ocupa uma posição de mutuário e por essa via está numa posição de subordinação face ao seu credor; aqui, por sua banda, o banco apresenta-se como mutuante, ficando, pela inversa, aquele que é credor no depósito bancário, investido na posição de devedor, na medida em que tem que restituir ao banco o que lhe tiver sido mutuado.

Analisemos então o regime da figura do contrato de mútuo como contrato de crédito.

Também este surge na decorrência da abertura de conta, donde mais uma vez se retira a sua importância fundamental em todo o domínio do direito bancário.

Vem previsto pelos arts. 1142.º e seguintes do CC e é um dos principais contratos de financiamento utilizáveis na *praxis* bancária.

Por ele o banco entrega ao mutuário certa soma de capital, que este irá utilizar nas suas operações económicas e pessoais, fazendo seu esse dinheiro, ainda que fique obrigado a restituir ao banco outro tanto do mesmo género e qualidade, dado que também aqui estamos face a uma obrigação genérica: veja-se a articulação entre os arts. 1142.º, 1144.º, 539.º e 541.º, que vão neste exacto sentido.

insolvência no que respeita à composição da massa insolvente, nos termos do art.º 46.º do CIRE. Uma análise mais aprofundada extravasaria o âmbito do nosso estudo. Façamos, contudo, uma referência bibliográfica de ordem geral: v. JOSÉ LEBRE DE FREITAS, "*A acção executiva – Depois da reforma*", 4ª Edição, Coimbra Editora, 2004.

49 Ou a um contrato em si mesmo, mas integrável por esta disciplina jurídica.

Como mutuário o devedor fica obrigado a restituir ao banco aquilo que lhe foi emprestado, ainda que acrescido de juros, dado que o contrato de mútuo pode ser oneroso, funcionando isso como retribuição do banco, compensando-se a sua impossibilidade de fruição do capital. Ora, sabemos que os bancos são comerciantes, porque empresas ([sociedades]) comerciais. Por tal circunstância é natural que o juro por eles cobrado nas suas operações activas seja mais elevado do que aquele que é pago nas operações passivas, residindo na diferença a sua margem de lucro e, porque sendo sempre o banco quem tem o papel determinante na formação dos negócios jurídicos bancários em face da sua própria natureza, é perfeitamente normal (e lícito!) que isso aconteça. Mais uma vez nota-se a preponderância do banco na formação do conteúdo do clausulado contratual.

Claro que quando os bancos estão investidos numa posição activa da relação jurídica exigem garantias à sua contraparte, o que decorre da qualidade por si ocupada no tráfico jurídico-bancário. A hipótese inversa não se verifica. Assim o sujeito activo da relação – no caso o depositante comum – terá que se contentar com o património do banco para satisfazer os créditos que tenha sobre ele. Resta saber se é suficiente... Poderão agora, mais do que nunca, os depositantes começar a exigir a prestação de garantias aos próprios bancos? Ou não estará tal fenómeno no expoente máximo de actualidade? Isto porque, mesmo quando o banco presta garantias a um seu cliente, para reforçar a sua posição, cobrará um preço para isso mesmo... Ficam em aberto estas questões⁵⁰...

7. Garantia especial: a fiança e suas modalidades

O legislador português, a par de outros, tomou consciência de que o património do devedor pode não ser suficiente para garantir o cumprimento das suas obrigações, daí a consagração de uma série

50 Não resistimos a citar a bem humorada ironia de JÚLIO GOMES numa aula de Contratos Cíveis no curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais da Universidade Católica Portuguesa, Centro Regional do Porto: “*Quem não tem dinheiro, não tem vícios, com excepção dos bancos, que, não tendo dinheiro têm vícios, porque o Estado paga*”.

de garantias especiais das obrigações, que podem ser de carácter pessoal ou real.

A fiança, objecto do nosso estudo, é uma garantia especial das obrigações de carácter pessoal, tal como se dispõe no art.º 627.º, tendo como correspondência no direito alemão os §§765 e seguintes do BGB, preceito que começa por determinar que “*pelo contrato de fiança, fica o fiador obrigado perante o credor, a garantir o crédito de um terceiro, em caso de incumprimento deste*”, retirando-se a importante nota do *toque contratual* subjacente à figura em apreço.

Além dos aspectos contratuais a fiança reúne outras características que são importantes, como seja a acessoriedade em face da obrigação principal⁵¹.

Antes de mais notemos que é uma obrigação especial, dado que se destina a reforçar a garantia geral da obrigação – o património do devedor –, em benefício de um credor determinado. É prestada por terceiro, onerando este contratualmente a sua *garantia geral*, a qual fica adstrita ao cumprimento das obrigações do devedor^{52/53}, ainda que possa, como qualquer devedor, limitar a sua responsabilidade, lançando mão do mecanismo do art.º 602.º

O art.º 627.º adianta que “*o fiador garante a satisfação do direito de crédito, ficando pessoalmente obrigado perante o credor*”, acrescentando-se no número seguinte que a sua obrigação é *acessória* da obrigação principal, o que significa que os vícios desta são transmissíveis à de garantia.

