



CENTRO
DE INVESTIGAÇÃO
JURÍDICO
ECONÓMICA

A Garantia Idónea

Tese de Pós-Graduação em Direito Fiscal

Carla Cristina Ferreira Ribeiro

Maio 2011

PUBLICAÇÕES
ONLINE



FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO PORTO

A GARANTIA IDÓNEA

CARLA CRISTINA FERREIRA RIBEIRO

V CURSO DE PÓS – GRADUAÇÃO EM DIREITO FISCAL

Maio de 2011

Com um especial agradecimento ao Dr. Rui Ribeiro Pereira, pela sua ajuda na elaboração do presente trabalho.

A GARANTIA IDÓNEA

1- INTRODUÇÃO

Na escolha do tema “garantia idónea” para apresentação do trabalho final do curso de Pós - Graduação em Direito Fiscal, pesou o facto de trabalhar na área da Justiça Fiscal no Serviço de Finanças da Feira-1, e de o mesmo ainda não ter sido abordado com a profundidade que merece.

Constitui, assim, objectivo do presente trabalho abordar, com a profundidade possível, a questão da garantia idónea, pois a prestação ou isenção de prestação da mesma tem implicações indeléveis para os contribuintes que se vêm confrontados com dívidas fiscais que, amiúde, não podem ou não devem pagar integralmente dentro do prazo de pagamento voluntário das mesmas.

Assim, a partir da noção de garantia idónea, tratar-se-á, numa fase inicial, da sua tipificação e consideração da mesma como conceito indeterminado e discricionário. De seguida, expor-se-á o seu regime legal e abordar-se-ão as questões da isenção/ dispensa de prestação e caducidade da garantia.

Numa segunda fase do trabalho, debruçar-nos-emos sobre instruções administrativas que surgiram em finais de Julho de 2010 e abordaremos as recomendações sobre a matéria do Grupo de Estudo da Política Fiscal, Competitividade, Eficiência e Justiça do Sistema Fiscal.

Em suma, do presente trabalho esperamos ficar a conhecer melhor o conceito de garantia idónea e da sua compreensão passamos a aplica-lo na prática profissional o mais correctamente possível.

2- NOÇÃO E ÂMBITO

Podemos dizer que as garantias são uma espécie de seguro exigível pela Administração Fiscal ao contribuinte enquanto não se resolve o diferendo que os opõe, ou enquanto o mesmo não conclui o plano de pagamentos a prestações de uma dívida, por exemplo.

O referido diferendo pode consistir em:

- reclamação graciosa, impugnação judicial ou recurso judicial que tenham por objecto a legalidade da dívida exequenda;
- procedimento de resolução de diferendos no quadro da Convenção de Arbitragem nº 90/436/CEE, de 23 de Julho, relativa à eliminação da dupla tributação em caso de correcção de lucros entre empresas associadas de diferentes Estados Membros;

Esta questão é ainda importante pois no caso em que após o termo do prazo de pagamento voluntário a garantia seja prestada antes da apresentação da reclamação graciosa, impugnação judicial ou recurso judicial, se for apresentado requerimento onde conste a natureza da dívida, o período a que respeita e a entidade que praticou o acto, bem como a intenção de apresentar meio de reacção para discussão da legalidade ou da exigibilidade da dívida exequenda, a execução fica igualmente suspensa, de acordo com o estipulado no nº2 do artº 169º do Código do Procedimento e do Processo Tributário, doravante designado por CPPT.

Temos, assim, que a garantia pode ser prestada antes ou depois de ser instaurada a execução fiscal. No primeiro caso temos, como exemplo, o pedido de pagamento em prestações de uma dívida de IRS ou de IRC, cujo pedido seja efectuado até quinze dias a contar do prazo de pagamento voluntário de acordo com o DL492/88 de 30 de Dezembro (Regulamento da cobrança e reembolsos), actualizado pelo DL 150/2006, de 2 de Agosto. De acordo com este diploma legal existe isenção de prestação de garantia para as dívidas de IRS e de IRC, de valor inferior, respectivamente a € 2500 e € 5000, desde que o requerente não seja devedor de quaisquer tributos administrados pela DGCI, nos termos do artº 34-A do DL 492/88, de 30 de Dezembro. Este DL refere ainda que conjuntamente com o pedido deverá ser prestada garantia idónea, nomeadamente aval bancário ou de instituição legalmente autorizada a presta-lo; seguro – caução ou caução efectuados por instituições de seguros legalmente autorizadas ou hipoteca. Dentro dos limites já referidos há, portanto, isenção de prestação de garantia.

Pode também acontecer que já tenha sido instaurado processo de execução fiscal para cobrança de determinada dívida e o executado pretenda efectuar o pagamento em prestações, impugnar ou opor-se à execução.

São estes os casos em que se coloca a questão da prestação de garantia.

3- TIPOLOGIA

Num trabalho sobre garantia idónea é de todo pertinente debruçarmo-nos, agora, sobre o tipo de garantias previstas no CPPT, mais concretamente sobre as garantias previstas nos artºs 195º e 199º do referido código.

Os nºs 1 e 2 do artº 199º do CPPT referem-se ao tipo de garantias que podem ser prestadas de acordo com a remissão do nº1 do artº 169º do CPPT.

A garantia idónea prevista no nº1 do artº 199 do CPPT consistirá, então, em garantia bancária, caução, seguro-caução ou qualquer meio susceptível de assegurar os créditos do exequente. Por sua vez, o nº2 do aludido artigo refere que, a garantia idónea poderá consistir ainda, a requerimento do executado e mediante concordância da Administração Tributária, em penhor ou hipoteca voluntária, aplicando-se o disposto no artº 195º, com as necessárias adaptações. Por seu turno o nº4 do mesmo artigo refere que a penhora já feita sobre os bens necessários para assegurar o pagamento da dívida exequenda e acrescido ou a efectuar em bens nomeados para o efeito pelo executado, no prazo estipulado no nº6.

As garantias especiais encontram-se previstas no artº 195º do CPPT. Elas consistem em hipoteca legal ou penhor.

Passemos agora a analisar mais pormenorizadamente cada um dos tipos de garantia referidos.

A garantia bancária

São várias as definições de garantia bancária que podemos apresentar ^{1, 2, 3}, mas

¹ “ *As garantias bancárias são operações de crédito através da qual o Banco garante a execução de uma obrigação constituída por um seu cliente (ordenador ou devedor principal) perante um terceiro (beneficiário), assumindo por isso o encargo da obrigação se o ordenador faltar ao seu compromisso*”, segundo LUIS M. MARTINS, in *Garantias Bancárias não accionadas podem ser reclamadas*, 25/01/2009

² “ *... A garantia bancária é o contrato em que o garante não se obriga a satisfazer uma dívida alheia mas a assegurar ao beneficiário determinado resultado, traduzido no recebimento de certa quantia em dinheiro*”,

chegamos sempre à conclusão que a mesma visa garantir a execução de obrigações assumidas pelo cliente de determinado Banco, designado ordenador, perante terceiros, os beneficiários, assentando numa relação comercial tripartida. Isto é, primeiramente numa relação entre o devedor mandante da garantia e o beneficiário; numa relação entre o referido mandante e o Banco e por último numa relação entre o Banco e o beneficiário.

No âmbito fiscal temos que o beneficiário da garantia bancária é a Fazenda Nacional, e a mesma tem como objectivo garantir determinada dívida fiscal, podendo esta como já foi referido, encontrar-se, ou não, com processo de execução fiscal instaurado.

“ A garantia automática chama-se assim porque o banco deve pagar logo que o pagamento lhe é exigido), sem poder formular quaisquer objecções”⁴.

Caução

De um modo geral podemos dizer que caução consiste num valor aceite como garantia de um compromisso ou obrigação, é o meio pelo qual se garante o cumprimento de uma obrigação. Para uma noção mais científica, a noção de Luís Manuel Teles de Menezes Leitão⁵ é bem esclarecedora.

A caução pode ter origem legal, judicial ou negocial.

No que se refere à caução de fonte legal, esta surge como condição prévia ao exercício de determinados direitos. De acordo com LUIS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO ⁶ “ Relativamente à caução imposta ou autorizada por lei, sempre que esta não especifique a espécie que ela deve revestir, o artº 623º, nº1, determina que a garantia pode ser prestada por meio de depósito de dinheiro, títulos de crédito, pedras ou

In Acórdão do Tribunal da Relação do Porto Apelação nº 5064/08 - 3ª secção de 02/10/2008

³ “ Chamam-se normalmente garantias bancárias às garantias de natureza pessoal prestadas por um banco. Revestem grande interesse prático, pela forte solvibilidade que os bancos em regra possuem e pelo especial cuidado que também em regra põem no exacto cumprimento doas seus compromissos.”, segundo INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, in *Garantia Bancária Autónoma*, pág.13, Edições Cosmos, Livraria Arco - Íris, Lisboa, 1991.

⁴ Segundo INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, in *Garantia Bancária Autónoma*, pg.18, Edições Cosmos, Livraria Arco - Íris, Lisboa, 1991.

⁵ “ A caução consiste assim em toda e qualquer garantia que, por lei, decisão judicial ou negócio jurídico, é imposta ou autorizada para assegurar o cumprimento de obrigações eventuais ou de amplitude indeterminada”, Cfr. Almeida Costa, *Obrigações*, pág.884, LUIS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, in *Direito das Obrigações, volume II, Transmissão e Extinção das Obrigações Não cumprimento e Garantias do Crédito*, pág. 319, 6ª edição, Almedina.

⁶ LUIS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, in *Direito das Obrigações, volume II, Transmissão e Extinção das Obrigações Não cumprimento e Garantias do Crédito*, pág. 320, 6ª edição, Almedina.

metais preciosos ou por penhor, hipoteca ou fiança bancária. Apenas se nenhum destes meios puder ser utilizado é lícita a prestação de outra espécie de fiança, desde que o fiador renuncie ao benefício da excussão (artº 623º, nº2), cabendo ao tribunal apreciar a idoneidade da caução, sempre que não haja acordo dos interessados (artº 623º, nº3)”.

No que concerne à caução de tipo judicial, ela é a que resulta de uma decisão judicial, enquanto que se a caução tiver origem negocial ela surge quando as partes a estipulem, de acordo com a sua autonomia privada. E a este respeito convém referir que estas duas últimas formas de caução estão sujeitas a requisitos menos exigentes do que a caução com origem legal, e sobre ela se refere o artº 624º do CC, no seu nº1 “ Se alguém for obrigado ou autorizado por negócio jurídico a prestar caução, ou esta for imposta pelo tribunal, é permitido presta-la por meio de qualquer garantia, real ou pessoal”, cabendo ao tribunal apreciar a idoneidade da caução, quando não houver acordo dos interessados.

