



UNIVERSIDADE
LUSÓFONA
DO PORTO

ANA FILIPA GOMES MACHADO

**A RESPONSABILIDADE DOS
TERCEIROS GARANTES NA
ÓTICA DO FIADOR**

Trabalho realizado sob orientação da
Professora Doutora Leticia Marques Costa

Novembro 2022



UNIVERSIDADE
LUSÓFONA
DO PORTO

UNIVERSIDADE LUSÓFONA DO PORTO

Ana Filipa Gomes Machado

A Responsabilidade Dos Terceiros Garantes Na Ótica do Fiador

Dissertação de Mestrado em Direito

Dissertação defendida em provas públicas na Universidade Lusófona do Porto no dia 14/11/2022, perante o júri seguinte:

Presidente: Professora Doutora Maria do Rosário Pereira Cardoso dos Anjos
(Professora Associada da Universidade Lusófona do Porto)

Arguente: Professora Doutora Maria Emília Teixeira
(Professora Associada da Universidade Portucalense)

Orientadora: Professora Doutora Letícia Marques Costa
(Professora Auxiliar da Universidade Lusófona do Porto)

Novembro 2022

É autorizada a reprodução integral desta dissertação de mestrado apenas para efeito de investigação, mediante declaração escrita do interessado, a que tal se compromete.

*“Não sou nada.
Nunca serei nada.
Não posso querer ser nada.
À parte isso, tenho em mim todos os sonhos do mundo.”*

*Álvaro de Campos, in "Tabacaria"
Heterónimo de Fernando Pessoa*

AGRADECIMENTOS

A realização de uma dissertação é um caminho duro e longo e que sozinha seria impossível de se realizar. Desta forma, cumpre-me agradecer a todos aqueles que, de uma forma ou de outra, me impulsionaram para chegar até aqui e que nunca me deixaram desistir.

Aos meus pais, pelo apoio incondicional ao longo da minha vida acadêmica e por acreditarem sempre em mim. Sem vocês isto não seria possível.

À minha irmã, pela motivação e pelo amor e pelas palavras de força em todos momentos.

Aos meus sobrinhos, Lucas e Lourenço, por toda a alegria e felicidade que trazem à minha vida e pelo orgulho imenso que demonstram ter na tia. Saibam que o orgulho é mútuo e que vos devo a felicidade que em mim mora.

Aos meus avós, Margarida e Joaquim, que mesmo não estando fisicamente presentes cuidam-me de tão longe e são luz na minha vida. Não estão na meta, mas estiveram presentes ao longo de todo o meu percurso.

À minha família por todo o apoio, paciência, amor e compreensão.

Aos meus amigos por todo o companheirismo, apoio, carinho e, principalmente, por acreditarem em mim e me incentivarem a ser a melhor versão de mim em tudo o que faço.

À Márcia, por ser a melhor amiga que eu podia pedir, por estar lá em todos os momentos e nunca me deixar desistir.

À Rita, por me incentivar e me ajudar a ser sempre melhor, por toda a ajuda e por todo o carinho. Um obrigada não chega.

À Senhora Professora Doutora Letícia Marques Costa, pela prontidão, disponibilidade e ajuda incansável ao longo de todo o meu percurso.

RESUMO

A presente dissertação tem como objetivo o estudo das responsabilidades dos terceiros garantes, nomeadamente as responsabilidades do fiador em consequência do incumprimento da prestação da obrigação pelo devedor principal.

Através do estudo individualizado da figura da fiança no regime do Código Civil e a par da confrontação com as figuras do aval e da garantia autónoma, comprometemo-nos a analisar os requisitos de forma deste instituto necessários para garantir a satisfação do direito de crédito do credor, bem como os meios de defesa ao dispor do fiador como mecanismo de desvinculação.

PALAVRAS-CHAVE: Fiador, credor, devedor, fiança, insolvência

ABSTRACT

The present dissertation aims to study the responsibilities of third parties guarantors, namely the guarantor's responsibilities as a result of the non-compliance of the obligation by the main debtor.

Through the individual study of the figure of the guarantee in the Civil Code regime and alongside the confrontation with the figures of the endorsement and the autonomous guarantee, we undertake to analyze the formal requirements of this institute necessary to guarantee the satisfaction of the creditor's right, as well as the legal means of defense available to the guarantor as a mechanism for untying.

KEY-WORDS: Guarantor, creditor, debtor, guarantee, insolvency

ÍNDICE

| | |
|---|-------------|
| INTRODUÇÃO | XIII |
| CAPÍTULO I – DA INSOLVÊNCIA À FIGURA DA FIANÇA: CONTEXTO HISTÓRICO | 15 |
| 1. O Conceito da Insolvência..... | 15 |
| 2. O Processo de Insolvência e a sua Finalidade | 16 |
| 3. Os factos indiciadores da situação de insolvência..... | 18 |
| 4. A tramitação do processo de insolvência | 18 |
| 4.1. Efeitos jurídico-penais na insolvência..... | 21 |
| 5. A empresa insolvente..... | 23 |
| 5.1. A Manutenção da Empresa..... | 23 |
| 5.2. O Encerramento da Empresa | 23 |
| 5.3. A Transmissão da Empresa | 24 |
| 6. O Conceito de Fiança | 24 |
| 6.1. As Figuras Romanas | 24 |
| 6.2. O Fiador na Insolvência..... | 25 |
| CAPÍTULO II – DA FIANÇA..... | 27 |
| 1. As Garantias das Obrigações | 27 |
| 2. As generalidades da fiança | 29 |
| 3. As características da fiança..... | 30 |
| 3.1. A acessoriedade da fiança..... | 30 |
| 3.2. A subsidiariedade da fiança | 31 |
| 4. Da relação entre credor e fiador | 33 |
| 5. Da relação entre o devedor e fiador..... | 34 |
| 6. Dos meios de defesa do fiador..... | 35 |

| | |
|---|-----------|
| 6.1. O caso julgado entre credor e fiador..... | 35 |
| 6.2. A prescrição relativa ao fiador..... | 36 |
| 6.3. O benefício de Excussão..... | 36 |
| 6.4. A compensação..... | 37 |
| 6.5. O benefício da liberação..... | 38 |
| 6.6. O vencimento da obrigação principal..... | 38 |
| 6.7. A liberação por impossibilidade de sub-rogação..... | 38 |
| 7. Da pluralidade de fiadores..... | 39 |
| 8. Da extinção da fiança..... | 39 |
| CAPÍTULO III – FIANÇA VS. AVAL VS. GARANTIA BANCÁRIA AUTÓNOMA | 41 |
| 1. Fiança vs. Aval..... | 41 |
| 2. Fiança vs. Garantia Bancária Autónoma..... | 43 |
| 2.1. Conceito..... | 43 |
| 2.2. Relação Triangular da Garantia Autónoma..... | 46 |
| 2.3. Garantia Bancária Acessória..... | 47 |
| 2.4. Distinção de Figuras Afins..... | 49 |
| 2.5. A Execução do Contrato de Garantia..... | 53 |
| CAPÍTULO IV – DA VINCULAÇÃO DO FIADOR..... | 53 |
| 1. Dos créditos passíveis de serem afiançados..... | 53 |
| 1.1. Dos créditos relativos a prestações fungíveis..... | 54 |
| 1.2. Dos créditos relativos a prestações não atuais..... | 57 |
| 1.3. Das Obrigações não exigíveis judicialmente..... | 59 |
| 2. A Fiança e a perturbação genética do crédito..... | 61 |
| 2.1. Da Fiança relativa a créditos decorrentes de negócios nulos..... | 61 |
| 2.2. Da Fiança relativa a créditos decorrentes de negócios anuláveis..... | 63 |

| | |
|--|------------|
| 2.2.1. A Anulabilidade do artigo 632.º, n.º 1 do CC..... | 63 |
| CAPÍTULO V – DA RELAÇÃO FIDEJUSSÓRIA | 67 |
| 1. Da forma exigida para a declaração de prestar fiança | 67 |
| 1.1. Da sujeição da declaração de prestar fiança à forma exigida para a obrigação principal..... | 67 |
| 1.2. Da forma voluntária ou convencional da obrigação principal..... | 69 |
| 1.3. A forma do art.º 628.º, n.º 1 do CC na declaração fidejussória ou no contrato de fiança... .. | 70 |
| 1.4. Do carácter expreso da declaração de fiança | 70 |
| 1.5. As consequências da inobservância do art.º 628.º, n.º 1 do CC | 71 |
| 1.6. As limitações à invocação da nulidade da fiança por falta de forma | 73 |
| 2. Os elementos essenciais da declaração de fiança | 75 |
| 3. A fiança em branco | 77 |
| 4. O risco da fiança e os deveres mínimos do credor | 78 |
| CAPÍTULO VI - DA POSSIBILIDADE DE DESVINCULAÇÃO DO FIADOR..... | 81 |
| 1. Da desvinculação do fiador de acordo com os artigos 637.º a 647.º do CC..... | 82 |
| 2. Direito à liberação ou à prestação de caução..... | 87 |
| 2.1 Artigo 648.º, alínea a) do CC..... | 89 |
| 2.2. Artigo 648.º, alínea b) do CC | 89 |
| 2.3. Artigo 648.º, alínea c) do CC..... | 90 |
| 2.4. Artigo 648.º, alínea d) do CC | 91 |
| 2.5. Artigo 648.º, alínea e) do CC..... | 91 |
| 3. Liberação por impossibilidade de sub-rogação | 92 |
| 4. Obrigação Futura | 93 |
| CAPÍTULO VII – ANÁLISE DO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO | 96 |
| CONCLUSÃO..... | 100 |

| | |
|----------------------------|------------|
| BIBLIOGRAFIA | 103 |
| JURISPRUDÊNCIA..... | 106 |

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Al. – Alínea

Apud – Citado por

Art. – Artigo

Arts. - Artigos

CC – Código Civil

CCom – Código Comercial

CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas

Cfr. – Conferir

Codice – *Codice Civile* (Código Civil Italiano)

Code – *Code Civil* (Código Civil Francês)

Consult. – Consultar

CP – Código Penal

CPREF – Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresas e Falência

CS – Código Civil Português de 1867 (de Seabra)

CSC – Código das Sociedades Comerciais

DL – Decreto-Lei

In – em

In fine – no fim

LULL – Lei Uniforme de Letras e Livranças

N.º – Número

Op. cit. – Obra citada

P. – Página

PP. – Páginas

PER – Processo Especial de Revitalização

PEAP – Processo Especial para Acordo de Pagamento

RDE – Revista de Direito das Sociedades

SS. – Seguintes

v.g. – por exemplo

Vol. – Volume

INTRODUÇÃO

É certo que o instituto da fiança, como uma verdadeira garantia pessoal, tem desempenhado um papel cada vez mais importante no que toca às relações creditícias, uma vez que esta garante subsidiariamente a satisfação do direito de crédito do devedor principal, ficando, desta forma, o fiador pessoalmente obrigado a satisfazer o referido direito de crédito perante o credor.