A prestação de fiança decorre da celebração de um contrato, como fonte da obrigação. Nesse sentido aponta o art.º 628.º, que determina que a fiança deve ser expressamente prestada, em decorrência de uma proposta contratual que lhe tenha sido dirigida nesse sentido, afastando-se a possibilidade de aceitação por via tácita, ou

51 Veremos que a acessoriedade pode ser substituída pela autonomia, quando a fiança é estabelecida à primeira solicitação, caso de grande aproximação à garantia bancária autónoma, ainda que depois a recupere novamente.

52 Cfr. MENEZES LEITÃO, “*Garantias...*”, cit., p. 117.

53 Sendo esta a sua principal vantagem: junta-se um novo património às possibilidades de satisfação do interesse do credor.

pelo silêncio⁵⁴, acrescentando-se no Ac. STJ de 04/10/2007 que a prestação de fiança “*tem de resultar directamente da declaração do fiador e não de deduções, presunções ou inferências*”.

Em face deste toque contratual, a fiança deve observar a forma da obrigação principal, quando esta careça de alguma, o que significa dizer que a regra geral da liberdade de forma é integralmente mantida e assegurada, só se afastando nos casos específicos previstos na lei – art.º 219.º⁵⁵.

Questão controversa é a de saber se a fiança pode ser prestada por negócio jurídico unilateral, ou seja, quando determinada pessoa com interesse ou sem ele, decida vincular-se em benefício do credor, garantindo assim a obrigação. Deve isso admitir-se como válido ao abrigo da regra do art.º 767.º, pelo facto deste permitir o cumprimento da obrigação, quer pelo devedor, quer por terceiro, o que parece estar em conformidade com os interesses do credor que pretende ver o vínculo extinto e o seu interesse satisfeito^{56/57}.

Prestada a fiança, nasce uma nova obrigação, que se torna acessória da obrigação principal, o que vai influir no conteúdo de diversas matérias reguladoras da disciplina, pelo facto de se

54 Arts. 217.º e seguintes. Importa referir que, por estarmos no domínio de um contrato, a proposta contratual e a aceitação estão reguladas pelos arts. 224.º e seguintes, notando-se que – e aqui com particular importância – contrato de fiança só se concluirá quando as partes acordarem sobre todos os pontos que uma delas tenha julgado necessário o entendimento (art.º 232.º), o que acontecerá o mais das vezes pela possibilidade de limitação da responsabilidade ao abrigo do art.º 602.º

55 Por sua banda, no direito alemão a exigência de forma escrita está sempre presente. Dispõe-se, com efeito, no §765, n.º 2 que para a validade do contrato de fiança, por razões de segurança do fiador, a forma escrita é sempre exigida, sob pena de nulidade (§§125 e ss BGB).

56 Neste sentido, Ac. STJ de 04/10/2007, onde se dispõe que “*embora a lei não o diga expressamente, a fiança poder ser constituída não só por contrato, mas também por negócio jurídico unilateral*”, referindo-se ainda que VAZ SERRA, nos trabalhos preparatórios do CC defende claramente esta solução, sendo que esta jurisprudência segue a tradição iniciada pelo Ac. STJ de 11/02/1988.

57 Em sentido oposto, de acordo com o qual só pode ser prestada por contrato v. ROMANO MARTINEZ, “*Garantias Bancárias*”, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, Vol. IV, cit., p. 267

apresentar na “*dependência estrutural e funcional da obrigação do devedor, sendo determinada por essa obrigação em termos genéricos, funcionais e extintivos*”⁵⁸.

A característica da acessoriedade tem também importância para determinar a sua invalidade, no caso de a obrigação principal também o ser – art.º 632.º, n.º 1 –, tal pelo facto de esta garantia ter o conteúdo daquela (art.º 634.º), o que influi ainda na possibilidade que o fiador tem de invocar meios de defesa que compitam ao devedor principal, nos termos do art.º 637.º⁵⁹.

Reúne também outra característica enformadora do instituto que é a subsidiariedade. Esta traduz-se, por seu lado, na possibilidade que o fiador tem de invocar o benefício da excussão prévia, conforme o preceituado pelo art.º 638.º, ou seja, permite-se que o garante se oponha à execução dos seus bens, exigindo que, antes desse património, sejam executados os bens do principal devedor, e só depois disso, executado o remanescente da obrigação – se o houver –, atingindo-se, desta feita, o seu património, donde se retira, face a esta possibilidade, a maior diferença face ao aval⁶⁰.

Contudo não é necessário que assim seja, pois este benefício é renunciável conforme resulta da redacção do art.º 640.º a), caso em que a obrigação passará a ser de carácter solidário, nos termos do preceituado pelo art.º 512.º, notando-se uma aproximação à outra garantia pessoal supra referida: o aval.