Seguro - Caução

Qualquer que seja a definição jurídica de seguro- caução que se possa apresentar^{7,8,9}, podemos dizer que o mesmo engloba três sujeitos jurídicos: o Tomador, o Segurado e o Segurador. O Tomador é a entidade jurídica que se torna cliente da seguradora ao assumir determinada obrigação, através de determinado contrato. O segurado é aquele que exigiu ao Tomador a apresentação de determinada garantia como condição de cumprimento do contrato estabelecido entre ambos. O Segurador é aquele que garante a realização do contrato estabelecido entre o Tomador e o Segurado, através do contrato de seguro – caução.

⁷ “O Seguro Garantia/ seguro caução é um instrumento de caução emitido por uma seguradora para garantir o cumprimento de obrigações contratuais que o tomador se comprometeu a adimplir perante o segurado, num contexto originário”. In *Garantias das Obrigações- Publicação de Trabalhos de Mestrado*, Coordenador Jorge Ferreira Sinde Monteiro, Edições Almedina, Julho 2007

⁸ “ Em termos amplos pode dizer-se que o seguro – caução é o contrato de seguro do qual a seguradora se obriga, dentro dos limites da caução, a indemnizar os danos sofridos pelo segurado (Beneficiário), caso se verifique o incumprimento das obrigações legais contratuais perante ele assumidas pelo respectivo devedor (Tomador do Seguro). In *Os Seguros de Crédito em Portugal*, Cfr. Fernando Vitória, In *Garantias das Obrigações- Publicação de Trabalhos de Mestrado*, Coordenador Jorge Ferreira Sinde Monteiro, Edições Almedina, Julho 2007.

⁹ “ O seguro – caução é sempre contratado pelo devedor ou eventual devedor /tomador) a favor do credor ou eventual credor (beneficiário/segurado). E o devedor ou eventual devedor que assume todas as obrigações contratuais face à seguradora, nomeadamente é ele que se obriga a pagar o prémio” Cfr. Mónica Jardim, In *A Garantia Autónoma*, pág. 213, ed. Livraria Almedina, Coimbra, Julho de 2002, in *Garantias das Obrigações- Publicação de Trabalhos de Mestrado*, Coordenador Jorge Ferreira Sinde Monteiro, Edições Almedina, Julho 2007.

Relativamente à sua natureza jurídica, podemos dizer que “ *o simples retardamento constitui risco segurável e o seguro – caução é um contrato de seguro que, pelas características, é considerado como um seguro de créditos* ”.¹⁰

Isto é, concomitantemente à maior parte da doutrina europeia a este respeito, o legislador português estipula que o seguro – caução tem natureza jurídica securitária (dado que a legislação especial que existe sobre o mesmo assim o declara).

A hipoteca

Importa agora debruçarmo-nos sobre o conceito de hipoteca, dado que a mesma pode revestir várias formas.

De acordo com Luís Manuel Teles de Menezes Leitão ¹¹ “ *A hipoteca constitui um direito real de garantia que se caracteriza por, ao contrário do privilégio, não estabelecer a preferência em atenção à causa do crédito, vigorando, antes, o princípio da prioridade na constituição. Para além disso a hipoteca constitui uma garantia acessória do crédito, ficando dependente da sua constituição e acompanhando as suas vicissitudes* ”.

À hipoteca é conferido o direito real de garantia pelo que o seu registo é imprescindível para que a mesma seja publicitada e assim considerada eficaz em relação a terceiros.

Por seu turno, relativamente às hipotecas legais e judiciais o registo assume eficácia constitutiva. A este propósito, remeta-se para o que escreveu Cláudia Madaleno¹².

O seu carácter constitutivo, a acessoriedade, pelo facto de a hipoteca estar conexas com a dívida subjacente e a indivisibilidade são características da mesma. Em relação a esta última característica, convém salientar que mesmo que a coisa ou o crédito se divida,

¹⁰ MÓNICA JARDIM, in *A Garantia Autónoma*, pág. 228, ed. Livraria Almedina, Coimbra, Julho de 2002

¹¹ PAULO MARQUES, In *Res Fiscalis - Os Direitos Reais na Actividade Tributária, Volume II, Garantias reais das obrigações*, pág. 57, Edição do Ministério das Finanças e da Administração Pública, Direcção Geral dos Impostos - Centro de Formação, 2009.

¹² “ *A hipoteca constitui uma excepção à regra vigente no âmbito da publicidade registal. Na generalidade dos casos, o registo é mera condição de eficácia perante terceiros do negócio. Diversamente, no caso da hipoteca, o registo assume eficácia constitutiva, de maneira que apenas a partir do registo é que o direito de hipoteca existe enquanto tal. Com efeito, segundo o imperativo legal constante do artigo 687º do Código Civil, a eficácia da hipoteca voluntária depende da existência do respectivo registo. O registo assume-se como um elemento constitutivo do direito real de hipoteca, donde resulta que a hipoteca não produz qualquer efeito, nem sequer inter partes, enquanto não se proceder à respectiva inscrição no registo* ” 8 (in *A vulnerabilidade das garantias reais - A hipoteca voluntária face ao direito de retenção e ao direito de arrendamento*, Coimbra editora, Coimbra, 2008, p.63), PAULO MARQUES, In *Res Fiscalis -Os Direitos Reais na Actividade Tributária, Volume II, Garantias reais das obrigações*, pág.57, Edição do Ministério das Finanças e da Administração Pública, Direcção Geral dos Impostos - Centro de Formação, 2009.

ou este se extinga parcialmente, a hipoteca mantém o seu objecto de origem.

Do que foi dito, é então possível concluir que existem três tipos de hipoteca que convém agora distinguir: a hipoteca legal, a hipoteca judicial e a hipoteca voluntária.

Os três tipos de hipoteca:

A hipoteca legal

A hipoteca legal é aquela que resulta directamente da lei, estando prevista nos artigos 704º a 709º do Código Civil.

Como resultam imediatamente da lei, não dependem da vontade das partes e podem constituir-se desde que exista a obrigação a que servem de garantia. Por seu turno, se o devedor não tiver bens susceptíveis de hipoteca, o credor pode exigir outra caução (artº 625º do CC), excepto nas seguintes situações:

- hipotecas destinadas a garantir o pagamento das tornas ou do legado de dinheiro ou outra coisa fungível (nº 2 artº 707º do CC).

Assim, como vimos, quando seja recomendável para a eficácia da cobrança, o órgão de execução fiscal poderá constituir hipoteca legal (artº 195º/ 1CPPT), para garantir o pagamento da dívida.

Para tal, basta um simples pedido à Conservatória competente, sem sequer ser necessário despacho, que sempre que possível é efectuado por via electrónica.

Poder-se-ia colocar aqui a questão da legalidade deste procedimento, mas convém não esquecer que o procedimento tributário segue a forma escrita, mas a transmissão electrónica dos actos do procedimento tributário está prevista na lei, definida por portaria do Ministro das Finanças (artº 54º nº3 da LGT) - DL 238/2006, de 2 de Dezembro.

Dada a sua importância, convém agora salientar que a hipoteca legal extingue-se com a declaração de insolvência, se o registo tiver sido requerido dentro dos dois meses anteriores à data do início do processo de insolvência. E, se forem acessórias de créditos sobre a insolvência do Estado, das autarquias locais, e das instituições de Segurança Social (97º /1 C CIRE).

Tal significa que a Administração Fiscal deve agir com celeridade (artº 55º da LGT), para que a hipoteca legal dê os frutos que se espera quando se constitui.

A este propósito, remete-se para as palavras de Catarina Serra¹³ e de Gonçalo Andrade de Castro¹⁴.

Ainda sobre esta questão, alguns aspectos que, pela sua relevância, convém salientar:

- A hipoteca, a que como já vimos é conferido direito real de garantia, prevalece sobre os privilégios creditórios previstos nos artºs 111º do Código do IRS e 108º do Código do IRC, se tiverem sido registados anteriormente à penhora realizada no âmbito do PEF;

- De acordo com o artº 751º do Código Civil, os privilégios imobiliários especiais são oponíveis a terceiros que adquiram o prédio ou um direito real sobre ele e preferem à consignação de rendimentos, à própria hipoteca e ao direito de retenção, mesmo que estas garantias sejam anteriores.

Como se efectua o registo da hipoteca?

Antes de mais, convém salientar que de acordo com o estipulado no artº 50º/2b e 3 da LGT, a eficácia da hipoteca legal, para efeitos tributários, depende de registo.

A forma como é efectuado o registo da hipoteca legal está prevista no artº 50º do CR Predial, que estipula que o mesmo é efectuado com base em certidão do título de que resulta a garantia e em declaração que identifique os bens, se tal for necessário.

Ainda a este respeito, convém referir que as hipotecas legais podem ser registadas

¹³ “Com propósito pedagógico se submete também o efeito extintivo, expressamente, pela primeira vez, as hipotecas legais acessórias de créditos do Estado e de outras entidades públicas. Ao determinar que só se mantêm as hipotecas legais cujo registo tenha sido requerido mais de dois meses antes da data do início do processo de insolvência (cfr. Art. 97º, nº1, al. C), pretende-se estimular aquelas entidades a requererem diligentemente o registo” in *O Novo Regime Português da Insolvência - Uma Introdução*, Almedina, Coimbra, 2008, pág.68; PAULO MARQUES in *Res Fiscalis -Os Direitos Reais na Actividade Tributária, Volume II, Garantias reais das obrigações*, pg.72, Edição do Ministério das Finanças e da Administração Pública, Direcção Geral dos Impostos - Centro de Formação, 2009.

¹⁴ “No que respeita às hipotecas legais, constituídas para garantia dos créditos destas entidades, porém, a lei foi mais generosa, uma vez que apenas declarou extintas aquelas cujo registo tenha sido requerido nos dois meses anteriores à acção. Vale isto por dizer que, **se o credor público tiver tempestivamente promovido a inscrição registral da hipoteca, esta poderá subsistir e ser feita valer em processo de insolvência mesmo que se destine a garantir um crédito vencido há mais de um ano**. Ora, se tivermos em conta que o objecto de ambas as garantias (privilégios creditórios e hipoteca legal) é por vezes coincidente relativamente aos créditos dos entes públicos - assim acontece, por exemplo, com os créditos da Segurança Social pelas contribuições -, verifica-se que a lei, não obstante a extinção dos privilégios, acaba por reconhecer ao credor público diligente, naquelas hipóteses, o direito à satisfação do seu crédito, numa posição muito favorável, que é a de um credor munido de uma garantia real”. In *Efeitos da declaração de insolvência sobre os créditos*, Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Vol. XIX, Tomo II, Lisboa, 2005, pág.275; PAULO MARQUES in *Res Fiscalis -Os Direitos Reais na Actividade Tributária, Volume II, Garantias reais das obrigações*, pág.72, Edição do Ministério das Finanças e da Administração Pública, Direcção Geral dos Impostos - Centro de Formação, 2009.

em relação a quaisquer bens do devedor quando não forem especificados por lei ou título respectivo; os bens sujeitos à garantia (708º CC), isto sem prejuízo do direito de redução.