No contexto popular, inúmeras são as vezes que ouvimos o ditado “*Fianças e avais, nem a filhos, nem a pais*”. Grandes ensinamentos se retiram desta conhecida expressão popular, pois como é comumente sabido ser fiador compreende vários perigos, desde logo a colocação numa posição de fragilidade e o comprometimento do seu património por forma a garantir o cumprimento da obrigação principal estabelecida entre credor e devedor (principal). Veja-se que, segundo os Dados estatísticos do Gabinete de Proteção Financeira da DECO¹, o número de fiadores em Portugal tem vindo a aumentar exponencialmente ao longo dos anos, sendo este uma das causas do sobreendividamento em Portugal.

A presente dissertação tem como principal objetivo o estudo das responsabilidades dos terceiros garantes, em especial do fiador, sendo, ainda, apresentado o estudo individualizado do instituto da fiança, de acordo com o regime do Código Civil, em confronto com as figuras do aval e da garantia autónoma, tendo por base as querelas doutrinárias existentes sobre aspetos particulares do regime de cada uma destas figuras.

Numa primeira fase, faremos um enquadramento geral do contexto histórico da insolvência em Portugal, bem como a sua tramitação, de acordo com o Código da Insolvência e Recuperação de Empresas, doravante CIRE e, ainda, o contexto histórico do instituto da Fiança, que é o objeto do estudo em causa.

Neste sentido, estudar-mos-emos o instituto da fiança de uma forma mais detalhada, incidindo a sua análise, em termos sumários, sobre as suas generalidades e características, as relações do fiador tanto com o devedor, como com o credor e, por fim, os meios de defesa que o fiador tem à sua disposição.

De seguida, debruçaremos o nosso estudo sob duas das garantias mais importantes no nosso ordenamento jurídico, a par da fiança, e que, de certo modo, se relacionam com esta última, a saber: aval e garantia autónoma, seguindo os mesmos trâmites usados para o estudo da fiança.

¹ Cfr. <https://gasdeco.net/literacia-financeira/conselhos-aos-fiadores/>, visualizado a 27 de Julho de 2022

No que à responsabilidade do fiador diz respeito, iremos focar a nossa atenção sobre a sua vinculação, em especial quanto aos créditos passíveis de serem afiançados e, ainda, a perturbação genética do crédito.

Em consequência, abordaremos ainda a relação fidejussória, com especial enfoque na declaração de vontade de prestar fiança, como na obrigação principal com base da problemática do artigo 628.º do Código Civil, doravante CC.

Por último, mas não menos importante, comprometemo-nos a analisar a possibilidade da desvinculação do fiador quanto às obrigações por si assumidas perante o credor através da fiança. Desta forma, neste capítulo ressaltaremos e salientaremos que para que seja possível ao fiador desvincular-se da fiança, é necessário que o mesmo adote, de forma consciente, mecanismos de liberação que são determinantes, mas, no entanto, arriscados, tendo por base os artigos 637.º a 648.º do CC.

Concluiremos o presente estudo com a análise prática de jurisprudência, nomeadamente, de um Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, com o objetivo de aferir a posição tomada por este Tribunal, tendo em consideração a doutrina e o nosso ordenamento jurídico, salvo melhor entendimento, foi a mais concernente com o regime legal.

Pelo exposto, toda esta temática versará em volta das responsabilidades do fiador, dando importância à proteção das partes e do fiador que, independentemente de ser um garante e de estar pessoalmente obrigado perante um credor, merece, de igual modo, garantia de que as responsabilidades e a garantia que ele irá prestar não serão abusivas.

CAPÍTULO I – DA INSOLVÊNCIA À FIGURA DA FIANÇA: CONTEXTO HISTÓRICO

1. O Conceito da Insolvência

Primeiramente, e antes de nos concentrarmos na insolvência na atualidade, considero de elevada relevância fazermos uma breve introdução à mesma, explicando a sua evolução.

Primordialmente, começou a utilizar-se o conceito “quebra”² e depois surgiu “falência”, que foi instituído pelo Alvará de 13 de Novembro de 1756. Podemos referir que por “falência” considera-se a impossibilidade de o devedor cumprir com as suas obrigações, sendo que a conceção dominante foi “falência-liquidação” – o objetivo era que o património do falido fosse liquidado.

Na atualidade, utilizamos o conceito *insolvência*³, sendo que este diz respeito à situação do devedor que não paga as suas dívidas, pois o devedor não se encontra possibilitado de cumprir com as suas obrigações num determinado momento, uma vez que tem falta de liquidez ou então os seus bens são menores do que as suas obrigações, acabando por não as cumprir – passivo maior que o ativo⁴.

O DL n.º 132/93, de 23 de Abril, que aprovou o CPEREF, referiu que a recuperação dependia sempre tanto da recuperação financeira da empresa como da viabilidade económica da mesma, daí se ter utilizado o conceito *falência-saneamento*.

Todavia, o DL n.º 53/2004, de 18 de Março, que aprovou o CIRE, eliminou tanto o processo de recuperação como também o conceito *falência*.

Desta forma, voltamos à *falência-liquidação* pois o objetivo do processo voltou a ser a liquidação do património do insolvente para a satisfação dos credores e, em alternativa à liquidação, temos a recuperação que se dá através de um plano de insolvência.

Ainda que ao longo dos anos se tenham dado inúmeras alterações, importa referir que a ideia fundamental permaneceu, isto é, a ideia de que existe uma incapacidade do devedor de cumprir com as suas responsabilidades/obrigações. Além do mencionado anteriormente, também a tramitação do processo de insolvência sofreu alterações⁵.

² Este conceito surgiu nas Ordenações Manuelinas - Serra, Catarina, Lições de Direito da Insolvência, Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 26

³ Este conceito é originado em *solvere* (pagar) logo com o prefixo *in* resulta na situação de não pagamento – Serra, Catarina, Lições de Direito da Insolvência cit., Reimpressão, Coimbra: Almedina, pp. 15

⁴ Leitão, Luís Menezes, Direito da Insolvência, 7ª edição, Coimbra: Almedina, 2017, pp. 14

⁵ Serra, Catarina, Lições de Direito de Insolvência, Coimbra: Almedina, 2019, pp. 29 e ss.

2. O Processo de Insolvência e a sua Finalidade

Tendo por base o artigo 1.º, n.º 1 do CIRE, podemos referir que o processo de insolvência é um processo de execução universal que tem como objetivo satisfazer os credores através de um plano de insolvência que se baseie ou na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente, ou então na liquidação do património do insolvente de forma a poder dividir esse valor pelos seus credores.

Podemos, desta forma, referir que o processo de insolvência é um processo concursal e um processo de execução universal, que tem como objetivo a obtenção de liquidação de todo o património do devedor insolvente, por todos os credores⁶, tal como se encontra suprarreferido, pois todos os credores são chamados a intervir no processo e, ainda, abrange todo o património do devedor, respetivamente.

Todos os credores encontram-se num patamar de igualdade, logo perante uma insuficiência do património do devedor os créditos devem ser repartidos de forma proporcional por todos os credores. Isto é, todos os credores encontram-se em igualdade, excetuando-se, por exemplo, o caso dos créditos dos trabalhadores.

Segundo CATARINA SERRA, não se deve sobrevalorizar no processo o seu carácter executivo, pois existem diferenças tanto a nível dos efeitos como dos pressupostos. A autora defende que o processo de insolvência pressupõe, tal como o nome refere, a insolvência e não o não cumprimento de certa obrigação, tal como acontece no processo executivo. Outra coisa a salientar é o facto de que não só os credores podem pedir a declaração de insolvência, como esta também pode ser pedida pelo devedor. A sentença da declaração de insolvência é do tipo declarativo em que os efeitos (artigo 81.º do CIRE) que esta produz em nada se comparam com o processo executivo⁷.

Contudo, importa ainda referir que, segundo CATARINA SERRA⁸, para além do processo de insolvência, tal como já foi referido, ser um processo concursal e universal, este é ainda um processo de natureza mista, pois surge primeiramente como um processo declarativo, surgindo posteriormente à declaração de insolvência com uma feição executiva (artigo 1.º, n.º 1, *in fine* do CIRE). Além disso, este processo tem também carácter urgente, isto é, precede a qualquer outro serviço ordinário do tribunal (artigo 9.º, n.º 1 do CIRE).

⁶ Serra, Catarina, Lições de Direito de Insolvência, Reimpressão, Coimbra: Almedina, 2019, pp. 40 e ss; Martins, Alexandre de Soveral, Um Curso de direito da Insolvência, Coimbra: Almedina, 2017, pp. 41; Epifânio, Mario do Rosário, Manual de Direito da Insolvência, 6ª Edição, Coimbra: Almedina, 2016, pp. 14 e ss.

⁷ Serra, Catarina, Lições de Direito de Insolvência, *op. cit.*, pp. 41 e 42.

⁸ Serra, Catarina, O Regime Português da Insolvência, Coimbra: Almedina, 2012, pp. 41 e 42.

Acresce ainda que, este processo encontra-se sujeito ao princípio do inquisitório, de acordo com o artigo 11.º do CIRE, em que é referido que a decisão do juiz pode ser fundada em facto que as partes não tenham alegado.