A fiança, não obstante a sua valia como garantia especial e pessoal das obrigações, tem alguns perigos. Desde logo surge uma alteração superveniente da situação de solvabilidade do garante. Por esse circunstancialismo a lei permite que seja constituída uma sub-fiança – art.º 630.º – pela qual aparece um segundo fiador que presta fiança perante o devedor, estabelecendo-se um novo nível de garantia, que goza dos tópicos essenciais caracterizadores da fiança. Estamos, portanto, face a um terceiro garante: o devedor principal,

58 Cfr. MENEZES LEITÃO, “*Garantias...*”, cit., p. 120.

59 Todo este princípio da acessoriedade vai ser desenvolvido no próximo capítulo, a propósito do fiador como garante.

60 *Infra*, 5.3.

o fiador e o sub-fiador que gozará do benefício da excussão prévia num segundo grau de execução das garantias.

Esta possibilidade explica-se porque no dia em que assume a obrigação o fiador vive numa determinada situação de solvabilidade e tem um património que oferece segurança, mas na data em que tiver que cumprir, o seu património pode ter sofrido uma grande desvalorização. Ora, no intuito de salvaguardar o interesse do sujeito activo, permite-se que outro afiance o fiador, aumentando assim as possibilidades de satisfação do crédito⁶¹, por ser junta à primeira uma segunda garantia geral de cumprimento.

Próximo da subfiança aparece-nos a retrofiança.

A retrofiança não tem consagração legal, nem no CC, nem no BGB, sendo antes, nos dois sistemas legislativos, uma construção doutrinária da maior importância.

Como fiança que é tem uma função de garantia, mas aqui visa garantir-se o próprio fiador. Ou seja: há lugar à criação de uma nova fiança que tem como objectivo proteger o crédito que o fiador adquira contra o primitivo devedor, por via e pelos efeitos da sub-rogação legal⁶² – art.º 591.º –, funcionando, portanto, como um acréscimo de garantia pelo qual é protegido o próprio fiador contra a falta de solvabilidade do devedor, depois de ter sido sub-rogado nos direitos do primitivo credor.

A retrofiança gozará das mesmas características já analisadas a propósito do instituto em geral, mormente as características da acessoriedade e subsidiariedade face à obrigação principal⁶³.

61 Para que o património do fiador desvalorize, deixando de ser uma efectiva garantia, não estamos a pensar sequer na possibilidade de ter praticado actos voluntários e com o intuito de prejudicar o credor, porque esses actos seriam impugnáveis nos termos gerais. O desvalor do seu património pode ter-se dado por factores absolutamente lícitos, como p. ex. ter sentido necessidade de vender a sua casa, para poder pagar os tratamentos de algum membro do seu agregado familiar, ou dele próprio. Naturalmente que nesta hipótese não se vê qualquer voluntariedade para prejudicar o credor, falhando os requisitos da pauliana.

62 *Infra*, 7.1.

63 Cfr. MENEZES LEITÃO, “Garantias...”, cit., p. 131 e ss.

Distingamos agora a fiança da garantia bancária autónoma, em especial quando é estabelecida à primeira solicitação^{64/65}.

As figuras são semelhantes, mas os seus campos de aplicação são relativamente diferentes, porque quando determinado sujeito celebra, junto de um banco, um qualquer contrato de mútuo, este exigirá a prestação de uma garantia, onde se inclui a fiança. No entanto, se o devedor celebrar um contrato com outrem e não com o banco, pode o terceiro credor requerer que o devedor apresente uma garantia bancária autónoma, pela qual o banco assume a vínculo de cumprir a obrigação, por nela ser parte. O fenómeno é, portanto, inverso ao anterior.

Vejamos.

Tal como a fiança a garantia bancária autónoma é uma garantia pessoal, através da qual um banco assume a obrigação de garantir o crédito de um devedor, face a um seu credor, emprestando o seu peso e reputação junto do público, o que se explica pela sua dimensão e maior liquidez do que um normal garante⁶⁶.

Também aqui a liberdade contratual representa um enorme ponto de equilíbrio entre as partes, dado que são elas que têm ao seu dispor a faculdade de fixar os termos em que a garantia vai operar, determinando ainda os direitos e obrigações que qualquer das partes pode opor uma à outra.

Como garantia autónoma que é, quer isso significar que o garante não pode opor ao credor quaisquer meios de defesa que resultem da obrigação principal, obrigando-se o banco a pagar ao beneficiário o valor subjacente ao incumprimento ou ao mau cumprimento do

64 On first demand.

65 Como aliás refere JANUÁRIO GOMES, "*A fiança à primeira solicitação*", in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, Vol. IV, Almedina, 2002, cit., p. 833 e seguintes é a este propósito que se levantam os maiores problemas de articulação, precisamente pelo facto de a fiança ter como característica essencial a acessoriedade face à obrigação principal, mas por ser estabelecida à primeira solicitação, então reunirá a característica da autonomia, típica de outras garantias pessoais

66 Neste sentido, GALVÃO TELLES, "*Garantia...*", cit., p. 281 e ss.

contrato⁶⁷, assegurando um determinado resultado⁶⁸, donde se retira o carácter da *autonomia* desta garantia pessoal, o que funciona como ponto de afastamento da figura da fiança que não é autónoma, mas antes acessória, conforme acima cuidámos de verificar

A garantia bancária autónoma tem natureza causal: reside na existência da obrigação garantida e tem cariz contratual, ainda que não sinalagmático, pelo facto de só se gerarem obrigações para o banco, não havendo qualquer reciprocidade nas prestações⁶⁹.