Em suma:

- A celeridade no tratamento dos processos de execução fiscal é recomendável, qualquer que seja a natureza da dívida em questão. Nestes termos, as hipotecas legais deverão ser fomentadas, principalmente em relação aos créditos fiscais anteriores que já não beneficiam de privilégios creditórios (744/1 CC), já que funcionam como um importante meio de persuasão junto dos contribuintes para regularizarem a sua situação perante a Administração Fiscal e traduzem-se num aumento da eficácia na cobrança;

- A celeridade no tratamento dos processos de execução fiscal é também recomendável dado que se extinguem, com a declaração de insolvência, as hipotecas legais cujo registo tenha sido requerido dentro dos dois meses anteriores ao início do processo de insolvência e que forem acessórias de créditos sobre a insolvência do Estado, das autarquias locais e das instituições da Segurança Social (artº 97º/1c) CIRE.;

- Uma vez declarada a insolvência já não é possível o registo de hipotecas legais que garantam créditos sobre a insolvência, inclusivamente após o encerramento do processo, a não ser que o pedido tenha sido apresentado em momento anterior ao da referida declaração, ou, no caso das hipotecas legais, com uma antecedência de dois meses sobre a data (97º nº2 CIRE).

A hipoteca judicial

A hipoteca judicial resulta de uma decisão judicial, de uma sentença que condena o devedor à realização de uma prestação em dinheiro ou outra coisa fungível. Tal sentença constitui título bastante para o registo sobre quaisquer bens do obrigado, mesmo que a mesma ainda não tenha transitado em julgado.

Este tipo de hipoteca encontra-se prevista nos artigos 710º e 711º do Código Civil. De salientar que o nº2 do artº 710º do CC dispõe que se a prestação for ilíquida, é possível o registo da hipoteca atendendo ao quantitativo provável do crédito.

Ainda a respeito deste tipo de hipoteca, convém salientar que a mesma permite que o credor execute os bens hipotecados, mesmo no património do adquirente, não sendo

necessário recorrer à impugnação pauliana em caso de alienação dos bens pelo devedor (artº 610º a 618º CC).

Contudo, este tipo de hipoteca tem um senão. É que se for declarada falência ou insolvência do devedor, não há preferência por parte do credor hipotecário em relação aos demais credores pela simples existência da hipoteca judicial. Efectivamente, na graduação de créditos não se atende à preferência derivada da hipoteca judicial, nem a proveniente da penhora, mas antes às custas pagas pelo autor ou exequente que constituem dívidas da massa insolvente (140º/3 CIRE).

A hipoteca voluntária

Este tipo de hipoteca está previsto nos artºs 712º a 717º do Código Civil.

A hipoteca voluntária é a que surge de contrato em que releva a vontade do credor ou de declaração unilateral do devedor ou de terceiro, ex. testamento.

De acordo com o artigo 713º do CC, a existência de uma hipoteca voluntária não impede a possibilidade de o dono dos bens os hipotecar de novo.

Relativamente à forma, o artº 714º do CC prescreve que o acto de constituição ou modificação da hipoteca voluntária, quando incida sobre bens imóveis, deve constar de escritura pública, de testamento ou de documento particular autenticado.

O penhor

Outra das garantias reais que convém agora realçar é o penhor. Este encontra-se regulado nos artigos 666º a 685º do CC.

O mesmo constitui um direito real de garantia já que confere uma preferência ao credor pignoratício sobre determinados bens. A excepção ocorre no caso do penhor de créditos, dado que como não podem constituir objecto de direitos reais, o penhor não tem natureza real.

O penhor incide sobre coisas ou direitos não hipotecáveis.

A sua noção encontra-se expressa no nº1 do artº 666º do CC : “ O penhor confere ao credor o direito à satisfação do seu crédito, bem como dos juros, se os houver, com preferência sobre os demais credores, pelo valor de certa coisa móvel, ou pelo valor de créditos ou outros direitos não susceptíveis de hipoteca, pertencentes ao devedor ou a

terceiro”.

A este propósito atenda-se ao que escreveu Salvador da Costa¹⁵.

Relativamente à forma, o penhor não segue regime especial, mas, de acordo com o artº 400º do Código Comercial, exige forma escrita.

O penhor pode incidir sobre duas grandes áreas: as coisas (artºs 669º a 678º do CC) e os direitos (artº 679º a 685º do CC), mas, poderá ser ainda possível em outros casos, como as acções, obrigações, ou outros títulos nominativos, participações sociais, acções próprias e estabelecimento de responsabilidade limitada.

Modalidades do penhor:

- com desapossamento

Neste caso, há a entrega do bem por parte do proprietário ao credor pignoratício ou a um fiel depositário. Trata-se, portanto, de um contrato real *quoad constitutionem*, em que a entrega é um elemento constitutivo do negócio, de acordo com o nº1 do artº 669º do CC. O nº1 deste artigo refere que “o penhor apenas produz os seus efeitos reais mediante a entrega do objecto empenhado, ou de documento que conceda a exclusiva disponibilidade dela, ao credor ou a terceiro.

Mas por que razão se prevê a perda da disposição material da coisa empenhada?

De acordo com Luís Menezes Leitão “ *Essencial é assim que o credor seja privado da disponibilidade material da coisa, o que desempenha uma função de publicidade, visando-se com ela assegurar que os terceiros possam ter conhecimento da existência*

do penhor, e que terão que suportar o exercício do direito do credor pignoratício, caso a coisa seja objecto de alienação. Essa especialidade de o penhor implicar a subtracção da posse da coisa ao seu titular leva a que este desempenhe uma função económica específica como garantia, sendo especialmente utilizado em bens de que o devedor não carece para fins comerciais ou industriais e que pode dispensar por certo

¹⁵ “ O direito de penhor traduz-se em uma garantia real de cumprimento de obrigações, ainda que futuras ou condicionais, cujo objecto mediato se circunscreve a coisas móveis ou direitos insusceptíveis de hipoteca. A constituição do direito de penhor sobre uma coisa não a torna, por esse facto, impenhorável; mas dessa constituição resulta uma preferência de pagamento para o titular do direito de crédito garantido. A lei não permite, em regra, por via de contrato, a constituição do direito de penhor sobre coisas futuras. Pode, porém, servir de garantia ao cumprimento de obrigações futuras, ainda que não projectadas ou negociadas no momento da constituição da garantia” in, *O Concurso de Credores*, Almedina, Coimbra, 1998, p.60; PAULO MARQUES in *Res Fiscalis -Os Direitos Reais na Actividade Tributária, Volume II, Garantias reais das obrigações*, pág.49, Edição do Ministério das Finanças e da Administração Pública, Direcção Geral dos Impostos - Centro de Formação, 2009.

período, como bens de luxo, jóias e metais preciosos”¹⁶.

Do que se conclui que a publicidade é o principal objectivo da perda da coisa empenhada, para que as outras pessoas saibam que o proprietário já não tem a disponibilidade material da coisa, para a vender, por exemplo.

Os direitos do credor pignoratício estão previstos no artº 670º do CC e os seus deveres no artº 671º do referido Código.

- sem desapossamento

O penhor sem desapossamento ocorre muito excepcionalmente e depende de vontade expressa do legislador (ex. penhor mercantil).

O penhor no caso concreto da execução fiscal

Como já referimos atrás, a constituição de penhor encontra-se prevista no nº1 do artº 195º do CPPT.

A constituição de penhor pode partir do credor ou do devedor.

Se for da iniciativa do Serviço de Finanças, o nº5 do artº 195º do CPPT dispõe que seja elaborado um auto de penhor no processo, na presença do executado, ou, na circunstância deste não estar presente, perante funcionário com poderes de autoridade pública, notificando-se, nesse caso, o devedor, nos termos previstos para a citação.

Por seu turno, se a iniciativa para a constituição do penhor for do devedor, será elaborado auto no processo por funcionário competente, em documento tipo, com reconhecimento presencial, nos termos do nº2 do artº 199º do CPPT. Contudo, o órgão de execução fiscal só deverá consentir a constituição de penhor se o executado não tiver condições para garantir a dívida através de garantia bancária (instruções anexas ao mail nº 454/2009 - DJT, de 17/03/2009, da Direcção de Finanças de Aveiro).

A prática, contudo, conduz a algumas particularidades aquando da constituição do penhor. É que como não existem depósitos públicos e é impossível guardar os bens nas instalações da Administração Fiscal, faz com que, na constituição de penhor a favor da Fazenda Nacional, não ocorra a entrega dos bens empenhados, mas se faça menção

¹⁶ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, in *Garantia das Obrigações*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2008, pág.191; PAULO MARQUES in *Res Fiscalis - Os Direitos Reais na Actividade Tributária*, Volume II, *Garantias reais das obrigações*, pág.50, Edição do Ministério das Finanças e da Administração Pública, Direcção Geral dos Impostos - Centro de Formação, 2009.

expressa no auto constitutivo do penhor, que é conferido à Administração Fiscal exclusiva disponibilidade dos bens, e que, em relação ao direito pignoratício, o devedor considera-se possuidor em nome alheio.

Relativamente ao registo, convém salientar que o penhor, em princípio, não está sujeito a registo, de acordo com o nº2 do artº 195º do CPPT. Contudo, no caso de penhor de direitos, já terá o mesmo de ser objecto de registo, pois segundo o nº1 do artº 681º do CC, a Constituição do mesmo está sujeita à forma e publicidade exigidas para a transmissão dos direitos empenhados (como acontece no caso de direitos sobre quotas, partes de capital do Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada e créditos por hipoteca, conforme prevê o Código do Registo Comercial.

Em suma, e de acordo com instruções internas da Administração Fiscal, mais concretamente da Direcção de Finanças de Aveiro, a constituição de penhor:

- pode incidir sobre coisas móveis, créditos ou direitos, não susceptíveis de hipoteca, não sendo objecto de registo, a não ser em casos excepcionais já devidamente identificados;
- a sua iniciativa pode partir da Administração fiscal ou do devedor;
- é uma garantia de natureza residual;
- só deve ser constituído quando não existir outro tipo de garantia ou quando se perspectivar a insolvência por parte do devedor, e não existam bens susceptíveis de hipoteca, pois neste caso a Administração Fiscal não será um credor comum, mas sim um credor pignoratício.