Por fim, MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO entende que processo de insolvência é um processo especial autónomo, pois tanto a sua disciplina objetiva, como subjetiva se encontra totalmente regulada em diploma autónomo e próprio, isto é, o Código Da Insolvência e da Recuperação de Empresas⁹, sendo um processo polivalente.

De igual modo, LETÍCIA MARQUES COSTA¹⁰ corrobora a posição anteriormente mencionada e defendida por MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO.

Ora, o conceito de insolvência difere de acordo com o ordenamento jurídico em causa, sendo que, no que diz respeito ao nosso ordenamento jurídico, esta significa uma impossibilidade do devedor relativamente ao cumprimento de todas ou algumas das suas obrigações vencidas, de acordo com o artigo 3.º, n.º 1 do CIRE.

Neste seguimento, também se pode comparar à atual situação de insolvência a insolvência iminente, que vem mencionada no artigo 3.º, n.º 4 do CIRE. Desta forma, a insolvência iminente caracteriza-se pela ocorrência de situações que provavelmente conduzirão, não na atualidade, mas no futuro, à situação de incumprimento das obrigações pelo devedor, pois existirá uma insuficiência no ativo líquido e disponível que é exigível. No entanto, existe uma discussão entre a doutrina e a jurisprudência relativamente ao dever de apresentação à insolvência apenas quando a mesma é efetiva¹¹ ou também quando é iminente¹².

Nesta conformidade, deverá ser feito uma reflexão relativamente à probabilidade de o devedor não conseguir pagar as suas obrigações vincendas no momento em que estas últimas se vencem e, se assim o for, entende SOVERAL MARTINS¹³ que estamos perante a insolvência iminente.

Existem também outras situações a ter em conta, como sendo: as situações de pré-insolvência – PEAP e PER –, que se encontram previstas na norma do artigo 1.º, n.º 2 e 3 do CIRE, onde este conceito tem vindo a ganhar uma particular relevância.

⁹ Epifânio, Mario do Rosário, Manual de Direito da Insolvência, 6ª Edição, *op. cit.*, 2016, pp. 14 e ss.

¹⁰ Costa, Letícia Marques, A Insolvência de Pessoas Singulares, 1ª Edição, Coimbra: Almedina, 2021, pp. 55 e ss.

¹¹ Leitão, Luís Manuel Teles Menezes, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, 8ª Edição, Coimbra: Almedina, 2015

¹² Fernandes, Luís Carvalho/Labareda, João, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, Quid Juris Editora, Lisboa, 2008,

¹³ Martins, Alexandre de Soveral, Um Curso de direito da Insolvência, *op. cit.*, pp. 30

3. Os factos indiciadores da situação de insolvência

São vários os fatores indiciadores da situação de insolvência que legitimam o pedido da declaração de insolvência de um devedor por quem for legalmente responsável pelas suas dívidas, por qualquer credor ou ainda pelo Ministério Público, sendo o primeiro condicional e o segundo em representação das entidades cujos interesses lhes foram legalmente confiados, tal como se encontra mencionado no artigo 20.º do CIRE.

Por outras palavras, o artigo 20.º do CIRE faz referência a outras pessoas com legitimidade ativa para requerer a insolvência do devedor. Além disso, neste mesmo artigo vêm explanados os factos-índices ou factos presuntivos¹⁴ que sejam suficientes para configurar uma situação de insolvência. Portanto, a lei prevê que é da responsabilidade do devedor o ónus da prova da sua insolvência.

Outrossim, podem constituir-se presunções ilidíveis da insolvência (artigo 349.º do Código Civil, doravante CC), isto é, os factos alegados na petição inicial considerar-se-ão confessados se o devedor não deduzir oposição, sendo, por conseguinte, declarada a insolvência do devedor, como refere o artigo 30.º, n.º 5 do CIRE.

Por fim, na hipótese de o devedor ser o proprietário de uma empresa, de acordo com o artigo 20.º, n.º 1, al. d) do CIRE, que é referente ao incumprimento generalizado das dívidas, presume-se de modo ilidível que existe conhecimento da respetiva situação de insolvência, podendo acarretar consequências no que diz respeito à omissão do devedor do seu dever de apresentação à insolvência (artigo 18.º, n.º 1 e 3 do CIRE)¹⁵.

4. A tramitação do processo de insolvência

O processo de insolvência pode ser desencadeado de duas formas distintas, como sendo a insolvência requerida e a insolvência-apresentação¹⁶. Assim sendo, têm legitimidade para impulsionar o referido processo o próprio devedor, qualquer responsável legal pelas suas dívidas, qualquer credor e o Ministério Público, segundo os artigos 18.º a 20.º do CIRE. Além dos referidos anteriormente, também o administrador judicial provisório tem legitimidade para requerer a declaração de insolvência – artigo 17.º-G do CIRE.

Deste modo, o processo de insolvência pode ser impulsionado pelo próprio devedor, tendo sempre o direito de se apresentar à insolvência (artigo 18.º do CIRE). Todavia,

¹⁴ PLMJ Sociedade de Advogados RL, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, Coimbra Editores, Coimbra, 2012, pp. 83 e ss.

¹⁵ Costa, Letícia Marques, A Insolvência de Pessoas Singulares, *op. cit.*, pp. 57 e 58.

¹⁶ Costa, Letícia Marques, A Insolvência de Pessoas Singulares, *op. cit.*, pp. 57 e 58.

segundo o artigo 19.º do CIRE, se o devedor não for uma pessoa singular capaz, a iniciativa da apresentação à insolvência cabe ao órgão social incumbido da sua administração, ou, se não for o caso, a qualquer um dos seus administradores.

Ora, do ponto de vista processual, o processo de insolvência segue a seguinte tramitação: após receção da petição inicial, o juiz profere o despacho liminar de citação, aperfeiçoamento, indeferimento, de aplicação de medidas cautelares, de declaração de insolvência ou de marcação de julgamento, sendo isto no próprio dia da respetiva receção ou no prazo máximo de três dias úteis, tal como se encontra referido nos artigos 27.º e ss. do CIRE.

Veja-se que, tal como anteriormente referido, quando o pedido de insolvência é feito pelo próprio devedor, a declaração da mesma é praticamente imediata, uma vez que o mesmo tem que reconhecer que se encontra numa irrefutável situação de insolvência (artigo 28.º do CIRE).

Quando a insolvência for requerida por um terceiro e o devedor deduza oposição ou então no caso de indeferimento do pedido, terá que haver a realização de julgamento, isto nos casos em que o devedor não tenha sido citado. Desta forma, será proferida a sentença de declaração de insolvência.

Na sentença de declaração de insolvência, o juiz deverá nomear um Administrador Judicial (juntamente com o seu domicílio profissional), indicar o prazo para a reclamação de créditos (30 dias) e indicar a data de realização da assembleia de apreciação do relatório ou a dispensa da realização da mesma, devidamente fundamentada (artigo 36.º, al. d), j), n); 75.º; 155.º e 156.º do CIRE).

Neste seguimento, a sentença será notificada a todos os intervenientes do processo, bem como eletronicamente publicitada, de forma a que todos os credores possam reclamar todos os seus créditos no prazo indicado pelo juiz na sentença (a contar a partir do dia em que a mesma foi publicitada).

Não obstante, é importante ressaltar um caso especial, isto é, a possibilidade de se verificar o encerramento do processo logo após o trânsito em julgado da sentença de declaração de insolvência, quando se verifique que a massa insolvente é manifestamente insuficiente, isto é, quando o juiz verifique que o património do devedor não é suficiente para fazer face às custas e aos débitos prévisseis da massa insolvente, de acordo com os artigos 39.º, 230, n.º 1, al. d) e 232.º do CIRE.

Porém, se o juiz não verificar o acima mencionado, dar-se-á a liquidação da massa insolvente (artigo 156.º do CIRE) para pagamento e satisfação dos credores da insolvência, tendo em conta a graduação de créditos prevista no artigo 174.º do CIRE. Veja-se que a liquidação da massa insolvente se desencadeia, primeiramente, com a apreensão de bens feita pelo Administrador de Insolvência, sendo que este ato só acontece após a sentença declaratória da insolvência ser proferida (artigos 149.º e 150.º do CIRE), sendo que de seguida prossegue-se com a venda de todos os bens anteriormente apreendidos (artigo 158.º do CIRE), e por fim a liquidação termina com o pagamento das dívidas da massa a todos os credores (artigo 172.º do CIRE). Sendo que, apenas se suspende se forem deduzidos embargos nos cinco dias subsequentes à notificação da sentença declaratória da insolvência ou com a existência de um plano de insolvência (artigos 40.º, n.º 2 e 3 e 192.º e ss. do CIRE, respetivamente).

Por último, o encerramento do processo (artigo 230.º, n.º 1 do CIRE) será declarado pelo juiz nas seguintes situações: após a realização rateio final (artigo 239.º, n.º 6 do CIRE); no caso de se deixar de vislumbrar uma situação de insolvência, o devedor poderá pedir o encerramento (artigo 231.º do CIRE); se o administrador de insolvência verificar que existe uma insuficiência da massa para satisfazer todas as necessidades do processo e da massa (artigo 232.º do CIRE); ou no despacho inicial do incidente de exoneração do passivo restante, como se encontra referido no artigo 237.º, al. b) do CIRE.¹⁷

Segundo LETÍCIA MARQUES COSTA¹⁸, é considerado pela autora, no que diz respeito à sistematização do CIRE, que era uma mais-valia para o mesmo se este contemplasse, autonomamente, o tratamento individualizado entre a insolvência de pessoas singulares e a de pessoas coletivas, posição que concordamos integralmente.

Tal como defende LETÍCIA MARQUES COSTA, ainda que se trate de um processo de insolvência, existem riscos e implicações distintas para cada um dos casos mencionados, sendo que a solução para o tratamento das mesmas seria tratar de forma autónoma cada uma destas matérias. Um dos exemplos que a autora dá é nas matérias como o PER ou a exoneração do passivo restante, sendo que em certos aspetos processuais são efetuadas remissões legais para o regime que diz respeito à insolvência de pessoas coletivas. Portanto, o legislador tem sempre como base e referência as soluções legais aplicáveis às pessoas

¹⁷ Costa, Letícia Marques, A Insolvência de Pessoas Singulares, *op. cit.*, pp. 59 e ss.