O seu maior ponto de aproximação com a fiança é no caso de uma e outra serem estabelecidas à primeira solicitação, hipótese em que, quer o banco, quer o fiador devem pagar a obrigação assim que sejam para isso interpelados pelo beneficiário.

No primeiro caso o banco deverá cumprir a sua obrigação, nos termos em que se tiver obrigado, sem que possa opor quaisquer meios de defesa, ainda que, nos casos de manifesta má fé – que não basta ser alegada, tendo antes que ser manifesta⁷⁰ – possa recusar o pagamento⁷¹.

Por sua banda, no caso da fiança à primeira solicitação, o fiador deverá também pagar assim que interpelado. Mas neste domínio é preciso não esquecer que a fiança é acessória da obrigação principal e é sua característica essencial. Então como resolver? A doutrina tem vindo a aceitar que as partes acordam na suspensão da acessoriedade, abdicando o fiador de poder invocar os meios de defesa que decorram da obrigação principal, que ao devedor compitam⁷²: ou

67 Idem, p. 283.

68 Efectivamente estamos no domínio das obrigações de resultado, pois o banco garante o cumprimento, podendo ser chamado a satisfazer os direitos do devedor principal.

69 Idem, p. 287. Não esqueçamos, contudo, que também há relações que se estabelecem entre o banco e o garantido, sendo que aqui parece fazer mais sentido considerar-se que o negócio jurídico subjacente é de carácter sinalagmático, dado que se geram direitos e obrigações para ambas as partes.

70 Mas provada, nos termos gerais.

71 Idem, p. 289.

72 Cfr. MENEZES LEITÃO, “Garantias...”, cit., p. 132 e 133. Acrescenta o autor que devemos interpretar a vontade das partes, no sentido de quererem celebrar um contrato de fiança ou de garantia bancária autónoma. Além do mais, acrescentamos nós, que será de ter em atenção a posição que as partes ocupem na relação jurídica.

seja – torna-se autónoma no momento do cumprimento da obrigação, recuperando, posteriormente, a acessoriedade do seu conteúdo na potência dos seus termos.

Mais importante a propósito desta matéria aparece o problema da denominada fiança geral, ou fiança com cláusula omnibus.

O art.º 628.º consagra a possibilidade de a fiança ser constituída em face de obrigações futuras ou condicionais, algo completado pelo disposto no art.º 654.º

Tal situação acarreta, naturalmente, perigos graves para o fiador, dado que, no momento em que presta a garantia a situação de solvabilidade do devedor é uma, quando na altura em que é demandado para proceder ao pagamento a sua situação é completamente diferente, donde há limitações importantes⁷³ à aplicabilidade da figura e seus requisitos.

O problema tem vindo a ser colocado, quer na doutrina, quer na jurisprudência, tendo a polémica culminado com um AUJ, no sentido da admissão da figura, desde que com apertados requisitos no sentido da determinabilidade do seu objecto (v. Ac. referido no DR N.º 57, I Série A, de 08 de Março de 2001).

Resulta do art.º 280.º que as obrigações, para não serem nulas, têm que ser determináveis, ou seja, no momento da sua constituição pode a prestação não estar determinada, mas dela têm que resultar critérios que a tornem como tal.

MENEZES CORDEIRO, comentando o Ac. STJ de 19/02/1991⁷⁴, anuncia já o problema de que, no domínio do direito bancário, a assumpção de uma garantia de fiança geral pode trazer problemas

Assim, se aparecer um banco a garantir, provavelmente estaremos face a uma garantia bancária autónoma, ainda que se deva concluir que o banco prestou fiança, em caso de dúvida, dado que a fiança tem consagração legal e a outra não. E também é preciso ver em benefício de quem está prestada a garantia: assim se for um particular que esteja obrigado perante o banco e tenha havido prestação de garantia por um terceiro, em princípio será uma fiança, ainda que seja possível que outro banco garanta aquela obrigação. Como vimos, só por interpretação é que chegaremos a alguma conclusão que ao caso de aplique.

73 Neste sentido, ANTUNES VARELA, “Das obrigações...”, cit., p. 511

74 In ROA, Ano 51, Tomo II, págs. 525 e seguintes, comentário ao Ac. STJ de 19/02/1991.

acrescidos, em face da própria estrutura do objecto negocial, em si mesmo complexo, onde não se admitem contratos gerais.

Acaba contudo por trazer à luz das suas palavras critérios que permitem acrescentar validade à fiança omnibus. Assim, dissecando o art.º 280.º, vem referir que a prestação “*será indeterminada, mas determinável, quando não se saiba, num momento anterior, qual o seu teor, mas não obstante haja um critério para proceder à determinação*”, sendo que, na falta desse(s) critério(s), como consequência, essa prestação será nula, o que é totalmente aplicável à fiança, dado o seu cariz contratual. Releva ainda mais no âmbito do direito bancário, porque as relações bancárias são complexas, de onde se traduz a impossibilidade de relações bancárias gerais, mas antes sempre determinadas. Sob pena daquela gravosa cominação.