4. GARANTIA IDÓNEA: CONCEITO INDETERMINADO E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Como já foi referido, o conceito de garantia idónea encontra-se previsto no artº 199º do CPPT. Dedicamo-nos já à noção de garantia e aos vários tipos de garantia idónea aí previstos. Contudo, não falamos, ainda, da discricionariedade e da indeterminação de que a mesma pode revestir. Senão vejamos: se os conceitos de garantia bancária, caução, seguro - caução, penhor, hipoteca voluntária e penhora podem ser delimitados com um certo rigor, dada a sua previsão legal, o mesmo não acontece com a parte final do nº 1 do aludido artº 199º, quando refere “ ou qualquer outro meio susceptível de assegurar os créditos do

exequente”. Daqui é possível concluir que à noção de garantia idónea está associada uma certa indeterminação e discricionariedade pois o que para determinado órgão da Administração Fiscal pode ser considerado idóneo, para outro pode já não o ser, ficando, assim, o contribuinte “nas mãos” de quem tiver de ajuizar da idoneidade da referida garantia.

Mas, para além da discricionariedade que advém da parte final do nº1 do artº 199º, também as outras figuras estão sujeitas ao mesmo constrangimento. A título de exemplo, vejamos o caso da penhora. Será a mesma coisa considerar como igualmente idónea a penhora de um prédio onerado ou desonerado? Parece-nos que não. E assim sendo, qual o valor de referência para se considerar que determinada garantia passa a ser considerada idónea? Legalmente a Lei é omissa em relação a esta questão, circunscrevendo-se muitas vezes os órgãos da Administração Fiscal a avaliar o imóvel para efeitos de IMI, para ter uma noção mais exacta do valor da garantia.

Sobre esta questão, remete-se para o Acórdão, de 23.09.2008; Proc. Nº 2586/08, Base InforFisco ¹⁷.

Da análise da legislação existente verifica-se que a mesma não define o que entende como garantia idónea, mas, deverá ser considerada idónea toda e qualquer garantia que for suficiente para salvaguardar o pagamento da dívida e acrescido.

A indeterminação e uma certa discricionariedade da garantia deram mesmo origem a instruções administrativas, visando impor um conjunto de regras por parte dos Serviços da Administração Fiscal na abordagem da garantia idónea, que analisaremos mais detalhadamente no ponto 6 do presente trabalho.

Em suma, parece-nos ser de realçar esta questão da indeterminação e da discricionariedade da garantia idónea, pois a mesma pode ter consequências importantes para os contribuintes.

¹⁷ “2. Sem ter diligenciado a avaliação do imóvel penhorado (nos termos do IMI) a Administração Fiscal não pode recusar a suspensão do processo executivo ao devedor revertido, que não garante a totalidade da dívida e a quem foi penhorado o dito imóvel, com o fundamento de que o mesmo se encontra onerado com encargos hipotecários superiores à dívida que deveria garantir ou que o valor patrimonial fixado não cobre a quantia exequenda (cfr. 25º nº1 al. a) do CPPT, na redacção da Lei nº 53-A/2006, 29.12.)3. E isto porque a garantia a prestar por um qualquer executado, designadamente por penhora, terá de se limitar ao montante por cujo pagamento ele seja responsável, de acordo com a regra do art. 217º do CPPT.”

5. REGIME LEGAL

5.1. No procedimento tributário

Antes de falarmos da questão da garantia no âmbito do procedimento tributário, convém ter em atenção que o mesmo deve ser entendido como “o conjunto de actos, provenientes de órgão administrativos tributários distintos, relativamente autónomos e organizados sequencialmente, direccionados à produção de um determinado resultado, do qual são instrumentais”¹⁸. Estamos, portanto, no âmbito do artº 44º do CPPT e das garantias graciosas (revisão da matéria tributável, revisão dos actos tributários, recurso hierárquico e reclamação graciosa).¹⁹

Aqui convém salientar que a prestação de garantia não tem obrigatoriamente de ser efectuada quando a dívida já relaxou, isto é, quando o processo executivo já foi instaurado. Existem várias vantagens em requerer a prestação de garantia na petição da reclamação, que se passam a elencar:

- se reclamo quando a dívida já está vencida, a mesma já relaxou e já está instaurado o processo de execução fiscal. Assim sendo, vou prestar garantia nos termos do artº 169º do CPPT, no órgão de execução fiscal onde corre o processo. Para o cálculo da garantia entra a dívida exequenda, os juros de mora (até 5 anos), custas do processo, acrescidas de 25% da soma destes valores. Se a garantia for prestada antes do vencimento da dívida, não há razão para a instauração do processo de execução fiscal, conforme defende Lopes de Sousa, no seu CPPT anotado. Nestes termos, o cálculo da garantia deixa de fora os juros de mora e as custas;

- destaco na petição que a dívida ainda não venceu e o Chefe do Serviço de Finanças notifica o reclamante para no prazo de dez dias prestar garantia (prazo de acordo com o estipulado no nº4 do artº 103º do CPPT para a impugnação judicial);

- não sendo instaurada a execução fiscal evito que o processo prossiga, designadamente com a penhora.

¹⁸ ROCHA, JOAQUIM FREITAS DA, in Lições de Procedimento e Processo Tributário, 3ª edição, Coimbra Editora, pág. 75.

¹⁹ “O CPPT inclui no procedimento tributário as seguintes fases principais: a) Liquidação; b) Reclamação; c) Recurso hierárquico e d) Cobrança”; TEIXEIRA, Glória, in Manual de Direito Fiscal, Almedina, 2ª edição revista e ampliada, Março de 2010, pág. 367

5.2. No processo tributário

Como processo tributário entende-se “o conjunto de actos concretizadores e exteriorizadores da vontade dos agentes jurisdicionais tributários”²⁰ - os tribunais administrativos e fiscais. Estamos, portanto, no âmbito do artº 97º do CPPT e das garantias contenciosas (impugnação judicial e oposição à execução fiscal).

“Nos termos do CPPT, o processo tributário aplica-se aos casos de apresentação de impugnação, pedidos de providências cautelares, acções para o reconhecimento de um direito ou interesse legítimo, meios processuais acessórios, intimação para um comportamento e acções executivas, neste último caso, com as “deficiências” constitucionais e legais já enunciadas pela autora nesta obra”²¹.

Se impugno judicialmente nos termos do nº4 do artº 103º do CPPT é referido que a mesma tem efeito suspensivo quando, a requerimento do contribuinte for prestada garantia no prazo de dez dias após a notificação do tribunal para o efeito, respeitando os critérios e termos referidos nos nºs 1 a 5 e 9 do artigo 199º do referido diploma legal. Contudo, o procedimento que tem sido habitual pelo tribunal é o despacho no sentido de que ouvido o órgão de execução fiscal, o processo de execução fiscal já está instaurado, pelo que se preste a garantia no Serviço de Finanças. Não era este o desfecho pretendido pelo advogado, dado que o que o mesmo pretendia era que a execução fiscal nem fosse instaurada. Contudo, por norma, o advogado não consegue o seu intento com este argumento porque normalmente o processo de execução fiscal já está instaurado quando é proferido despacho no sentido que se apontou. Isto acontece porque a impugnação chega ao juiz quando a dívida já está vencida, mesmo que tenha sido apresentada antes do vencimento da mesma.

Este comportamento do tribunal prejudica o contribuinte dado que, como já se referiu no ponto anterior, instaurada a execução fiscal para cálculo da garantia entram os juros de mora e as custas.

Uma questão curiosa prende-se com a apresentação de impugnação relativamente ao IMI. Quando se impugna, impugna-se a totalidade da dívida, que engloba as duas prestações. O que acontece muitas vezes é que já existe processo de execução fiscal porque

²⁰ ROCHA, JOAQUIM FREITAS DA, in Lições de Procedimento e Processo Tributário, 3ª edição, Coimbra Editora, pág. 217.

²¹ TEIXEIRA, Glória, in Manual de Direito Fiscal, Almedina, 2ª edição revista e ampliada, Março de 2010, pág. 368

já se venceu a primeira prestação, dando a segunda prestação origem a outro processo de execução fiscal. É solicitada a prestação de garantia para a totalidade do imposto impugnado e só o tribunal pode fixar a garantia neste caso. O serviço de Finanças não pode fixá-la porque apenas se venceu ainda a primeira prestação e não a totalidade da dívida. Esta actuação do tribunal em insistir que seja prestada garantia no Serviço de Finanças tem causado alguns embaraços.

Se porventura o advogado não aceitar prestar garantia no Serviço de Finanças, pede para esclarecer o despacho, recorrendo-se do artº 285º do CPPT.

5.3. Suspensão da cobrança coerciva versus decurso dos prazos de reacção

Questão relevante que se coloca ao contribuinte prende-se com a opção a tomar relativamente à prestação de garantia. Cabe-lhe escolher entre prestar garantia ou deixar decorrer os prazos de reacção, com a consequente tramitação do processo de execução fiscal.

Relativamente a este aspecto, já afloramos em que condições pode ser prestada garantia (antes ou depois de instaurada a execução), mas ainda não referimos convenientemente que, caso opte por deixar decorrer os prazos de reacção o contribuinte pode ver-se confrontado com a penhora de bens por parte da Administração Fiscal e consequente tramitação do processo.

Para evitar tal situação, pode optar mesmo por pagar o processo executivo na íntegra e aguardar o resultado da reclamação graciosa ou da impugnação. Se o fizer, no caso de oposição enquanto devedor originário, extingue-se a execução e a oposição o mesmo não acontecendo se o pagamento do processo ocorrer depois de apresentada oposição pelo revertido na execução.

Em relação aos prazos, e estando já instaurada a execução, temos que se for apresentada reclamação graciosa, a alínea f) do artº 69º do CPPT prevê que o executado seja notificado para, no prazo de dez dias prestar garantia enquanto que se tiver sido apresentada impugnação judicial o prazo é de 15 dias, de acordo com o nº 2 e 3 do artº 169º do CPPT.

Por outras palavras e relativamente aos pressupostos de que depende a suspensão da execução, remete-se para o artigo de Adriana Monteiro, Nuno Cerejeira Namora, que

refere o seguinte: “ *Relativamente aos pressupostos de cuja verificação depende a suspensão da execução fiscal, importa salientar que a formulação dos n.ºs 2 e 3 do art.º 169.º do CPPT, extrai-se que mesmo que não esteja prestada garantia, a simples impugnação administrativa ou judicial do acto tributário tem efeito suspensivo provisório até que termine o prazo de dez dias (em caso de reclamação graciosa - art.º 69.º do CPPT) ou 15 dias (em caso de impugnação judicial) que se prevê que seja concedido ao executado para que a preste”.*

5.4. Isenção e dispensa de prestação de garantia

A questão da isenção de prestação de garantia encontra-se prevista no n.º4 do art.º 52.º da LGT²² e a sua dispensa encontra-se prevista no art.º 170.º do CPPT.