¹⁸ Costa, Letícia Marques, A Insolvência de Pessoas Singulares, *op. cit.*, pp. 59 e ss.

coletivas, e, posteriormente, irá adaptá-las ao regime escolhido à realidade das pessoas singulares.

Existe muita discussão entre a doutrina e a jurisprudência no que diz respeito a esta prática legislativa, especificamente quanto à aplicabilidade e respetiva adequação de aplicação das soluções legais nas matérias em causa.

O que está em causa num processo de insolvência de pessoa coletiva, por norma, é o bom exercício da respetiva atividade económica, e, conseqüentemente, os postos de trabalho, o fornecimento de bens e serviços, sendo que a declaração de insolvência dessa entidade pode mesmo vir a ser o fim para os seus credores.

Situação esta que não acontece na maioria dos casos, principalmente no que diz respeito a pessoas singulares, pois a situação é causada pelo sobreendividamento, não sendo a dívida de um certo indivíduo a razão da origem de outras insolvências de pessoas singulares. Veja-se que são cada vez menos recorrentes os casos em que as insolvências de pessoas singulares dão origem à insolvência de uma outra pessoa singular (terceiros garantes, como é o caso do fiador).

Ademais, é necessário ter em conta que, no caso da insolvência de pessoas singulares, estas pessoas enfrentam conseqüências penosas na sua vida, pois, ao contrário da insolvência das pessoas coletivas, o efeito do insucesso recai, conseqüentemente, na sua vida pessoal, bem como no seu agregado familiar.

4.1. Efeitos jurídico-penais na insolvência

Os crimes insolvenciais advêm da atribuição do relevo jurídico-penal à ofensa do património dos credores.

A tutela penal deve ser desencadeada exclusivamente quando as soluções de direito civil não se vislumbrem suficientes para acautelar o incumprimento contratual, isto é, quando o devedor verifica que o seu passivo é superior ao ativo, encontrando-se impossibilitado de satisfazer os interesses dos seus credores.

Deste modo, existem quatro tipos de crimes insolvenciais, tais como: o crime de insolvência dolosa (artigo 186.º do CIRE), o crime de frustração de crédito, o crime de negligência insolvente e, por último, o crime de favorecimento de credores.

Ora, o crime de insolvência dolosa encontra-se previsto no artigo 227.º do Código Penal, doravante CP. Este é um tipo legal de crime aplicável aos casos em que o devedor, com o

objetivo de prejudicar os credores, pratica os factos explanados nas alíneas do n.º 1 do referido artigo.

Quando a lei se refere à pessoa do devedor, dá a entender que apenas este poderá preencher o tipo legal de crime em apreço, o que não corresponde à verdade. É certo que o n.º 2 do artigo 227.º do CP vem introduzir uma exceção à referida regra de punir, isto é, como autor imediato, o *terceiro* que pratica algum dos factos mencionados no n.º 1 com o conhecimento do devedor ou em seu benefício. Deste modo, *terceiro* é todo aquele que é alheio à empresa do devedor, não desempenhando qualquer tipo de funções na mesma.

A doutrina apoia esta solução legal, sendo que, muitas vezes, a prática é realizada por um terceiro, mas tendo sido praticada de forma a satisfazer a vontade do devedor, mesmo tendo em conta que é dificultoso provar a participação criminosa.

Por fim, este tipo legal de crime depende do preenchimento de pressupostos cumulativos, como sendo: a prática de algum dos factos mencionados no n.º 1 do artigo 227.º do CP, a insolvência do devedor ou o reconhecimento da situação de insolvência, bem como a intenção clara do agente de prejudicar os credores¹⁹.

Por sua vez, o crime de frustração de créditos (artigo 12.º do DL n.º 38/2003, de 8 de março), aplica-se ao devedor e, tal como o nome indica, depois de ter sido proferida a sentença condenatória exequível, este último destrua, danifique, faça desaparecer, oculte ou sonegue parte do seu património, para frustrar total ou parcialmente a satisfação do credor.

Já o crime de insolvência negligente encontra-se previsto no artigo 228.º do CP, sendo que este crime se encontra subordinado à prática de qualquer facto que se encontra previsto no n.º 1 do referido artigo, da existência de uma situação de insolvência e, ainda, do seu reconhecimento judicial.

Por fim, o crime de favorecimento de credores encontra-se previsto no artigo 229.º do CP, sendo que este tipo legal de crime pressupõe o reconhecimento judicial da insolvência e que os devedores, tendo em conta a sua situação de insolvência ou prevendo a sua iminência, praticaram alguns dos factos mencionados no artigo em causa, tendo a clara intenção de favorecer determinados credores em prejuízo de outros.

¹⁹ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 07 de Fevereiro de 2012, processo n.º 2273/10.ITBLRA-B.C1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/53c50519210a487e802579ac003c53c5?OpenDocument>

5. A empresa insolvente

A finalidade do processo de insolvência, tal como já mencionámos, é a satisfação de todos os credores (artigo 1.º do CIRE).

Deste modo, quando uma empresa se encontra numa situação de insolvência, quem irá definir o destino da respetiva empresa insolvente são os credores da mesma, podendo estes eleger uma das seguintes situações: a sua liquidação ou a sua recuperação, após a declaração judicial de insolvência.

5.1. A Manutenção da Empresa

No artigo 155.º do CIRE encontra-se regulada a manutenção de empresa que nos refere, no seu n.º 1 al. c), que o administrador da insolvência tem que elaborar um relatório para apresentar à assembleia de credores para estes apreciarem se encerram ou fazem manutenção do estabelecimento na massa insolvente – artigo 156.º, n.º 2 do CIRE. Também no artigo 155.º, n.º 1, al. c) do CIRE juntamente com o artigo 195.º, n.º 2, al. c), referindo à manutenção que esta pode-se suceder através de um plano de insolvência.

É importante dizer que o administrador da insolvência administra a massa insolvente – artigo 81.º do CIRE – quando se opta pela manutenção, sendo que esta pode também ser administrada pelo devedor, mas o administrador da insolvência tem de o fiscalizar – artigo 223.º do CIRE.

5.2. O Encerramento da Empresa

De acordo com os arts. 156.º, n.º 2 do CIRE e do artigo 257.º do CIRE, o encerramento da empresa tanto pode acontecer aquando da realização da Assembleia de apreciação do relatório ou no momento anterior ao desta assembleia, respetivamente.

Questiona-se se por vontade e iniciativa do insolvente se poderá haver um encerramento antecipado, isto quando a administração da massa insolvente for entregue ao mesmo.

Quanto a esta questão, a doutrina tem vindo a apreciar que cabe ao insolvente tomar a decisão de encerrar antecipadamente, mas sempre com a fiscalização do administrador da insolvente, isto no caso de a administração da massa insolvente continuar designada ao insolvente – artigo 224.º do CIRE. Qualquer decisão que o insolvente tome, nos termos mencionadas anteriormente, terá que comunicar ao administrador da insolvência – artigo 226.º, n.º 1 do CIRE.

5.3. A Transmissão da Empresa

Esta transmissão realiza-se através da alienação (liquidação da massa insolvente). Sendo que esta poderá ser alienada como um todo, como se verifica no n.º 1 do artigo 162.º do CIRE, ou através do saneamento por transmissão de estabelecimentos – artigo 199.º do CIRE.

A transmissão da empresa pode derivar tanto de uma deliberação da assembleia de apreciação do relatório, como de uma medida que esteja inserida no plano de insolvência, tal como no ponto anteriormente tratado – artigo 156.º, n.º 2 do CIRE e artigo 195.º, n.º 2, al. b) do CIRE, respetivamente.

Ainda assim, a transmissão poderá advir de um plano de saneamento através de transmissão da empresa a uma outra entidade, isto no que diz respeito à medida inserida no plano de insolvência – artigo 199.º do CIRE. Todavia, poder-se-á realizar imediatamente a venda de todos os bens (liquidação feita pelo administrador da insolvência) para a massa insolvente, no caso de ocorrer através da deliberação da assembleia de apreciação do relatório – artigo 158.º, n.º 1 do CIRE.

6. O Conceito de Fiança

A figura da fiança, que é o objeto do nosso estudo, pode relacionar-se com insolvência. No entanto, e antes de falarmos desta relação, ainda que muito breve, devemos iniciar o estudo este instituto com um enquadramento histórico.

6.1. As Figuras Romanas

No que diz respeito às figuras romanas, os estudos quanto ao *Ius Romanum* vislumbraram-se em concordância relativamente ao facto de a fiança ter surgido através de uma *stipulatio*. Esta foi uma figura fundamental e até mesmo considerada uma das maiores figuras romanas, consistindo num contrato formal que era habitual ser utilizado pelos romanos com o objetivo de satisfazer diversos fins e para transmitir eficácia jurídica nos distintos acordos. Podemos afirmar que dali nascia uma obrigação, uma vez que a sua forma consistia numa pergunta oral feita pelo *stipulator* ao *promissor*, sendo que a resposta tinha que ser coerente e lógica, acabando por ficar obrigado pela promessa efetuada²⁰.

²⁰ Santos Justo, António, Direito Privado Romano II (Direito das Obrigações), 4ª Edição, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2011

Ora, nos tempos de outrora, este era o método mais simples para expressa vontades e celebrarem os referidos acordos, desta forma, em Roma, era frequente recorrer-se ao contrato verbal de fiança.

Nesta conformidade, entendia-se que o instituto da fiança era uma garantial pessoal concedida ao *creditor* por um terceiro, isto é, o fiador, com o objetivo de vir efetivamente a receber a prestação que era dívida inicialmente por um determinado *debitor*. Assim sendo, iria surgir um novo devedor que se juntava (*ad + promitter*) ao devedor principal, através de uma nova *stipulatio*.