Toda esta problemática foi resolvida no já citado AUJ que veio a decidir no sentido de ser “*nula, por indeterminabilidade do seu objecto, a fiança de obrigações futuras, quando o fiador se constitua garante de todas as responsabilidades provenientes de qualquer operação em direito consentida, sem menção expressa da sua origem ou natureza e independentemente da qualidade em que o afiançado intervenha*”⁷⁵.

Recentemente veio o Ac. STJ de 04/10/2007 decidir em sentido idêntico⁷⁶.

Cumpre, no entanto, não esquecer o seguinte: não obstante a fiança ter critérios gerais para proceder à sua determinabilidade, não é por essa via que deixa de ser nula. Basta pensar no caso em que os critérios de determinação ultrapassam em muito as normais capacidades económicas do fiador. Nesta hipótese será nula, não por indeterminabilidade do seu objecto, mas antes por ser contrária

75 Relativamente a este AUJ é interessante confrontar a argumentação do Cons.º. SOUSA INÊS, onde refere expressamente que este Ac. não resolve o problema de saber se é nula a fiança omnibus, precisamente porque só casuisticamente é que se poderá determinar se o seu objecto é indeterminado e indeterminável, acrescentando ainda que pode respeitar aqueles requisitos e ser nula por contrariedade com a ordem pública ou os bons costumes. Cfr. Apontamentos do Curso de Aptidão ao CEJ, Cons.º. AFONSO CORREIA, Universidade Católica, Outubro de 2007.

76 O que, na prática, não poderia deixar de ser...

aos bons costumes – art.º 280.º, n.º 1. O que fere de nulidade do negócio em causa

É preciso ter também em atenção os restantes requisitos, sob pena de serem esvaziados de conteúdo, algo que não pode ser tutelado pelo direito.

7.1. O fiador como garante

O fiador assume por contrato⁷⁷, a obrigação de satisfazer o crédito, em caso de incumprimento do principal devedor.

Sabemos que a obrigação se extingue com o seu cumprimento, nos termos do art.º 762.º, ou seja, na hipótese em que o devedor “realiza a prestação a que está vinculado”⁷⁸, e essa realização pode ser, nos termos do art.º 767.º, feita por terceiro, o que corresponde a um verdadeiro interesse do credor, pois que, não sendo a obrigação uma daquelas em que a pessoa do devedor é determinante, é-lhe indiferente saber se foi o devedor que cumpriu ou se foi outro que cumpriu em nome daquele, tenha nisso ou não interesse. Satisfeita fica a posição do credor que vê extinta aquela obrigação⁷⁹ e o vínculo jurídico que o ligava ao devedor.

Cumprindo a sua obrigação deverá então avisar o devedor que a cumpriu, sob pena de verificação da cominação prevista pelo art.º 645.º, n.º 1, extinguindo-se a fiança pela via da obrigação principal, sendo de notar mais toque da característica da acessoriedade da fiança em face do negócio jurídico garantido (art.º 651.º).

77 Ou por negócio jurídico unilateral como verificámos no citado Ac. STJ de 04/10/2007, desde logo por força do princípio subjacente ao art.º 767.º, de acordo com o qual a obrigação pode ser cumprida por terceiro, interessado ou não no cumprimento, o que irá, de certa medida, proteger o credor que tem vontade de ver extinto aquele vínculo jurídico, pelo que, por essa ordem de ideias, deverá ter-se como válida a solução deste acórdão.

78 Cfr. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, “Código Civil Anotado”, Vol. II, Coimbra Editora, 1967, anotação 1 ao art.º 762.º

79 Neste sentido, ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, “Código Civil Anotado”, Vol. II, Coimbra Editora, 1967, anotação 1 ao art.º 767.º

No plano das relações com o credor importa repetir que o fiador goza do benefício da excussão prévia, a não ser que a ele tenha renunciado, caso em que a obrigação se torna solidária, nos termos do art.º 512.º, sendo por isso lícito ao credor demandar qualquer um dos dois: ou o fiador, ou o devedor, ou ambos em litisconsórcio – voluntário –, nos termos da lei processual civil. Contudo, não tendo havido renúncia a tal benefício, a obrigação do fiador é conjunta, ou seja, poderá opor-se por meio de excepção peremptória de direito material⁸⁰, vindo a juízo⁸¹ exigir o esgotamento em execução do património do devedor, caso em que ficará ele responsável pelo remanescente – se o houver – ou pela totalidade da dívida, no caso de não haver bens suficientes no património do devedor para satisfazer o credor nos seus interesses.

Seja por uma via, ou por outra, o fiador que cumpra a obrigação extingue a obrigação, extinguindo-se também a fiança, nos termos do art.º 651.º, passando o fiador a estar na posição do primitivo credor por via da sub-rogação legal – art.º 644.º e 592.º e seguintes –, mas adquire tão só esse direito, não adquirindo qualquer direito a ser indemnizado por danos não patrimoniais, o que faz todo o sentido, em virtude da assumpção voluntária daquela obrigação, sabendo, à partida, os riscos que corria com semelhante manifestação de vontade⁸².