Não é, por vezes, pacífico o entendimento dado ao n.º4 do art.º 52.º da LGT, pelo que muitas vezes a prova realizada pelo contribuinte não é suficiente para o isentar da prestação de garantia.

Se é certo que o Estado é exigente na concessão da isenção de prestação de garantia, também convém referir que o é em defesa do princípio da igualdade que deve nortear a sua actuação. As condições previstas na lei são bem delimitadoras e só em casos devidamente comprovados é que o Estado pode conceder a referida isenção.

Esta questão é de tal importância que originou mesmo o recurso ao Tribunal Constitucional para apreciação da Constitucionalidade do n.º4 do art.º 52.º da LGT e 199.º n.º5 do CPPT. Sobre esta matéria se refere o Acórdão n.º 297/2009 - Processo n.º 267/09 - 2.ª secção, que indeferiu a reclamação apresentada pelo contribuinte, que pretendia que se considerassem inconstitucionais estes dispositivos legais.

A dispensa da prestação de garantia deve ser requerida no prazo previsto no n.º2 do art.º 169.º do CPPT, excepto se o seu fundamento for superveniente ao termo daquele prazo, caso em que deve ser requerida no prazo de 30 dias após a sua ocorrência. O art.º 170.º refere ainda que o pedido deve ser dirigido ao órgão da execução fiscal devidamente fundamentado de facto e de direito e instruído com a prova documental necessária. Mais dispõe que o pedido deve ser resolvido no prazo de 10 dias após a sua apresentação e se

²² A administração tributária pode, a requerimento do executado, isentá-lo da prestação de garantia nos casos de a sua prestação lhe causar prejuízo irreparável ou manifesta falta de meios económicos revelada pela insuficiência de bens penhoráveis para o pagamento da dívida exequenda e acrescido, desde que em qualquer dos casos a insuficiência ou inexistência de bens não seja da responsabilidade do executado.

decorrido esse prazo o pedido não ficar resolvido, o requerente pode presumir indeferida a sua pretensão, podendo reclamar da decisão tácita para o tribunal tributário de 1ª instância, de harmonia com o preceituado nos artºs. 276º a 278º do CPPT e artº 109º, nº1, do CPA.

Relativamente à isenção de prestação de garantia, remete-se ainda para o ponto dois do presente trabalho, relativamente à isenção prevista no DL 150/2006, de 2 de Agosto (pedido de pagamento em prestações de IRS e IRC cujo pedido tenha sido efectuado até 15 dias após o prazo de pagamento voluntário).

5.5 A caducidade das garantias

As garantias prestadas têm, contudo, prazo de validade, pois comportam custos para o contribuinte.

O regime do prazo de validade teve várias alterações nos últimos anos, que se passam agora a evidenciar:

De 2001 até final de 2007

Relativamente a este período, a garantia prestada para suspender a execução em caso de reclamação graciosa, impugnação judicial ou oposição (incluindo a penhora) caducava se a reclamação graciosa não tivesse sido decidida no prazo de um ano a contar da data da sua interposição e se no prazo de três anos não tivesse sido proferida a sentença, no caso de impugnação judicial ou de oposição.

A consequência da caducidade da garantia era a indemnização do contribuinte pelos encargos suportados com a sua prestação.

No ano de 2008

Durante este ano desapareceu o regime de caducidade das garantias, mantendo-se “*ad eternum*” enquanto o processo não for decidido. A garantia prestada só pode ser levantada nos seguintes casos:

- a) quando o processo que a originou tenha transitado em julgado com decisão favorável ao contribuinte ou;
- b) com o pagamento da dívida.

Consequentemente os contribuintes ficaram mais desprotegidos relativamente à

demora na decisão dos processos sendo sobrecarregados com custos mais elevados com a prestação das garantias.

Contudo, em 11 de Agosto de 2008 é aprovada a Lei 40/2008, que repôs, ainda que parcialmente, o regime da caducidade das garantias fiscais. A reposição do regime anterior é, todavia, somente parcial, já que apenas abrangerá as reclamações gratuitas não decididas em menos de um ano, deixando, assim, de parte a possibilidade da caducidade das garantias quando a legalidade da liquidação ou a inexigibilidade da dívida estejam a ser discutidas em processos judiciais não esclarecendo sobre se inclui, como estava bem explícito no regime anterior, a caducidade da penhora. Contudo, o prazo de um ano previsto no nº1 do artº 183-A do CPPT não se aplica se o atraso na decisão resultar de motivo imputável ao reclamante, conforme dispõe o número dois do referido artigo.

De salientar, contudo, que esta lei apenas entrou em vigor no início de 2009.

Esta alteração legislativa teve como consequências:

- um plano que previa que as reclamações gratuitas passassem a ser apreciadas no prazo de um mês ou, no prazo máximo de 3 meses, no caso de especial complexidade. Maior celeridade na apreciação das reclamações gratuitas passou a ser a palavra de ordem para a Administração Tributária;

- que as garantias prestadas em virtude de impugnações e oposições judiciais são prestadas “*ad eternum*”, até ser conhecida a sentença.

A declaração de caducidade da garantia

A caducidade da garantia pode ser declarada de duas formas:

- oficiosamente ou
- a requerimento do interessado.

A entidade competente para apreciar a caducidade é o órgão da Administração Tributária a quem cabe decidir a reclamação, ou seja, o Director de Finanças ou o Chefe do Serviço de Finanças competentes, que se deve pronunciar sobre a questão no prazo de trinta dias, sob pena do requerimento ser considerado tacitamente deferido, devendo o órgão de execução fiscal promover o cancelamento da garantia no caso de deferimento, expresso ou tácito, do pedido, no prazo de cinco dias (novidade em relação ao regime anterior).

Contudo, como já acontecia, se a Administração Fiscal não se pronunciar no

aludido prazo de trinta dias, o contribuinte fica sem qualquer documento que lhe permita comprovar que não existiu decisão, pelo que os Chefes dos Serviços de Finanças, com o argumento de que desconhecem se houve decisão, continuarão a negar o levantamento da garantia.

Em relação a este aspecto convém ainda referir que uma vez caducado o direito à garantia o mesmo não pode ser ripristinado caso o contribuinte não concorde com a decisão da reclamação e decida impugna-la judicialmente. É que não faz sentido que a garantia possa caducar ou deixar de ser exigível, por omissão da decisão administrativa e posteriormente possa ser exigida em consequência de impugnação judicial.

6- ANÁLISE DE INSTRUÇÕES ADMINISTRATIVAS

6.1 Sobre constituição e manutenção da garantia idónea em processo de execução fiscal

Sobre este assunto se refere o ofício - circulado 60076 de 29/07/2010 que tem como objectivos uniformizar os procedimentos da Administração Tributária e eliminação de eventuais factores de discricionariedade (matéria sobre a qual já nos debruçamos no ponto quatro), com vista à garantia do princípio da igualdade, na matéria de prestação de garantias e, assim, a salvaguarda do interesse público na cobrança dos créditos tributários.

No ponto I do referido ofício - circulado é ordenado aos serviços que dêem preferência à constituição de garantias que apresentem maior grau de liquidez. Assim sendo, deve dar-se preferência à constituição de garantia bancária, caução ou seguro - caução. Como vimos atrás, é o próprio nº1 do artº 199º do CPPT que dá prioridade à constituição deste tipo de garantias, em detrimento das que constam no nº 2 do referido artigo (penhor e hipoteca voluntária). Tal fica a dever-se ao facto de sobre estas últimas garantias estar associada uma maior incerteza e, indirectamente, realização ou execução.

Convém ressaltar o facto de que existindo plano de insolvência ou de procedimento extrajudicial de conciliação (PEC) a penhora não produzirá efeitos enquanto se mantiver a suspensão do processo de execução fiscal, pelo que os Serviços só devem admitir a constituição de garantia de acordo com o estipulado no nº1 e nº2 do artº 199º do CPPT.

No que concerne aos imóveis, há vários aspectos a considerar. Em primeiro lugar, deve dar-se preferência, obviamente, aos que não se encontram onerados e, no caso de

sobre os mesmos incidirem quaisquer ónus, devem ser considerados pelo seu valor líquido (deduz-se previamente o valor do ónus ou encargos que sobre eles incidem).

Convém não esquecer que as garantias incidentes sobre imóveis obedecem ao princípio do trato sucessivo do registo, pelo que é dada preferência à realização dos créditos cuja garantia foi anteriormente registada.

Relativamente á determinação do valor dos imóveis, esta é efectuada de acordo com o CIMI, dado que nos termos do artº 250º do CPPT é esse o valor base para a venda, em caso de incumprimento.

O officio - circulado que estamos a analisar refere que só no caso de ser absolutamente impossível constituir garantia bancária, caução, seguro - caução ou, secundariamente de hipoteca, é que se passará à constituição de garantia de bens móveis, como seja o caso do penhor, ficando o valor a considerar na garantia o que o mercado estiver disponível para pagar, em caso de incumprimento e na data em que tal ocorrer.

A penhora de bens prevista no nº 4 do artº 199º apenas servirá de garantia nos casos aí elencados, cujo plano prestacional não derive da situação de insolvência ou PEC e nos casos de suspensão do processo de execução, de acordo com o estipulado no artigo 169º do CPPT.

O ponto II refere-se à substituição e reforço de garantia. Sobre este aspecto dispõe o officio - circulado em análise que constituída garantia, esta não deve ser substituída por outra que revele um grau de liquidez inferior e que não deverá ser admitida a redução da qualidade da garantia, designadamente quanto á sua liquidez, devendo ser respeitado o estabelecido no nº1 do artº 219º do CPPT.

Relativamente ao valor da garantia, convém agora salientar que a mesma deve ser calculada de acordo com o disposto no nº5 do artº 199º do CPPT, ou seja, deve ter valor suficiente para proporcionar à Administração Tributária a cobrança efectiva da dívida e nunca deve ser inferior à soma da quantia exequenda, juros de mora contados até à data do pedido e custas na totalidade, acrescidas de 25% da soma daqueles valores.

Se a garantia prestada for insuficiente deverá ser exigido o reforço da mesma, no montante suficiente para perfazer o valor legal, nos termos do nº3 do artº 52º da LGT e do nº9 do artº 199º do CPPT. Se, notificado para o efeito, não vier reforçar a garantia, o órgão de execução fiscal deverá determinar de imediato o levantamento da suspensão do processo, devendo citar a entidade que tiver prestado garantia para efectuar o pagamento

da dívida e acrescido, até ao montante da garantia, conforme estipula o nº2 do artº 200º do CPPT, sob pena de ser executada no próprio processo. Contrariamente, se o valor da garantia se tornou excessivo, deve proceder-se officiosamente à sua redução, de acordo com o estipulado no nº6 do artº 52º da LGT e nº 10 do artº 199º do CPPT.