Com efeito, com a existência de um novo devedor (*adpromissor*) surgiam aqui duas novas obrigações, a saber: a obrigação do devedor principal (o objeto da obrigação era o débito) e a do fiador (obrigação surge da obrigação principal, acabando por prometer pagar o crédito do devedor principal).

Todavia, o *Ius Romanum* evoluiu, sendo que neste tempo foram reconhecidas três formas distintas de fiança estipulatória (*ad promissio*), tais como a *sponsio* que era a figura mais antiga e mantinha a formalidade da questão oral, no entanto tinha origem sacral, a *fidepromissio* que surge através da insuficiência da *sponsio* para aplicar e regular os negócios em Roma, assentando do respeito e fidelidade à palavra dada e, por fim, a *fideiussio* que consistis numa pergunta que o credor dirigia ao garante, tendo a resposta de ser dada de forma imediata. Atrvés da *fideiussio* originava-se uma obrigação entre o fiador e o credor, não tendo de haver uma intervenção do devedor principal.

Assim, não se verificava que existia uma promessa, mas sim uma autorização responsável, que estava assente na *fides* do garante. Ora, o fiador tornava-se, de igual modo, devedor do conteúdo da dívida principal juntamente com o devedor principal.

Em síntese, era uma garantia pessoal mais ampla, uma vez que tinha a possibilidade de garantir qualquer tipo de obrigações, e não exclusivamente aquelas que tiveram origem numa *stipulatio*.

6.2. O Fiador na Insolvência

A figura da fiança, tal como já referimos anteriormente, pode estar ligada com a situação de insolvência, e, se assim se verificar, surgem responsabilidades para o fiador.

Ora, tal como refere o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto²¹, a responsabilidade do fiador coincide, em regra, com a do devedor principal, abrangendo tudo a que este se obrigou, incluindo a prestação, a reparação de incumprimento culposo e, até, se estabelecida, a cláusula penal, posição que se concorda.

Uma questão que muitas vezes é colocada no âmbito desta matéria é a de saber se, no caso de estarmos perante uma situação de insolvência, o fiador responde pelas dívidas. Neste sentido, é lícito ao fiador recusar o cumprimento enquanto o credor não tiver executado todos os bens do devedor sem tiver obtido a satisfação do seu crédito, tal como abordaremos mais à frente. Portanto, está em causa princípio da subsidiariedade da fiança do art. 638.º, n.º 1 do CC, ou seja, o fiador só responde pelo pagamento da obrigação se e quando se provar que o património do devedor é insuficiente para a solver.

Ser fiador é vincular-se ao bom, pontual e integral cumprimento de uma obrigação de terceiro, estando sujeito a ser chamado quando se verifique o incumprimento por parte do devedor principal ou, até mesmo, se este último não cumprir de forma pontual e exímia.

Assim sendo, quando a insolvência for decretada existem duas possibilidades a ter em consideração, como sendo a aprovação de um plano de insolvência (no caso de pessoas coletivas) ou de um plano de pagamentos (no caso de pessoas singulares) onde a dívida ficará regulada e os fiadores não respondem. Contudo, é necessário salientar que se a dívida não ficar regulada no âmbito do processo insolvencial, haverá a hipótese de os credores exigirem o pagamento aos fiadores.

Neste sentido, a única hipótese que os fiadores possuem para não serem chamados ao processo e não terem de responder por tais dívidas é obter um plano de pagamentos.

No caso de créditos bancários, o Banco de Portugal refere que as responsabilidades dos fiadores são comunicadas à sua Central de Responsabilidades de Crédito, dado que os mesmos respondem solidariamente com o devedor principal pelo cumprimento das suas obrigações. Além disso, se o crédito concedido ao devedor principal se encontrar em situação regular, as responsabilidades dos fiadores serão comunicadas como um crédito potencial. Por oposição, caso o crédito concedido ao devedor principal entre em situação incumprimento quanto ao pagamento, as intuições deverão dar conhecimento desta situação aos fiadores/avalistas. Mais, na hipótese de os pagamentos em falta não serem regularizados volvido o prazo dado ao fiador/avalista para o fazer, deverão comunicar à Central de

²¹ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 3 de Maio de 2016, processo n.º 544/14.7TBPFR-A.P1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/fb379c7428e9952c80257fda004c1a8e?OpenDocument>

Responsabilidades Centrais as responsabilidades resultantes das fianças ou avais prestados como crédito vencido²².

CAPÍTULO II – DA FIANÇA

1. As Garantias das Obrigações

No que diz respeito às garantias das obrigações, podemos referir que é possível distinguir a garantia pessoal da garantia real e da garantia especial.

As garantias pessoais implicam que, para além do património do devedor, exista o património de um terceiro responsabilizado pelo pagamento da mesma dívida através da adjunção de bens penhoráveis de outro património²³.

As garantias pessoais típicas são a fiança, que iremos explorar ao longo do presente trabalho, e o aval. Por outro lado, a garantia autónoma considera-se uma garantia pessoal atípica. Ainda neste sentido, temos ainda as cartas de conforto²⁴ que são consideradas uma modalidade especial de garantia das obrigações e distinguem-se das garantias habituais por serem atípicas, na medida em que não dispõem de um regime legal delineado, e por não comungarem das suas características.

Assume-se que nas cartas de conforto se verifique a existência de um acordo entre o emitente e o destinatário, seja este prévio ou derivado de uma aceitação posterior, ainda que tácita.

Ademais, a redação das cartas de conforto é conhecida pelo seu conteúdo, uma vez que este é propositadamente ambíguo, impreciso, com contornos difusos, traduzindo uma ideia de contratação mitigada, uma vez que os seus autores evitam assumir vinculações precisas, ao contrário do que é estabelecido na fiança.

Ora, o valor e a eficácia jurídica das cartas de conforto ficam dependentes do sentido das declarações especificamente feitas por quem as subscreve, isto é, trata-se, essencialmente, de um problema de interpretação e até de integração negocial.

²² Fonte: Banco de Portugal

²³ MARTINEZ, Pedro Romano; PONTE, Pedro Fuzeta da, *Garantias de Cumprimento*, 3ª Edição, Almedina, 2002, pp. 76 e ss.

²⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 5 de Maio de 2016, processo n.º 3798/13.2TBRRG.G2.S1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a47e0ecd13a1b3fd80257f8e003a0507?OpenDocument>

A doutrina e jurisprudência distingue, ainda, as cartas de conforto em três tipos, como sendo as fracas, as médias ou fortes, sendo que estas estão dependentes do grau e do tipo de compromisso que se irá assumir.

Por seu turno, as garantias reais pressupõem a afetação de bens do devedor ou de terceiro ao pagamento preferencial de determinadas dívidas. Estas são mais eficientes que as garantias pessoais na medida em que reduzem o risco, uma vez que o credor é pago, preferencialmente, pelo valor de determinados bens; todavia, são menos flexíveis quanto à sua constituição, modificação e execução.

Além disso, as garantias reais associam-se normalmente aos direitos reais de garantia. Por vezes, todavia, o titular exerce um poder direto e absoluto sobre determinada coisa corpórea, uma vez que lhe é conferido o direito de requerer a sua venda judicial. Acresce que, só se podem qualificar como direitos reais as garantias que incidam sobre coisas e não aquelas que recaiam sobre direitos.

Por fim, é através das garantias especiais que a lei permite que o credor, por via negocial, se coloque numa situação privilegiada em relação aos demais credores, sem perder os direitos próprios dos credores comuns.

Se for insuficiente a garantia especial, o credor preferencial terá que concorrer ao rateio com os restantes credores. Em suma, a garantia especial constitui um reforço da garantia geral.

A prestação de caução é um caso especial de garantia, constituindo uma figura genérica, mas que pode ter como conteúdo outras garantias específicas.

Esta prestação de caução encontra-se prevista no artigo 623.º e ss. do CC e vem referir que esta surge de uma obrigação ou autorização por lei, decisão judicial ou negócio jurídico, podendo concretizar-se numa garantia pessoal como numa garantia real. A prestação de caução vem, de igual modo, regulada no artigo 981.º e ss. do CPC, sendo este um processo especial. A génese da obrigação ou autorização da prestação de caução, como mencionado no n.º 1 do artigo 623.º do CC, pode ser judicial, legal ou negocial²⁵.

Por fim, o seguro de crédito assume uma função semelhante à da fiança, contudo, pode ter um papel acessório ou autónomo de acordo com o estipulado pelas partes. Ressalva-se que, se nada for dito, o seguro de crédito considerar-se-á uma verdadeira fiança, ainda que seja prestada por uma companhia seguradora.

²⁵ Menezes Leitão, Luís Manuel Teles, *Garantia das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 114 e ss.

2. As generalidades da fiança

O regime da fiança encontra-se previsto nos artigos 627.º e ss. do Código Civil, sendo esta a figura com maior relevância dentro destas garantias pessoais, tal como refere JANUÁRIO GOMES²⁶.

Ora, tal como referimos supra, a fiança é uma garantia pessoal, pois o fiador garante o crédito com todo o seu património. Neste sentido, ANTUNES VARELA²⁷ refere que o objeto mediato da garantia é o património de um terceiro, neste caso, o fiador. Desta forma, ao assegurar o cumprimento do devedor, o fiador fica obrigado pessoalmente perante o credor, na hipótese de o devedor não cumprir com a sua obrigação (artigo 627.º, n.º 1 do CC). Veja-se que, neste sentido, o património do fiador pode ser total ou parcialmente (apenas alguns bens) abrangido pela fiança (artigo 602.º do CC).

O negócio jurídico que dá origem à fiança, ainda que não esteja expresso na lei, tem carácter bilateral, porém pode ainda resultar de um contrato direto entre fiador-devedor ou fiador-credor. Não obstante, pode ainda resultar de um contrato entre as três partes, isto é, fiador-devedor-credor (carácter plurilateral).

Relativamente à forma da fiança, para que a mesma se possa prestar, a vontade do fiador deve ser expressamente declarada pela forma exigida para a obrigação principal, tal como menciona o artigo 628.º, n.º 1 do CC.