Pela sub-rogação e nos termos do art.º 593.º, o sub-rogado passa a ocupar plenamente a posição do credor, surgindo muitas vezes um “retrofiador” que garante o débito do antigo fiador e agora novo credor pela via de tal substituição de sujeitos na relação devedora nos termos analisados.

80 Não vemos como possa haver uma excepção dilatória de ilegitimidade singular, dado que o fiador será sempre parte legítima no que toca ao remanescente, pelo que a sentença fará sempre caso julgado contra ele e, como tal, constituirá, em benefício do credor, um título executivo, que lhe permite atacar o património do garante, no que concerne ao não satisfeito a expensas do principal devedor.

81 Ou mesmo extra-judicialmente.

82 Neste sentido decidiu correctamente o recente Ac. STJ de 04/12/2008: “O fiador, que pagou o débito, fica sub-rogado nos direitos do credor, mas não tem direito a obter, do devedor, indemnização por danos, nomeadamente não patrimoniais, derivados do não cumprimento, por parte deste”.

7.2. O banco como fiador: uma operação activa?

Analísado o regime geral da fiança verificámos que esta é uma garantia prestada em benefício do banco, como decorrência da celebração de um contrato de mútuo, por exemplo.

Agora pode o banco prestar fiança? E configura uma operação activa, em caso de cumprimento?

O banco pode afiançar um seu cliente perante um terceiro, caso a que se aplicará todo o regime da fiança.

O que quer significar que o banco, como pessoa jurídica que é pode emprestar o seu nome, património e solvabilidade a um seu cliente, em benefício de um terceiro, sendo que se o seu cliente não cumprir face ao seu credor, poderá vir a ser demandado para cumprir a obrigação, a título subsidiário, dado gozar do chamado benefício da excussão prévia, como todo e qualquer fiador, a não ser que a esse benefício haja renúncia nos termos gerais, caso em que estaremos face a uma obrigação solidária.

Assume toda a relevância, dada posição que ocupa e os termos em que tal é feito. Com efeito, tradicionalmente será o banco a exigir a prestação de fiança, em vista a ficar garantido perante o eventual cumprimento de um seu cliente.

Na hipótese ora em apreço notamos que o banco se coloca ao lado do seu cliente, garantindo-o em benefício de um terceiro. Claro que este último terá todo o interesse em que o negócio que com o seu devedor celebra seja garantido por um banco precisamente porque este empresta à relação contratual todo o seu peso e a sua importância, como decorrência da solvabilidade que está adstrita a uma sociedade bancária.

Note-se ainda que a prestação de fiança por parte do banco pode ter todo o interesse, não só no domínio do tráfico jurídico civil e comercial, mas também no plano do direito tributário.

Com efeito, determina-se no CPPT que um dos meios de suspensão da execução fiscal será com recurso à prestação de garantia idónea. E por garantia idónea não vemos por que não possa ser a fiança prestada por um banco.

Contudo, na prática tributária normalmente é aceite uma garantia bancária autónoma, precisamente por não poderem ser opostas

quaisquer excepções que decorram da obrigação em causa. De todo o modo não é por isso que o banco não poderá prestar fiança.

De facto, tal está na sua livre disponibilidade e funciona como um negócio conexo com a actividade do banco de intermediação no crédito, daí decorrendo que a celebração de tal contrato deverá ser vista como um efectivo contrato bancário, ainda que regulado pelas disposições do direito civil, mas já vimos que, por isso, não fica vedada a qualificação de certo acto como acto bancário.

Prestada a fiança pelo banco, este normalmente cobrará um preço, nas mesmas e exactas condições que faz para a prestação de uma garantia autónoma.

A respeito desta matéria, qualificando-se a prestação de garantias pelo banco como uma sua operação activa para efeitos do art.º 2.º do RGIC, deveremos notar, mais uma vez, a importância que está subjacente, propugnada pela abertura de conta. Com efeito, esta vai permitir que, por via do mandato e das disposições que regulam a matéria, que o cliente dê uma ordem ao seu banco, para que este afiance o seu negócio jurídico⁸³, em certas e determinadas condições que entre as partes sejam combinadas, definindo-se, à partida, os direitos e obrigações de cada uma das partes, numa qualquer situação jurídica concreta que surja em momento posterior ao do momento do início da relação jurídica bancária.

Também o contrato de abertura de conta terá relevância por um motivo que temos vindo a referir: em caso de haver algum caso omissivo no contrato de fiança, o mesmo deverá ser interpretado em função dos remédios previstos pelo texto do primitivo clausulado: o da abertura de conta.

No caso de a fiança ser prestada pelo banco de forma unilateral, ou ainda no caso de uma situação de gestão de negócios a situação será exactamente a mesma. E não se poderão levantar quaisquer problemas de ilicitude do banco em cobrar um preço por prestar unilateralmente a garantia, porque não pode esquecer-se que, no âmbito da gestão de negócios, quando o gestor for um profissional do ramo de actividade gerido tem direito a ser remunerado, aplicando-se,

83 Ou qualquer outra relação jurídica, para a qual seja necessária a prestação de garantia, o mais das vezes acontecendo em sede de processo tributário.

sem reserva, o disposto no art.º 470.º, n.º 1, devendo a retribuição ser fixada nos termos do art.º 1158.º, n.º 2, por remissão expressa do n.º 2 do art.º 470.º

Por aqui se nota mais um ponto de aproximação da relação bancária como reconduzível ao contrato de mandato, nos termos da lei civil. O que não ocorre no direito italiano, porque, conforme verificámos, o legislador consagrou um capítulo no Livro relativo ao direito das obrigações aos negócios e à relação jurídica bancária, instituindo uma disciplina própria, o que torna mais fácil o reconhecimento de operações activas do banco, onde se inclui a situação acabada de descrever.