6.2 Sobre condições a observar para a concessão, dispensa/isenção de garantia em processo de execução fiscal

Esta matéria, a que fizemos já referência no ponto três, está também prevista no ofício - circulado 60077 de 29/07/2010. O mesmo tem como objectivo uniformizar os procedimentos e as práticas dos Serviços em relação a esta matéria de dispensa ou isenção de prestação de garantia, assim como a salvaguarda do interesse público na cobrança dos créditos tributários e do princípio da igualdade.

O ponto 1 do referido ofício - circulado refere-se aos pressupostos de cuja verificação depende a dispensa de prestação de garantia, pressupostos esses a que já fizemos alusão e que estão plasmados no artº 52º da LGT e que se podem dividir em três partes:

1 - A prestação de garantia deve ser causa de um prejuízo irreparável para o executado ou;

2- A A prestação de garantia deve ser causa da manifesta falta de meios económicos, revelada pela insuficiência de bens penhoráveis para pagamento da dívida exequenda e acrescido;

3- Quer se baseie no pressuposto 1. Quer no pressuposto 2. é necessário que o executado não seja responsável pela situação de insuficiência ou inexistência de bens.

Do que se depreende que os pressupostos referidos em 1. e 2. são alternativos, ou seja, é suficiente que se verifique um ou outro, enquanto que o pressuposto referido em 3. é sempre de verificação necessária.

O ofício - circulado que estamos a analisar passa então a explanar os conceitos de prejuízo irreparável, manifesta falta de meios económicos revelada pela insuficiência de bens penhoráveis e irresponsabilidade do executado pela situação de insuficiência/inexistência de bens.

Assim, é associado o carácter irreparável dos prejuízos com a diminuição de proveitos por parte da actividade desenvolvida pelo executado. A noção, a nosso ver,

restringe-se aos executados que desenvolvem uma actividade económica e a prestação de garantia cause-lhe encargos financeiros de tal modo que ele deixa de poder assumir os seus compromissos. Mas cabe-nos levantar a seguinte questão? Só haverá prejuízo irreparável para os executados que desenvolvam uma actividade económica? É o que parece depreender da leitura do ofício - circulado. E os outros, também não poderão invocar esta condição? A meu ver, sim pois a prestação de garantia idónea, por exemplo, garantia bancária, tem associados custos que podem não ser suportáveis por um contribuinte que trabalhe por contra de outrem, tenha rendimentos provenientes de rendas, mas não desenvolva qualquer actividade económica.

A manifesta falta de meios económicos revelada pela insuficiência de bens penhoráveis refere-se ao caso em que a prestação de garantia origine uma situação de carência económica do executado, de forma a que ele deixa de poder dispor de meios financeiros para satisfazer as suas necessidades básicas, pondo em causa a sua subsistência, quer se trate de pessoa singular ou colectiva.

De salientar que a insuficiência de bens penhoráveis não determina, por si só, uma situação de manifesta falta de meios económicos, devendo ser encarada como um indício, forte, mas não como condição “causa - efeito”.

No que concerne à irresponsabilidade do executado pela situação de insuficiência/ inexistência de bens, tal significa que o mesmo não actuou de tal forma que possa ser considerado o responsável pela situação de insuficiência ou inexistência de bens, cabendo-lhe a si a prova de que tal facto não lhe é imputável. Quando se tratar de pessoas singulares, se o executado demonstrar a existência de alguma causa de Insuficiência ou inexistência de bens e a Administração Fiscal não provar que a sua actuação contribuiu para a situação, deve considerar-se verificado este pressuposto. Se se tratar de pessoas colectivas, só se deve considerar que este pressuposto é verificado no caso da dissipação dos bens estar absolutamente na indisponibilidade da empresa ou da administração que a representava ou representa. A título de exemplo, o caso de catástrofe natural ou humana imprevisível.

A não ser nestes casos, deve considerar-se que existirá sempre uma responsabilidade da empresa pelo destino dado aos bens que fazem parte do seu património, pela actuação dos seus gestores/ administradores.

O ponto 2. deste ofício - circulado refere-se ao requerimento de dispensa de

prestação de garantia, que deverá ser efectuada no prazo de 15 dias a contar da notificação enviada ao executado para prestação de garantia, mediante requerimento dirigido ao Chefe do Serviço de Finanças. Há, contudo, uma excepção, prevista no n.º 2 do art.º 170.º do CPPT, que refere que se o fundamento da dispensa ocorrer após esses 15 dias, deverá ser requerido no prazo de 30 dias após a ocorrência do fundamento.

Relativamente ao ponto três, relativo ao ónus da prova da verificação dos factos constitutivos dos direitos dos contribuintes, recai sobre quem os invoque (art.º 74.º n.º1 da LGT e art.º 342.º do CC), neste caso, sobre o executado, de tal modo que o requerimento apresentado deve estar devidamente fundamentado e documentado, comprovando os pressupostos de que depende a concessão da dispensa (n.º3 do art.º 170.º do CPPT).

6.3 Constituição e manutenção de garantias sobre participações sociais

Dispõe o ponto I do ofício - circulado 60078 de 30/08/2010 que no caso de constituição de garantias sobre participações sociais, deve ser efectuada pelos serviços uma análise casuística dos respectivos activos financeiros.

O resultado da avaliação deve corresponder ao valor que o Estado receberá se e quando houver necessidade de converter os referidos activos em meios financeiros, para pagamento da dívida.

O prazo para aferir da idoneidade da garantia é de 15 dias a contar da apresentação do pedido para a sua constituição.

Para a avaliação das participações sociais, dispõe o referido ofício - circulado que a mesma deve ser realizada atendendo ao tipo de participação social, com base no disposto no art.º 15.º do CIS, por se tratar do único regime legal existente no sistema fiscal adequado ao resultado que se pretende. Contudo, prevê-se a utilização de outro método, baseado no valor esperado de fluxos financeiros futuros a libertar pela entidade em questão, calculados tendo em atenção o desempenho histórico e de acordo com a expectativa em relação à evolução futura da actividade, desde que tal método se mostre devidamente fundamentado e for adequado ao apuramento de uma forma mais sustentada de um valor de realização de liquidez, caso Tal se mostre necessário.

Assim, conforme estipula o art.º 15.º do CIS, o montante da garantia a constituir deverá ser determinado de acordo com o montante unitário de cada participação social, fixado nos seguintes termos:

1- Se as participações sociais não forem acções, proceder-se-á à avaliação, com base no último balanço da sociedade (n.º1 do art.º 15.º do CIS), com as necessárias correcções (se o balanço delas necessitar), de modo a que a avaliação reflita tais correcções (n.º2 do art.º 15.º do CIS).

2- Se se tratarem de acções, títulos e certificados de dívida pública e outros papéis de crédito, somos remetidos para o n.º 3 do art.º 15.º do CIS, com as necessárias adaptações. As referências feitas neste artigo à “transmissão” ou às “ acções transmitidas”, devem ser consideradas como relativas ao momento em que for apreciada a idoneidade da garantia.

Ainda de acordo com esta norma, o valor das participações resulta da cotação oficial, reportada à data da apreciação da idoneidade da garantia e se a mesma não existir nessa data, atender-se-á à da última mais próxima dentro dos seis meses anteriores.

Importa, assim, distinguir o caso em que há cotação oficial do caso em que a mesma não existe.

Na ausência de cotação oficial:

- O valor das acções oferecidas (V_a), corresponde ao que resultar da seguinte fórmula:

$V_a = 1/ 2n [S + (R1 + R2) / 2 f]$, conforme dispõe a alínea a) do n.º3 do art.º 15.º do CIS.²³

- Se a sociedade tiver sido constituída há menos de 2 anos, e se o total do valor nominal das acções ultrapassar os € 500,00, não se aplicará a fórmula que se referiu, pois o valor das acções (V_a) corresponde ao seu valor substancial ($V_a = S/n$), de acordo com o estabelecido na alínea b) do n.º3 do art.º 15.º do CIS.

- Se se tratarem de títulos e certificados da dívida pública e outros valores mobiliários, relativamente aos quais o CIS não estabelece regras próprias de valorização, o valor (V_t) é o que for indicado pela Comissão de Mercado de Valores Mobiliários (CMVM), devendo ser emitida certidão para o efeito, com base na aplicação da seguinte

²³ V_a representa o valor de cada acção à data da transmissão; n é o número de acções representativas do capital da sociedade participada; S é o valor substancial da sociedade participada, o qual é calculado a partir do valor contabilístico correspondente ao último exercício anterior à transmissão com as correcções que se revelem justificadas, considerando-se, sempre que for caso disso, a provisão para impostos sobre lucros; $R1$ e $R2$ são os resultados líquidos obtidos pela sociedade participada nos dois últimos exercícios anteriores à transmissão, considerando-se $R1+R2$ nos casos em que o somatório desses resultados for negativo; f é o factor da capitalização dos resultados líquidos calculado com base na taxa de juro aplicada pelo Banco Central Europeu às suas principais operações de refinanciamento, tal como publicada no Jornal Oficial da União Europeia e em vigor na data em que ocorra a transmissão.

fórmula:

$V_t = N + J / (1 + RT / 1200)$, de acordo com o estipulado na alínea c) do nº3 do artº 15º do CIS.

No caso de títulos ou certificados da dívida pública cujo valor não se possa determinar pela fórmula que se referiu, atender-se-á ao valor indicado pelo Instituto de Gestão do Crédito Público (IGCP) - al d) do nº3 do artº 15º do CIS.

De salientar que só não se procederá de acordo com o estabelecido no nº3 do artº 15º do CIS, nos casos referidos no nº4 do aludido artigo, isto é, quando se tratarem de títulos representativos do capital social das cooperativas (al. b) do nº4), ou de acções que somente confirmam direito à participação nos lucros (al. c) do nº 4) , dado que, nestes casos, o valor resulta directamente das respectivas alíneas do nº 4.

Importa ainda salientar que no caso de participações sociais negociadas em mercado de valores mobiliários existe uma grande oscilação da sua cotação, pelo que é necessário, quando se apreciar da idoneidade da garantia, que se compare o valor da cotação oficial desse momento, com o valor médio da cotação oficial dos 12 meses anteriores. Esta é uma medida cautelar para evitar que valorizações ou desvalorizações momentâneas sem sustentabilidade financeira inflacionem ou deflacionem, artificialmente, o valor da garantia que estiver a analisar.