Ademais, a fiança não pode exceder a dívida principal nem ser contraída em condições mais onerosas, mas pode, no entanto, ser contraída por quantidade menor ou em condições menos onerosas, de acordo com o artigo 631.º do CC.

Por sua vez, no que diz respeito à validade da fiança, o artigo 632.º, n.º 1 do CC diz-nos que a fiança não é válida se não for a obrigação principal. Contudo, segundo MENEZES LEITÃO²⁸, no caso de a obrigação principal ser anulada, a fiança não deixará de ser válida, isto tendo em conta se o fiador teve conhecimento da causa de anulabilidade no momento em que a respetiva fiança foi cumprida.

²⁶ Gomes, Manuel Januário Costa, Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da vinculação como Fiador, Almedina, Coimbra, 2000

²⁷ Antunes Varela, João de Matos, Das obrigações em Geral, Vol. II, 12ª Reimpressão da 7ª Edição de 1997, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 477 e ss.

²⁸ Menezes Leitão, Luís Manuel Teles, Garantia das Obrigações, *op. cit.* pp. 118 e ss.

3. As características da fiança

A fiança compreende duas características distintas, a acessoriedade e a subsidiariedade da fiança, características que se encontram previstas nos artigos 627.º e 638.º do CC, respetivamente.

Desta forma, uma das características da fiança é alicerçadora, pois é intrínseca à sua própria natureza, e a outra poderá ser independente da mesma, ainda que esteja relacionada com a obrigação principal.

Neste sentido, como se trata de uma garantia que se encontra dependente da obrigação principal, há, obrigatoriamente, uma dependência estrutural da garantia no que tange à obrigação principal. Esta situação ocorre nas garantias acessórias, particularmente na fiança.

Nas garantias que forem independentes da obrigação principal, o garante terá que asseverar que a prestação cumprir-se-á, o que acontece de igual modo na fiança. Todavia, a referida promessa é feita mesmo que o beneficiário da garantia tenha concomitantemente uma pretensão eficaz em relação ao devedor da respetiva obrigação principal (garantia bancária autónoma).

3.1. A acessoriedade da fiança

Cabe-nos agora expor a acessoriedade (artigo 627.º, n.º 2 do CC), sendo que esta vem, no fundo, dizer-nos que a fiança se apresenta como acessória da dívida pessoal, isto é, existe uma subordinação entre a obrigação principal à obrigação de garantia ou afiançada²⁹.

No entendimento de JANUÁRIO GOMES, a acessoriedade traduz-se numa dependência unilateral de um direito face a outro, logo um deles terá maior peso em comparação ao outro, isto é, o direito dirigente determina o destino do direito dirigido e não o contrário³⁰.

Parece-nos evidente que, na fiança, o direito dirigente corresponderá à obrigação principal e, por sua vez, o direito dirigido corresponderá à garantia.

Em tom de conclusão, cumpre-nos referir que a fiança é acessória e, portanto, está dependente e subordinada à obrigação principal. Não obstante, é importante ressaltar que não podemos confundir a acessoriedade com o caráter subsidiário da fiança, uma vez que o direito é acessório quando se verifique acordo com um outro direito subsidiário, portanto esse direito poderá somente ser exercido posteriormente ao exercício de um outro direito³¹.

²⁹ Martinez, Pedro Romano; Ponte, Pedro Fuzeta da, *Garantias de Cumprimento*, 3ª Edição, Almedina, 2002, pp. 77 e ss.

³⁰ Gomes, Manuel Januário Costa, *Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da vinculação como fiador*, *op. cit.*, pp. 107 e 108

³¹ Gomes, Manuel Januário Costa, *Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da vinculação como fiador*, *op. cit.*, pp. 106 e ss.

Destarte, tal como já referimos, a característica primordial da fiança é a acessoriedade, sendo que a obrigação principal influi notoriamente a fiança desde o momento em que surge até à sua extinção.

De acordo com PESTANA VASCONCELOS³², independentemente de a fiança ser influenciada pela acessoriedade, esta última também provoca consequências para a fiança.

Deste modo, tal como é referido no artigo 628.º do CC, a fiança deve ter a mesma forma que a obrigação principal e, ainda, a natureza da fiança é definida pela natureza da respetiva obrigação principal, isto é, será a fiança civil ou comercial dependendo se a obrigação principal possui natureza civil ou comercial (artigo 101.º do Código Comercial, doravante CCom).

Além disso, de acordo com o artigo 631.º, n.ºs 1 e 2 do CC, a fiança não pode exceder a dívida principal nem ser contraída em condições mais onerosas, sendo que na eventualidade de tal acontecer, a fiança considera-se redutível aos respetivos termos da dívida afiançada. Porém, a fiança pode ser construída numa quantidade menor ou em condições menos onerosas que a obrigação principal.

Como já referimos, a fiança está dependente da obrigação principal, portanto se esta for válida, a fiança também o será. Contudo, a fiança não está dependente da obrigação principal, caso de a obrigação principal for anulada, seja por incapacidade ou por falta ou vício da vontade do devedor. Se o fiador tinha conhecimento da causa da nulidade ao tempo em que a respetiva fiança foi prestada, esta última continuará válida, de acordo com o n.º 2 do artigo 632.º do CC.

Por fim, segundo o artigo 637.º do CC, o fiador pode fazer-se valer de meios de defesa que lhe são próprios, podendo ter ainda direito a meios de defesa que competem ao credor, salvo se estes últimos forem incompatíveis com a sua posição de fiador.

3.2. A subsidiariedade da fiança

Por sua vez, a subsidiariedade da fiança encontra-se prevista no artigo 638.º do CC, e está relacionada com o facto de o fiador ter a possibilidade de invocar o benefício de excussão, isto é, o fiador pode recusar o cumprimento enquanto o credor não tiver executado todos os bens do devedor sem obter a satisfação do seu próprio crédito.

Por outras palavras, o benefício da excussão diz respeito à possibilidade de o fiador, garante pessoal do cumprimento de obrigação do devedor, se opor à execução dos seus bens

³² Pestana Vasconcelos, Luís Miguel, Direito das Garantias, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 80 e 81.

para o pagamento da obrigação afiançada, enquanto os bens do devedor suscetíveis de penhora não estiverem excutidos, isto é, esgotados.

Mais, se se provar que a obrigação afiançada não foi satisfeita por culpa do credor, o fiador poderá recusar-se a cumprir com tal obrigação, independentemente de o devedor ter esgotado todos os seus bens, tal como se encontra previsto no n.º 2 do artigo 638.º do CC.

Note-se que a subsidiariedade da fiança é uma característica muito ténue, pois o fiador tem a possibilidade de renunciar ao referido benefício de excussão prévia (artigos 639.º, n.º 1 e 640.º do CC).³³

O fiador perde o benefício de excussão se a ele tiver renunciado, acabando por tomar a posição de principal pagador, de acordo com o artigo 640.º, al. a) do CC, ou, ainda, se o devedor ou o dono dos bens onerados com garantia não puder, em virtude de um facto posterior à constituição da obrigação, isto é, a fiança, ser demandado ou executado no território continental ou das ilhas adjacentes (artigo 640.º, al. b) do CC).

Importa salientar que não beneficiará da excussão prévia do devedor o fiador de obrigação comercial, de acordo com o artigo 101.º do Código Comercial.

Veja-se que o benefício de excussão não impossibilita que o fiador possa vir a ser demandado judicialmente, exclusivamente ou conjuntamente com o devedor principal. Todavia, mesmo não beneficiando da excussão, o fiador pode chamar o devedor à demanda para, juntamente com este, defender-se ou, eventualmente, ser com ele condenado.

Outrossim, caso o fiador faltar ao chamamento do devedor à demanda, a renúncia importa ao benefício de excussão, salvo declaração expressa em contrário no processo (artigo 641.º do CC).

Com efeito, podemos referir que a fiança é uma garantia de satisfação de uma obrigação de um direito do credor, isto é, o credor fica protegido pela fiança de uma eventual impossibilidade de cumprimento da obrigação principal do devedor e/ou de uma insuficiência patrimonial deste último.

Nesta conformidade, o fiador passa a ser um devedor e, por isso, torna-se igualmente responsável pelo cumprimento da obrigação, ainda que de forma acessória e subsidiária.³⁴

Por fim, em Itália, tal como refere MENEZES LEITÃO³⁵, o fiador apenas goza do benefício da excussão se as partes acordarem entre si tal.

³³ Antunes Varela, João de Matos, Das obrigações em Geral, Vol. II, *op. cit.*, pp. 487 e ss.; Menezes Leitão, Luís Manuel Teles, Garantia das Obrigações, *op. cit.* pp. 120 e ss.

³⁴ Gomes, Manuel Januário Costa, Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da vinculação como fiador, *op. cit.*, pp. 116 e ss.

³⁵ Pestana Vasconcelos, Luís Miguel, Direito das Garantias, *op. cit.*, pp. 82 e ss.

4. Da relação entre credor e fiador

A relação entre credor e fiador encontra-se prevista nos artigos 634.º a 643.º do CC. Primeiramente, o artigo 634.º trata o conteúdo da fiança e vem-nos dizer que a fiança terá que possuir o mesmo conteúdo da obrigação principal, e cobre as consequências legais e contratuais da mora ou culpa do devedor.

Salienta-se que, de acordo com o artigo 635.º do CC, o caso julgado entre credor e devedor não é oponível ao fiador, porém este último tem a possibilidade de o invocar em seu próprio benefício, exceto se disser respeito a circunstâncias pessoais do devedor que incluam a responsabilidade do fiador.