7.3. Distinção da figura da fiança do aval

Toda a análise precedente ficaria incompleta sem que se fizesse uma referência, ainda que muito breve, à figura do aval⁸⁴, que foi positivamente deixada para o fim.

Tal aconteceria, com efeito, pelo facto de o aval partilhar algumas das características da fiança, tornando-o próximo daquela, especialmente quando a mesma reveste a modalidade em que se renuncia ao benefício da excussão prévia.

É típica das obrigações comerciais, funcionando como garantia dos títulos de crédito – letras e livranças, bem como serve para garantia na convenção de cheque. Neste domínio há lugar à constituição de uma nova obrigação, dado que subjacente à figura do aval, está o princípio da autonomia, o que se traduz no facto de subsistir, independentemente dos vícios que afectem a obrigação principal garantida, com exclusão daqueles que sejam próprios da própria constituição do aval, sendo este um ponto de afastamento da fiança.

Contudo, pelo aval fica o património do avalista adstrito ao cumprimento da obrigação, nos mesmos e exactos termos com que tal ocorre no domínio da fiança, com a diferença que, neste domínio, não há benefício da excussão prévia, ou seja, o credor pode executar

84 Para mais desenvolvimentos e indicações bibliográficas: MENEZES LEITÃO, “Garantias...”, cit., p. 140 e ss.

imediatamente o património do avalista, sem precisar de passar pelo processo declarativo, porque o exequente tem título executivo contra ele.

Neste aspecto estamos perante uma obrigação solidária, nos termos gerais do art.º 512.º do CC, o que permite a aplicação das regras do litisconsórcio voluntário, nos termos da lei processual.

8. Conclusões

É agora altura de retirar algumas conclusões sobre a figura em análise e da sua aplicação no domínio do direito bancário.

Depois de analisada toda a problemática do banco como instituição de crédito vimos quais os objectivos que este prossegue: a intermediação no crédito e na circulação da moeda, como instrumento de troca na realidade económica e social.

Ora, para a prossecução destes objectivos o banco terá que recolher os fundos necessários ao financiamento das suas operações activas, o que será atingido através do contrato de depósito bancário⁸⁵ que será reconduzível à figura do mútuo, porque o depósito enquanto disciplina jurídica do plano do direito civil não serve esses interesses, ainda que possa ter relevância para outro tipo de depósitos que não o de disponibilidades monetárias, conforme verificámos no lugar próprio.

Vimos também que, como qualquer contrato bancário, o contrato de depósito bancário surge como uma decorrência da abertura de conta, que é o instrumento jurídico que serve de base a toda e qualquer negócio jurídico bancário, pois é por esse contrato que podem vir a ser interpretadas certas cláusulas e integradas certas lacunas de outros tipos contratuais que venham a surgir dentro do decurso dessa relação jurídica duradoura. Subjacente a ela está o princípio da autonomia privada, tal como se encontra previsto pelo art.º 405.º, assim como está subjacente a qualquer contrato bancário, mas assume, contudo, maior importância no momento da abertura de conta, dado ser por

85 Mas não só. De facto o preço que o banco cobra pela prestação de uma garantia funciona como um meio de seu financiamento para actuar no domínio de outras operações activas.

ela que as partes têm como objectivo proceder a relações jurídicas mais complexas. E dentro destas assumem particular importância o depósito, pelo qual o banco assume o papel de devedor e o mútuo, como contrato de crédito, sendo através dele que o banco veste a pele de credor. É precisamente a este propósito que ganham particular relevância as garantias prestadas pelo devedor ao credor que é a parte mais forte na relação jurídica. Como tal: terá mais poder para enformar o conteúdo do contrato, só disponibilizando os fundos a mutuar no caso de serem prestadas as garantias exigidas, pois que, não sendo, também não haverá libertação do capital mutuário.

Neste particular aspecto uma das garantias que são mais usadas é a fiança, como garantia pessoal das obrigações, pela qual fica adstrito um outro património à satisfação do credor. Neste capítulo tivemos o ensejo de distinguir de outras garantias e de analisar as suas características mais importantes e, por essa via, todo o seu regime jurídico, incluindo o seu aspecto mais controverso: a possibilidade de prestação de fiança geral, sendo que podemos concluir, como o fez o citado AUJ que será válida, desde que do seu clausulado resultem critérios que permitam a sua determinação, ainda que não seja só por os conter que será válida: com efeito, poderá ser válida por ser determinável, ainda que indeterminada, mas poderá ser inválida, no caso de contrariar os outros requisitos do art.º 280.º

Na análise do seu regime verificámos, portanto, a posição do garante: parte no contrato de mútuo do banco, donde se retira que o banco fica possuidor de um título executivo contra ele, ainda que ele possa invocar meios de defesa, maxime o direito à excussão prévia do património do devedor.