No caso de se apurar uma diferença substancial para menos entre o valor unitário das participações negociadas em mercado, dada a sua cotação oficial à data da apreciação da garantia, e o valor médio da cotação relativa aos últimos 12 meses, ter-se-á de exigir o reforço da garantia a constituir, devendo o executado ser notificado para, num prazo entre 15 a 45 dias, proceder à constituição da garantia, devidamente reforçada, com a cominação de que se tal não acontecer, não será autorizada a constituição da garantia, não sendo, consequentemente, suspenso o processo, conforme dispõe o nº3 do artº 52º da LGT e nº9 do artº 199º do CPPT.

Se acontecer que a garantia a prestar for de tal montante que permita suspender o processo, então os Serviços de Finanças deverão tomar medidas tendentes à reavaliação anual das participações sociais que constituam objecto de garantia, para assegurar que esta mantenha um valor global suficiente para a manutenção da suspensão do processo.

A reavaliação é efectuada nos mesmos moldes, já referidos, que é realizada a apreciação da idoneidade da garantia e deve acontecer todos os anos nos seguintes termos:

a) Se se tratarem de acções cotadas, deve ser efectuada em Janeiro, com referência ao último dia do ano anterior, de acordo com as cotações oficiais;

b) No caso de outras participações sociais, deve ser efectuada em Julho, tendo também como referência o último dia do ano anterior, baseando-se nos elementos do balanço constantes da IES (Informação Empresarial Simplificada).

A reavaliação deve ser promovida pelo Serviço de Finanças competente e, se necessário, com recurso à Direcção de Finanças a que pertence.

6.3.1 O caso do penhor de quotas e acções. Formalidades da sua constituição. Legitimidade do dador do penhor.

O ponto II deste ofício- circulado relaciona-se com a constituição do penhor de quotas e acções.

Como já se referiu, o penhor está previsto no artº 666º do CC e sobre ele nos dedicamos no ponto três do presente trabalho. Contudo, convém ainda tecer algumas considerações sobre o mesmo, designadamente sobre o penhor de participações sociais, que apenas pode ser constituído dentro das limitações estabelecidas para a transmissão entre vivos das referidas participações, devendo constar de escrito particular, de acordo com o disposto no nº3 do artº 23º do CSC. Caso não conste de escrito particular ao mesmo é aplicável o regime da nulidade, de acordo com o artº 22º do CC.

Escusado será dizer que as quotas e as acções são o tipo de participações sociais mais usuais enquanto títulos representativos do capital das sociedades, pelo que antes de apreciar a idoneidade da prestação do penhor sobre as ditas quotas e acções, os serviços devem zelar para que sejam observadas as formalidades legais relacionadas com a sua constituição e registo, de acordo com as regras que a seguir se passam a descrever.

Formalidades a observar na constituição do penhor de quotas

De acordo com o artº 1º do Código dos Valores Mobiliários (CVM), as quotas não são valores mobiliários, efectuada uma interpretação a *contrario sensu* do aludido artigo. Por esse motivo, no que respeita à constituição de penhor sobre as mesmas, não se seguem as regras constantes do CVM.

Então como se procede para a constituição do penhor de quotas?

Este deverá ser feito por escrito particular, tendo em atenção as limitações estabelecidas para a transmissão entre vivos das referidas participações, de acordo com o nº3 do artº 23º do CSC, a que se segue o registo comercial do penhor, atendendo à alínea f) do nº1 do artº 3º do Código do Registo Comercial (CRC). Para se proceder ao seu registo deverá ser apresentada certidão do documento particular (ou escritura) que titula a constituição do penhor.

Para que a garantia se considere constituída é necessário que:

- O penhor conste de escrito particular onde esteja discriminada a quantidade e o valor das quotas que ficam com ele oneradas, a dívida que garantem e o seu valor;
- Que estejam libertas de outros ónus;
- Que o penhor esteja registado na CRC.

Formalidades a observar na constituição do penhor de acções

Como as acções são consideradas valores mobiliários, de acordo com o já referido artº 1º do CVM (alínea a), no caso), a constituição de penhor está sujeita às formalidades previstas no CVM.

De acordo com o nº 1 do artº 46º do CVM, as acções podem revestir dois tipos:

- Escriturais, se forem representadas por registos em conta;
- Tituladas, se forem representadas por documentos em papel, designadas por títulos.

Outra distinção possível de efectuar é se as acções são nominativas ou ao portador:

- Serão designadas nominativas se for conhecido, a todo o tempo, a identidade dos titulares;
- Serão designadas ao portador, caso contrário.

Esta distinção está prevista no nº1 do artº 52º do CVM, sendo que o seu nº2 dispõe que na falta de cláusula estatutária ou de decisão do emitente, os valores mobiliários consideram-se nominativos. De acordo com o que foi dito depreende-se que na constituição de penhor de acções atender-se-á ao facto de as mesmas serem consideradas tituladas ou escriturais.

Formalidades de constituição do penhor de acções tituladas

Atendendo ao nº 1 do artº 103º do CVM, isto é, das normas dos artigos 101º e 102º do CVM, a constituição do penhor sobre acções tituladas é feita nos termos estabelecidos para a transmissão da titularidade das referidas acções.

a) Acções tituladas ao portador

a.1 – Não depositadas

Neste caso, a constituição de penhor é efectuada através da entrega do título ao adquirente ou ao depositário por ele indicado, atendendo ao nº1 do artº 101º do CVM, por remissão do nº1 do artº 103º do CVM.

Para tal, os Serviços de Finanças devem exigir o seu depósito em entidade bancária à ordem do Chefe do Serviço de Finanças.

a.2 – Depositadas

Se as acções tituladas ao portador já se encontrarem depositadas junto do depositário, a constituição do penhor efectua-se pelo registo dos títulos na conta do credor na instituição depositária, sendo que produzem efeitos a partir da data do requerimento do registo (nº2 do artº 101º do CVM), por força do nº1 do artº 103º do CVM.

Neste caso, os Serviços devem exigir ao devedor a abertura de uma conta de depósito de valores mobiliários à ordem do órgão de execução fiscal, sendo o penhor constituído por registo nessa conta, de que deverá ser emitido certificado comprovativo pela entidade depositária, com a junção ao processo.

b) Acções tituladas nominativas

No que concerne às acções tituladas nominativas, é aplicado o disposto nos nº1 e nº5 do artº 102º do CVM, por conjugação com o nº1 do artº 103º do CVM.

Assim sendo, o penhor constitui-se por declaração escrita no título a favor do credor pignoratício, seguida de registo junto do emitente ou junto de intermediário financeiro que o represente, sendo que a sua constituição apenas produz efeitos a partir da data do requerimento de registo junto do emitente.

Será exigível pelos Serviços de finanças declaração passada pela entidade emitente dos títulos ou de intermediário financeiro que a represente, da qual conste a efectivação do registo de penhor, com a devida discriminação dos títulos onerados e do respectivo valor.

Formalidades de Constituição do penhor de acções escriturais

a) Acções escriturais não integradas em sistema centralizado

De acordo com o estipulado no nº1 do artº 81º do CVM, neste caso, o penhor constitui-se por registo na conta do titular das acções, com a indicação da quantidade de valores mobiliários dados em penhor, do dador do penhor, da obrigação garantida e da identificação do beneficiário.

Ainda atendendo ao disposto na alínea g) do nº1 do artº 68º do CVM, a conta em referência é aquela que deverá conter, entre outros, a menção à constituição, modificação e extinção do penhor ou qualquer outra situação, modificação e extinção do penhor ou qualquer outra situação jurídica que onere os valores mobiliários.

Convém, ainda, salientar que o requerimento do registo pode ser efectuado tanto pelo dador do penhor, como pelo credor pignoratício, atendendo ao nº2 do artº 66º do CVM, com base em ordem escrita do disponente ou em documento bastante para a prova do facto a registar (nº1 do artº 67º do CVM).

Ainda de acordo com o nº2 do artº 81º do CVM, quando o direito de voto tenha sido atribuído ao credor pignoratício, o penhor pode ser constituído por registo em conta deste.

Neste caso, o Serviço de Finanças deve exigir a entrega de certificado, emitido pela entidade registadora, dado que, atendendo à lei, o registo do penhor prova-se através deste, emitido com referência à data em que foi emitido ou pelo prazo nele mencionado (nº1 e 2 do artº 78º do CVM). De acordo com o nº3 do artº 78º do CVM, tal certificado pode ser pedido tanto por quem tenha legitimidade para requerer o registo, como pelo próprio credor pignoratício.

Como colorário deste tipo de penhor convém referir que durante o período de vigência do certificado, ou enquanto este não for substituído, ocorre uma situação de indisponibilidade que implica o bloqueio de todos os actos de disposição voluntária por parte do respectivo titular.

Conforme o disposto na alínea a) do nº1 do artigo 72ª do CVM, estão obrigatoriamente sujeitos a bloqueio as acções escriturais em relação às quais tenham sido emitidos certificados para o exercício de direitos a elas inerentes, durante o prazo de vigência indicado no certificado, quando o exercício daqueles direitos dependa da

manutenção da titularidade, até à data desse exercício.

Acções escriturais integradas em Sistema Centralizado

Se as acções escriturais estiverem integradas em sistema centralizado, aplica-se tudo o que já se referiu anteriormente. Isto é, o penhor constitui-se também através do registo na conta do titular dos valores mobiliários, com a particularidade de que, neste caso, tem de ser aberta subconta específica junto da entidade gestora do sistema centralizado (nº7 do artº 91º do CVM), sendo que de acordo com a al.a) do nº1 do artigo 204º do CVM, tais valores deixam de poder ser transaccionados no mercado de valores mobiliários, enquanto se mantiver o penhor. A actuação do Serviço de Finanças é de acordo com o referido no ponto anterior, com as necessárias adaptações.

Legitimidade do dador do penhor

Relativamente à legitimidade do dador do penhor, somos remetidos para o nº1 do artº 667º do CC, que estipula que só tem legitimidade para dar bens em penhor quem os puder alienar, que é, em regra, o titular dos bens dados em penhor.

A questão da legitimidade do requerente é importante pois a falta da mesma é motivo de recusa do registo do penhor dos valores mobiliários escriturais ou titulados, integrados em sistema centralizado, de acordo com a al. c) do nº1 do artº 77º do CVM, por remissão do artº 105º do CVM.

A ilegitimidade na prestação ou constituição de penhor sobre valores mobiliários pode originar a que o mesmo venha a ser considerado nulo. De salientar que o penhor pode ser prestado por um terceiro (que não o próprio executado) mas a requerimento deste) se este for também titular das acções dadas em penhor, ou tenha legitimidade para as alienar.