Além disso, é importante referir a questão da prescrição em que temos a interrupção, suspensão e renúncia à prescrição no que diz respeito ao facto de que a obrigação principal se estende à obrigação do fiador (artigo 637.º do CC). Neste caso, há independência da prescrição das duas obrigações em causa (e não acessoriedade), portanto, as causas de interrupção, suspensão e renúncia à prescrição de uma obrigação não é extensível à outra. Todavia, caso exista interrupção, pressupõe-se que se o credor interromper a prescrição contra o devedor e conceder conhecimento desta situação ao fiador, considera-se interrompida a prescrição contra este aquando da comunicação (artigo 636.º, n.º 1 do CC)

Relativamente aos meios de defesa, que mais à frente iremos tratar, o fiador além dos seus meios de defesa que lhe são próprios, tem ainda direito a algumas das exceções que competem ao devedor. Tal coisa não acontecerá se estes forem incompatíveis com a sua obrigação afiançada, caso contrário estaríamos perante um *venire contra factum proprium*.³⁶

A este propósito, apraz dizer que um dos meios de defesa mais importante para o fiador é o já referido benefício de excussão, que se encontra previsto no artigo 638.º e ss. do CC. Neste sentido, quando estamos perante a sub-fiança, o sub-fiador goza do benefício de excussão em relação não só ao devedor, como também ao fiador, tal como referido no artigo 643.º do CC.

Por fim, importa referir que o fiador pode recusar o cumprimento, desde que o devedor tenha o direito de impugnar o negócio de onde a sua obrigação é originária.

³⁶Neste sentido, cfr. Acórdão da Relação do Porto, de 12 de Julho de 2021, JTRP000 <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/d629e8ee0e99c4c88025874500546cd1?OpenDocument>

5. Da relação entre o devedor e fiador

A relação entre o devedor e fiador³⁷ encontra-se prevista nos artigos 644.º a 648.º do CC.

Desta forma, de acordo com o artigo 644.º do CC, o fiador fica sub-rogado nos direitos do credor se cumprir com a obrigação. O que está em causa é, não só o direito de regresso em face do devedor, como também o de uma transmissão de crédito para o fiador, bem como todas as suas garantias.

Os deveres específicos de aviso entre o fiador e devedor que visam o bom cumprimento da obrigação sem que nenhum saia lesado encontram-se nos artigos 645.º e 646.º do CC.

Ora, tanto o devedor como o fiador têm o dever de avisar o outro se realizarem o pagamento da prestação perante o credor, sendo que o não cumprimento desta regra implica consequências para os mesmos.

Nesta conformidade, se o devedor descurar o pagamento do fiador e pagar ao credor tendo este já obtido o pagamento pelo fiador, este último detém o ónus de exigir ao credor a restituição do pagamento que lhe for entregue, tal como se encontra previsto no artigo 645.º do CC.

Por sua vez, se o devedor cumprir com a obrigação e não avisar culposamente o fiador, o devedor irá responder pelo prejuízo que causou ao mesmo, de acordo com o 646.º do CC.

Além disso, também o artigo 647.º do CC refere que o devedor tem a obrigação de informar o fiador dos meios de defesa a que tem direito contra o credor, sendo que este não o fazendo ficará impedido de opor esses meios contra o fiador.

O artigo 648.º do CC vem-nos dizer que a lei permite ao fiador exigir a sua liberação ou prestação de caução em cinco casos distintos que se encontram explanados nos termos das alíneas a) a e) do referido artigo.

Em face do exposto, nos casos das alíneas supramencionadas, o fiador tem a possibilidade de exigir a sua liberação ou a prestação de caução, pois corre o risco de ser demandando, sendo que são diminutos os casos de desvinculação do fiador das suas obrigações.

³⁷ Antunes Varela, João de Matos, Das obrigações em Geral, Vol. II, *op. cit.*, pp. 497 e ss.; Menezes Leitão, Luís Manuel Teles, Garantia das Obrigações, *op. cit.* pp. 124 e 125.

6. Dos meios de defesa do fiador³⁸

Partindo da análise sumária que foi feita anteriormente, o fiador, para além dos meios de defesa que lhe são próprios, são-lhe extensíveis os meios de defesa que dizem respeito ao devedor, sendo que isso só não acontecerá se houver incompatibilidades com as obrigações do fiador (artigo 637.º, n.º 1 do CC).

Desta forma, segundo JANUÁRIO GOMES, tendo em conta o que foi dito anteriormente, encontra-se aqui vertida a manifestação primordial da acessoriedade da fiança.

Nesta conformidade, e tendo em conta o entendimento de JANUÁRIO GOMES, o fiador, quanto se encontrar nesta mesma posição, possuirá sempre os meios de defesa que lhe são próprios, sendo que pode alegar a existência de vício no que diz respeito à sua declaração e, ainda, ao negócio da fiança.

Ora, são sete os meios próprios do fiador, como sendo: o caso julgado entre credor e o fiador, a prescrição relativa ao fiador, o benefício de excussão, a compensação, o benefício da liberação, o vencimento da obrigação principal e, por fim, a liberação por impossibilidade de sub-rogação (artigos 635.º, 636.º, 638.º a 641.º, 642, n.º 1, 648.º, 652.º e 653.º do CC, respetivamente, seguindo de igual modo a ordem do Código em questão).

6.1. O caso julgado entre credor e fiador

No que diz respeito ao caso julgado entre o credor e o fiador, este encontra-se previsto no artigo 635.º do CC que nos diz que “*O caso julgado entre credor e devedor não é oponível ao fiador, mas a este é lícito invocá-lo em seu benefício, salvo se respeitar a circunstâncias pessoais do devedor que não excluam a responsabilidade do fiador.*”. Acrescenta ainda o n.º 2 que “*O caso julgado entre credor e fiador aproveita ao devedor, desde que respeite à obrigação principal, mas não o prejudica o caso julgado desfavorável.*”

Destarte, o n.º 1 do referido artigo mostra-nos que estamos perante um meio de defesa do fiador, sendo que este poderá invocar um caso julgado entre o credor e o devedor desde que a sua responsabilidade esteja em subordinada.

Por sua vez, o n.º 2 vem nos dizer que o devedor pode fazer-se valer deste meio de defesa se esta estiver convexa à obrigação principal, ressalvando que o devedor não é prejudicado se este caso julgado entre credor e fiador for adverso.

³⁸ Gomes, Manuel Januário Costa, Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da vinculação como fiador, *op. cit.*, pp. 996 e ss.

6.2. A prescrição relativa ao fiador

Este meio de defesa próprio do fiador encontra-se previsto no artigo 636.º do CC e refere que *“A interrupção da prescrição relativamente ao devedor não produz efeito contra o fiador, nem a interrupção relativa a este tem eficácia contra aquele; mas, se o credor interromper a prescrição contra o devedor e der conhecimento do facto ao fiador, considera-se a prescrição interrompida contra este na data da comunicação.”*

A regra em causa é que o fiador não fique afetado pela interrupção da prescrição do devedor, sendo que ele será afetado pela mesma caso o credor lhe tenha comunicado a prescrição em causa.

Segundo ANTUNES VARELA, ainda sobre a prescrição relativa ao fiador, *“o princípio mais aceite neste ponto é o da relativa independência das duas obrigações, apesar do carácter acessório da fiança”*.³⁹

Neste sentido, segundo o entendimento de JANUÁRIO GOMES, da qual concordamos integralmente, a referida interrupção da prescrição perante o fiador não fará nenhuma alteração junto do credor se este não fizer interromper junto do devedor, uma vez que a extinção da fiança só acontece aquando da extinção da obrigação principal, de acordo com o artigo 651.º do CC.

Por fim, importa dizer que tanto a suspensão da prescrição como a renúncia à prescrição, seja por parte do fiador, como por parte do devedor, não produz efeitos um relativamente ao outro.

6.3. O benefício de Excussão

O benefício da excussão encontra-se previsto nos artigos 638.º a 641.º do CC. Este é um benefício que se encontra interligado com a característica da subsidiariedade da fiança, tal como anteriormente abordámos.

Neste sentido, quando o fiador invoca este benefício tem como objetivo impedir que o credor execute o seu património, tendo que executara *a priori* o património do devedor.

Mais, o benefício de excussão prévia está relacionado com a fase executiva, sendo que o credor tem a possibilidade de instaurar uma ação declarativa contra o fiador, conjunta ou isoladamente com o devedor, se assim o entender. Esta situação tem como objetivo a obtenção do título executivo contra qualquer um dos dois. No entanto, o fiador pode chamar

³⁹ Antunes Varela, João de Matos, Das obrigações em Geral, Vol. II, *op. cit.*, pp. 496 e ss.;

o devedor à demandada se o mesmo for demandado isoladamente, ainda que não goze do benefício de excussão prévia (artigo 316.º e 317.º do CPC)⁴⁰.

Ressalva-se que, de acordo com o n.º 2, se o fiador não o fizer, então estará a renunciar ao referido benefício, salvo declaração em contrário.

Todavia, se houver garantias reais para que o cumprimento da dívida esteja assegurado, o fiador pode exigir a excussão prévia das coisas sobre que recai a garantia real. Portanto, quando o autor da referida garantia for executado, nada impedirá este de se sub-rogar nos direitos do credor perante o fiador.

Nesta conformidade, o benefício de excussão pode ser excluído no caso de o fiador renunciar ao respetivo benefício e assumir a obrigação de principal pagador, e ainda no caso de o devedor ou os donos dos bens onerados com a garantia não puder, em virtude de facto posterior à constituição de garantia, ser demandado ou executado no território continental ou nas ilhas adjacentes (artigo 640.º, al. a) e b) do CC, respetivamente, este artigo está interligado com a tutela do interesse do credor). Pode ainda ser excluída quando a fiança respeitar a obrigação comercial, sendo este um regime importante quando se trata de um credor de obrigação comercial (artigo 110.º do CCom).

Por fim, fica evidente que o fiador se torna solidariamente responsável pela dívida se a subsidiariedade for excluída, passando o fiador a ser um principal pagador.

6.4. A compensação

A compensação encontra-se prevista no artigo 642.º, n.º 1 do CC e, tendo por base o referido artigo, o fiador pode recusar o cumprimento da obrigação quando o credor puder ver satisfeito o seu crédito por compensação com um crédito do devedor ou caso este tenha a possibilidade de se valer da compensação com uma dívida do credor.

Por outras palavras, é permitido ao fiador recorrer a esta exceção quando o mesmo for detentor de um crédito contra o credor⁴¹.