De qualquer das formas, na análise da sua posição, tivemos o cuidado de referir que, de todo o modo, sempre que o fiador cumprir, por ser devedor solidário ou conjunto, com benefício da excussão prévia a seu favor fica somente sub-rogado (legalmente) nos direitos que competiam ao primitivo credor, não adquirindo qualquer direito a ser indemnizado por danos não patrimoniais, pois que ele sabe que é um risco que está a assumir: o de ser executado, por incumprimento do outro, extinguindo-se a obrigação, seja por pagamento voluntário, seja em sede do processo executivo, o mesmo acontecendo com o banco, na hipótese de ser este o garante

Claro que nesta situação poderá ser beneficiário de uma fiança, isto na hipótese de ter sido estabelecida, em seu benefício uma retrofiança. O que tenderá a acontecer, no caso de o fiador ser um banco, notando-se, uma vez mais, a posição de preponderância que este ocupa, garantindo-se assim o crédito adquirido contra o primitivo devedor, pela via da sub-rogação legal nos direitos do credor. De onde retirámos a conclusão que o banco pode legitimamente prestar fiança ou qualquer outra garantia autónoma, o que funcionará como uma operação activa, dada a posição de credor que ocupará em momento posterior, nomeadamente quando e se chamado a cumprir o débito decorrente da obrigação principal.

Por ser típica das obrigações cartulares – letras, livranças e cheques –, deixámos para o fim a distinção do aval. Este tem, como vimos, algumas pedras de toque com a fiança, e outros de afastamento, mas, de todo o modo, são mais os primeiros do que os segundos, ainda que aplicáveis a diferentes situações.

Em face das semelhanças das duas figuras é lícito o entendimento, de acordo com o qual o banco pode avalizar uma obrigação.

Na prática, não se esqueça, o banco é uma pessoa jurídica, podendo praticar todos os actos necessários à prossecução dos seus fins.

E no que concerne à prestação de garantias em benefício de um depositante, mais não será do que uma verdadeira e efectiva operação bancária activa, balizada pelo princípio da especialidade do fim, que assume, neste domínio, particular importância, em face dos interesses subjacentes à praxis bancária. O que se encontra totalmente respeitado. De facto não há uma prática de condutas fora do objecto do contrato de sociedade [bancário].

9. Bibliografia

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, “*Curso de Direito Comercial Português*”, Vol. I, Almedina, 5ª Ed., 2006.
- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, “*Curso de Direito Comercial Português*”, Vol. II, Almedina, 2ª Edição 4ª Reimpressão, 2005.
- BARATA, Carlos Lacerda, “*Contrato de Depósito Bancário*”, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, Vol. II, Almedina, 2002.

- CAMANHO, Paula Ponces, "*Do Contrato de Depósito Bancário*", 1ª Ed., Almedina, 1997.
- CORDEIRO, António de Menezes, "*Manual de Direito Bancário*", 3ª Ed., Almedina, 2008.
- CORDEIRO, António de Menezes, "*Anotação ao Ac. STJ de 19 de Fevereiro de 1991*", ROA, Ano 51, Tomo II, Julho de 1991.
- GOMES, Januário, "*A fiança à primeira solicitação*", in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles, Vol. IV, Almedina, 2002.
- HÖRSTER, Heinrich Ewald, "*A Parte Geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*", 2ª Edição, Almedina, 2003.
- LASTRES, Pita y, "*El deposito bancario de efectivo*", in Contratos Bancarios e Parabancarios, Lex Nova, 1998.
- LEITÃO, Luís Manuel Telles de Menezes, "*Garantias das Obrigações*", 1ª Ed., Almedina, 2006.
- MARTINEZ, Pedro Romano, "*Garantias Bancárias*", in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles, Vol. IV, Almedina, 2002.
- TELLES, Inocêncio Galvão, "*Garantia Bancária Autónoma*", O Direito, Ano 120, 1988, Vol. III, p. 275 e 276.
- VARELA, João de Matos Antunes e LIMA, Fernando Andrade Pires de, "*Código Civil Anotado*", Vol. II, Coimbra Editora, 1967.
- VARELA, João de Matos Antunes, "*Das Obrigações em Geral*", Vol. II, 7ª Edição, Almedina, 2004.
- VARELA, João de Matos Antunes, "*Depósito Bancário*", in Revista da Banca, 1992.
- XAVIER, Vasco da Gama Lobo, Anotação ao Ac. STJ de 5 de Março de 1987, in RDE, 1988.

10. Jurisprudência

- Ac. STJ de 19 de Fevereiro de 1991.
- Ac STJ 4/2001, DR N.º. 57, I Série A, de 8 de Março de 2001 (Uniformização de Jurisprudência).
- Ac. STJ de 04 de Outubro de 2007.
- Ac. STJ de 18 de Novembro de 2008.
- Ac. STJ de 04 de Dezembro de 2008.