Finalmente, no que à questão se refere, convém referir que considera-se contrário ao fim da sociedade a prestação de garantias reais ou pessoais a dívidas de outras entidades, a não ser que exista, justificadamente, interesse próprio da sociedade garante ou se tratar de sociedade em relação de domínio ou de grupo, de acordo com o estipulado no nº3 do artº 6º do CSC. Assim sendo, torna-se necessária a verificação de qualquer destas excepções para que a sociedade prestadora do penhor tenha legitimidade para tal.

6.4 Sobre a constituição de fiança

Relativamente à constituição de fiança, convém realçar que embora ela não esteja expressamente prevista no nº1 do artº 199º do CPPT, a mesma poderá configurar garantia idónea, já que de acordo com instruções administrativas e de acordo com determinada jurisprudência (referimo-nos ao Processo 03966/10 do TACS) a mesma deverá ser aceite como garantia idónea.

Relativamente às instruções administrativas, remete-se para o despacho 642/2002 de 11/03/2002 do SEAF, que determinou o seguinte procedimento:

“ Os Serviços da Direcção Geral dos Impostos competentes, nos termos do disposto no nº8 do artº 199º do CPPT para apreciar as garantias a prestar para assegurar os créditos tributários exequendos, devem aceitar a título de garantia e em cumprimento do consignado no nº1 do artigo 199º do CPPT, qualquer garantia ou meio susceptível de assegurar os créditos do Estado, designadamente a fiança de pessoa singular ou colectiva, respectivamente domiciliada ou com sede em território português, cujos rendimentos de fonte nacional, património localizado em Portugal e/ou capital social e declarações de rendimentos demonstrem a sua capacidade sustentada de pagar o montante a garantir, nos termos do nº5 daquele mesmo artigo 199º do CPPT.”

No que concerne ao acórdão atrás referido, o seu sumário é bem explícito e concreto, pelo que se passa a descrever:

“ I – Nos termos do disposto no artº 199º do CPPT a fiança é uma das formas de garantia ai admitidas quando a lei se refere a qualquer meio susceptível de assegurar os créditos do exequente.

II – O artº 199º, nº1 do CPPT não confere à Administração Tributária uma escolha, pelo contrário, esta disposição determina que terão que ser aceites todas as garantias idóneas, definindo de seguida o que se deverá, exactamente, entender por garantia idónea.

III – Na fiança, o fiador obriga-se pessoalmente perante o credor ficando, em princípio, todo o seu património responsável pela satisfação do direito de crédito que este tem sobre o devedor, constituindo-se, assim, o fiador como verdadeiro devedor do credor, distinguindo-se a obrigação do fiador da obrigação do devedor, uma vez que ela é acessória da que recai sobre o principal devedor, embora tenha o mesmo conteúdo, sendo

a obrigação dos dois – devedor e fiador – a mesma, havendo alternativa quanto aos sujeitos passivos da obrigação – cfr. Artº 634º do CC: “ A fiança tem o conteúdo da obrigação principal e cobre as consequências legais e contratuais da mora ou culpa do devedor.”

IV – Não se estando perante qualquer margem de escolha por parte da Administração Tributária, em que esta possa livremente optar por aceitar ou não determinada garantia idónea, tal aceitação está dependente apenas de estarmos perante uma garantia susceptível de assegurar os créditos exequentes, o que se afere com base nos factos apurados nos autos, sendo a fiança prestada por uma sociedade gestora de participações sociais uma garantia idónea, desde que o património desta seja elemento indiciador da idoneidade de tal garantia.”

Em suma, quer as instruções administrativas existentes, quer a jurisprudência apontam para a aceitação da fiança como garantia idónea desde que pelos factos apurados se verificar que a entidade prestadora da garantia tem um património tal que seja elemento indiciador da idoneidade da referida garantia. As características desse património estão expressas no despacho do SEAF, a que nos referimos.

7- RECOMENDAÇÕES DO GRUPO PARA O ESTUDO DA POLÍTICA FISCAL, COMPETITIVIDADE, EFICIÊNCIA E JUSTIÇA DO SISTEMA FISCAL.

Neste ponto abordaremos as recomendações do grupo para o estudo da política fiscal, competitividade, eficiência e justiça fiscal.

Assim, no que se refere à suspensão do processo de execução fiscal com prestação de garantia (artºs 169º e 212º do CPPT e 52º da LGT), é defendida a contemplação de outros meios de tutela dos direitos e interesses do contribuinte, no artº 169º do CPPT, relacionados com a apreciação da legalidade da liquidação, no sentido de definir com precisão, até que momento se deverá manter a suspensão do processo de execução fiscal. Deverão, também, ser introduzidas normas que permitam ao contribuinte manifestar a intenção de reclamar ou de impugnar a liquidação nos prazos previstos na lei (excluindo-se, no entanto, os casos em que é apresentada fora dos prazos gerais a contestação que tem por fundamento a nulidade). Esta recomendação visa que o contribuinte possa saber,

quantificadamente, a garantia a prestar para obter a suspensão da execução fiscal assim que a mesma seja instaurada, por forma a não ser obrigado a antecipar a reclamação graciosa ou a impugnação judicial, para obter tal resultado. É, ainda, sugerido que se clarifique se a apresentação da reclamação graciosa ou impugnação judicial, com prestação de garantia, antes do termo do prazo de pagamento voluntário da liquidação, suspende, ou não, a extracção da certidão de dívida e, conseqüentemente, da execução fiscal.

No que concerne ao local da prestação da garantia (artºs 103º, nº4 e 183º nº1, do CPPT), é defendida a alteração do nº1 do artº 183º do CPPT, no sentido de passar a constar que seja prestada garantia, exclusivamente junto do órgão de execução fiscal. Nestes termos, é defendida, também, a alteração do nº4 do artº 103º do CPPT, para que seja harmonizado com o já referido nº1 do artº 183º.

Relativamente a outros problemas conexos com a prestação das garantias (artºs 199º do CPPT e 52º LGT), é defendido que a Administração Fiscal deva ter em atenção as condições financeiras das empresas na exigibilidade da prestação de garantias. É, também, defendido o recurso à penhora de bens e celeridade, justiça e equilíbrio na avaliação dos mesmos, por forma a permitir a suspensão da execução. Defende-se, ainda, a revisão da forma de determinação do valor da garantia a prestar, partindo do princípio que os valores actuais são muito elevados.

Relativamente ao dever de indemnizar, em caso de garantia indevida (artºs 171º e 53º da LGT), é defendida a alteração do artº 171º do CPPT, de modo a que este passe a estabelecer que a indemnização por garantia indevida possa ser requerida, para além do já estabelecido no nº1, na execução de julgados e, autonomamente, em acção de indemnização por responsabilidade civil extracontratual. Tal indemnização deveria conter o pagamento de juros indemnizatórios sobre os encargos suportados com a prestação de garantia indevida.

No que respeita à reposição da caducidade das garantias (ex. artº 183 – A e 23º CPPT), é defendida a reintrodução do regime previsto no anterior artigo 183-A do CPPT, para que a caducidade das garantias aconteça, em caso de pendência de impugnação e de oposição judicial, devendo ser ponderado o alargamento do prazo, por exemplo, para quatro anos.

Consequências do relatório do grupo de política fiscal depois de passado mais de um ano da sua publicação

O relatório cujas recomendações acabamos de analisar foi publicado em 13 de Outubro de 2009 e convém tecer algumas considerações sobre os efeitos do mesmo.

Antes de mais, e de acordo com António Carlos dos Santos, coordenador geral do relatório, a discussão do mesmo ficou aquém do desejado e do necessário.

Ainda segundo o mesmo, o poder político não lhe prestou a devida atenção, nem quanto às medidas que deveriam ter sido tomadas no curto prazo, quer nas que deveriam ter sido implementadas ao longo da legislatura, devido a duas ordens de razões: a perda da maioria absoluta e o impacto da crise financeira.

Principalmente no caso das medidas relacionadas com a justiça fiscal, que procuravam simplificar e desburocratizar o funcionamento dos serviços, com vista a um sistema fiscal mais justo, eficiente e competitivo, não há motivos para que as mesmas tivessem sido esquecidas.

Infelizmente foi isso que veio a acontecer, tendo, a título de exemplo, o último Orçamento do Estado dado mais importância a outras matérias do que à prestação de garantia idónea.

8- CONCLUSÃO

Do trabalho realizado tornou-se bem evidente que a questão da garantia idónea reveste um interesse muito especial, pois dela depende a suspensão da execução fiscal, com todas as consequências que daí advêm.

Não se trata de um conceito restrito, dado que a subjectividade inerente ao mesmo conduz a que deva ser admitida como garantia idónea não só as formas previstas expressamente no CPPT, mas qualquer outro meio susceptível de assegurar os créditos do exequente.

Da análise das instruções administrativas emanadas pela Administração Fiscal fica bem patente a preocupação de uma apreciação rigorosa das garantias que são apresentadas para análise no sentido de assegurar os créditos tributários. Contudo, tal análise criteriosa não impede que deva ser aceite determinada garantia apenas porque ela não está expressamente prevista na lei. A garantia idónea apresenta-se, assim, como alicerce das garantias dos contribuintes perante a Administração Fiscal pelo que a sua análise requer cuidados redobrados.

O carácter indeterminado e a discricionariedade administrativa são, assim, característicos da garantia idónea analisada como ficou bem patente na elaboração do presente trabalho.

9 – BIBLIOGRAFIA

Livros e periódicos

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - Direito das obrigações – volume II- Transmissão e Extinção das obrigações não cumprimento e garantias do crédito. Almedina, 6ª edição.

MARQUES, Paulo – *Res Fiscalis* Os direitos Reais na Actividade Tributária, Volume II – Garantias reais das obrigações. Ministério das Finanças e da Administração Pública, Direcção Geral dos Impostos, Centro de Formação, 1ª edição, Julho de 2009.

MARTINS, Luís M.- “Garantias bancárias não accionadas podem ser reclamadas”

MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde – Garantias das obrigações Publicação dos Trabalhos de Mestrado, coordenador. Almedina, Julho de 2007.

PEREIRA, A.M.; Leal Sáragga; Matins, Oliveira – “A reposição da caducidade das garantias fiscais”, in Informação Fiscal, Lisboa: Agosto, 28, 2008.

PINTO, José Alberto Pinheiro, in Revista Revisores E Auditores, Out/Dez 2008, páginas 42 a 45.

ROCHA, Joaquim Freitas da – “ Lições de Procedimento e Processo Tributário”. Coimbra Editora, 3ª edição, Outubro de 2009.

SANTOS, António Carlos dos- “ Relatório do Grupo de Política Fiscal: um ano depois”, in Revista da Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, Ano XI, nº128. Lisboa: Novembro, 2010, 28-31

TEIXEIRA, Glória – Manual de Direito Fiscal, Almedina, 2ª edição revista e ampliada, Março de 2010

Websites

www.plmj.com

www.insolvencia.pt