⁴⁰ Consult. Coelho, Francisco Morais; Pais, Mariana, Carlos Pinto de Abreu e Associados, Sociedade de Advogados, Fiança, disponível em <https://carlospintodeabreu.com/wp-content/uploads/2020/04/societario-fianca.pdf>

⁴¹ Gomes, Manuel Januário Costa, Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da vinculação como fiador, *op. cit.*, pp. 1001 e ss.

6.5. O benefício da liberação

Este benefício vem tratado no artigo 648.º do CC e vem-nos dizer que o fiador pode exigir a sua liberação ou a prestação da caução, mediante os casos explanados das alíneas a) a e) do referido preceito.

Veja-se que o fiador pode exigir a liberação ou a prestação de caução ao devedor para assegurar o seu direito eventual à sub-rogação, sendo que isto se aplica em todas as situações previstas no artigo.

Portanto, a liberação dá-se com o respetivo cumprimento da obrigação do devedor perante o credor ou com qualquer outra forma distinta de satisfação do direito.

Por fim, a prestação de caução pode ocorrer por qualquer um em qualquer um dos termos mencionados nos termos do artigo 623.º do CC.

6.6. O vencimento da obrigação principal

No caso do vencimento da obrigação principal, este meio de defesa encontra-se previsto no artigo 652.º do CC, onde é possível a obrigação principal que é a prazo e é aquela em que o cumprimento da mesma é dependente da interpelação do devedor, como já mencionámos neste trabalho.

O n.º 1 do referido preceito vem-nos indicar a hipótese de o fiador gozar do benefício de excussão, podendo exigir que o credor proceda contra o devedor dentro do prazo de dois meses, isto desde que o prazo esteja vencido, sob pena de a fiança caducar.

Por sua vez, o n.º 2 vem nos dizer que tendo o fiador o benefício de excussão e, ainda, tendo em atenção o vencimento da obrigação de interpelar o devedor, o fiador pode exigir a interpelação do devedor se tiver decorrido mais de um ano sobre a respetiva constituição de fiança.

6.7. A liberação por impossibilidade de sub-rogação

A liberação por impossibilidade de sub-rogação está prevista no artigo 653.º do CC e diz respeito à desoneração da obrigação dos fiadores, mesmo que sejam solidários. Neste sentido, vislumbra-se a desoneração da obrigação quando os fiadores não puderem ficar sub-rogados nos direitos que incumbem ao credor, seja por facto positivo ou negativo imputável a este último.

Com igual assentimento nos meios de defesa do fiador, urge dizer que além dos meios mencionados e que lhe são próprios, também lhe é extensível os meios de defesa do devedor,

desde que não sejam incompatíveis com as suas obrigações no papel de fiador, tal como está mencionado no artigo 637.º do CC.

Em tom de conclusão, cumpre-nos tomar posição. Tal como defende JANUÁRIO GOMES, posição que, desde já, se corrobora, era insustentável que o fiador não pudesse fazer-se valer dos meios de defesa do devedor, uma vez que este último é nada mais do que um devedor secundário e tendo em conta que a fiança é acessória da obrigação principal, portanto faz todo o sentido que os direitos do devedor sejam extensíveis ao fiador.⁴²

7. Da pluralidade de fiadores

A pluralidade de fiadores⁴³ encontra-se regulada nos artigos 649.º e 650.º do CC, sendo que não há nada que impeça o credor de aceitar garantias prestadas por vários fiadores, tendo por último o fim de garantir o pagamento do seu crédito.

Nos termos dos artigos mencionados, é pertinente referir bem como distinguir que os fiadores se obrigam isolada ou conjuntamente⁴⁴.

No caso de vários fiadores se obrigarem isoladamente, estes garantem o pagamento da mesma dívida do devedor, sendo que cada um deles responde pelo pagamento integral da mesma, isto é, o pagamento da prestação da dívida é cumprido pelos vários fiadores como se fossem devedores solidários.

Por outro lado, no caso de os vários fiadores garantirem o pagamento da dívida conjuntamente, cada um deles responderá pela sua quota-parte, portanto o benefício da divisão pode ser invocado por qualquer um dos fiadores em causa. No entanto, o mencionado anteriormente não é prejudicado pelo facto de os fiadores terem prestado fiança em momentos distintos, de acordo com o artigo 649.º, n.º 2 do CC.

No caso de o fiador cumprir a obrigação de forma voluntária do seu direito de regresso perante os demais fiadores, este direito só poderá ser invocado após ser executido a totalidade do património do devedor.

8. Da extinção da fiança

Partindo da análise que foi anteriormente feita no que toca às características da fiança, é evidente que esta última é acessória e dependente da obrigação principal, logo quando a

⁴² Gomes, Manuel Januário Costa, Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da vinculação como fiador, *op. cit.*, pp. 1011 e ss.

⁴³ Antunes Varela, João de Matos, Das obrigações em Geral, Vol. II, *op. cit.*, pp. 503 e ss

⁴⁴ Martínez, Pedro Romano; Ponte, Pedro Fuzeta da, Garantias de Cumprimento, *op. cit.*, pp. 84 e ss.

obrigação principal se extingue, conseqüentemente extinguir-se-á a fiança. Ainda assim, existem outras causas previstas na lei que levam à extinção da fiança⁴⁵.

Neste sentido, quando finda o prazo da obrigação, o fiador que goze do benefício de excussão pode exigir que o credor proceda contra o devedor dentro de um prazo de dois meses, a contar do vencimento, sob pena de a fiança caducar. No entanto, este prazo não finda sem que tenha decorrido um mês sobre a notificação feita ao credor (artigo 652.º, n.º 1 do CC).

Este n.º 1 do preceito em causa tem vindo a ser debatido na doutrina nacional, sendo que o mesmo tem sido interpretado no sentido de que o prazo de vencimento da obrigação principal que é essencial é o que resulta da lei ou da obrigação, sendo que desta forma não é extensível ao fiador qualquer moratória em que o mesmo não tenha acordado. Esta é uma posição defendida por JANUÁRIO GOMES⁴⁶, sendo que a moratória é oponível ao fiador, uma vez que este último não a consentiu.

Pese embora o referido, também desta posição advém conseqüências, pois tendo em conta que o fiador não aceitou a moratória, neste sentido, o credor pode não acatar a intimação cominatória pois este último acordou a moratória, ficando desprovido da garantia.

Outrossim, tendo em conta o n.º 2 do preceito em causa, o fiador que goze do benefício de excussão pode exigir a interpelação do devedor quando o vencimento da obrigação depender dela e houver volvido mais de um ano sobre a assunção da fiança.

Neste contexto, o artigo 652.º pretende que fique ao critério do fiador a possibilidade de obrigar o credor a agir tendo em conta a satisfação do seu direito de crédito.

De igual modo, a fiança também se extingue quando por facto imputável ao credor, o fiador não puder ficar sub-rogado aos direitos que competem ao credor.

Em tom de conclusão, e tendo em conta o artigo 654.º do CC, a fiança extingue-se quando esta diga respeito a obrigação futura, isto é, extinguir-se-á se houver um agravamento acentuado da situação patrimonial do devedor, colocando em risco os seus direitos eventuais contra este. Ademais, extingue-se quando hajam decorridos cinco anos sobre a prestação da fiança ou num outro prazo que tenha ficado estabelecido pelo respetivo contrato de fiança.

⁴⁵ Antunes Varela, João de Matos, Das obrigações em Geral, Vol. II, *op. cit.*, pp. 507 e ss.; Menezes Leitão, Luís Manuel Teles, Garantia das Obrigações, *op. cit.* pp. 128 e 129.

⁴⁶ Gomes, Manuel Januário Costa, Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da vinculação como fiador, *op. cit.*, p. 1006.

CAPÍTULO III – FIANÇA VS. AVAL VS. GARANTIA BANCÁRIA AUTÓNOMA

1. Fiança vs. Aval

A fiança e o aval são duas figuras distintas, mas que, no entanto, possuem semelhanças entre si.

Ora, tal como a fiança, o aval é uma garantia pessoal das obrigações que está conexo aos títulos de crédito, nomeadamente dos cheques (artigos 25.º e ss. da Lei Uniforme relativa ao Cheque) e, ainda, das letras e livranças (artigos 30.º e ss. da Lei Uniforme relativa às Letras e Livranças, doravante LULL).

Deste modo, o aval possui um regime jurídico próprio, ao contrário da fiança que é uma garantia de natureza acessória (artigo 627.º, n.º 2 do CC), logo a obrigação do avalista é autónoma, portanto irá subsistir ainda que a obrigação do avalizado seja nula (exceto se a motivo for um vício de forma – art.º 32.º, n.º 2 da LULL). Em contrapartida, a fiança comum tem natureza subsidiária (artigo 638.º do CC), logo a obrigação do avalista será solidária, isto é, responderá pelo pagamento integral da letra juntamente com os demais subscritores da mesma (art.º 47.º, n.º 1 e 2 da LULL). Por fim, a fiança tem um alcance bilateral (art.º 644.º do CC), logo a obrigação do avalista terá uma vertente plurilateral, isto é, fica subrogado nos direitos emergentes da letra contra os obrigados em virtude da letra (art.º 32.º, n.º 3 da LULL)⁴⁷.

Neste sentido, quando estamos perante letras e livranças, estas devem indicar a quem é prestado. Se houver carência desta indicação, presume-se que o aval é a favor do sacador, tal como nos indica o artigo 31.º da LULL e o artigo 26.º da Lei Uniforme relativa aos Cheques⁴⁸.

Nos artigos mencionados anteriormente, encontra-se escrita a forma do aval. No entanto, se for intenção haver uma pluralidade de avalistas, é apenas necessário que seguidamente á expressão “bom para aval” se encontrem as assinaturas dos referidos avalistas, isto é, não é necessário que se repetida este processo em relação a cada avalista em causa⁴⁹.

⁴⁷ Antunes, José A. Engrácia, Os Títulos de Crédito, 2ª Edição, Revista e Atualizada, Coimbra Editores, 2012, pp. 85 e ss.

⁴⁸ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 18 de Setembro de 2007, processo n.º 0723988, in <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/-/01FD063A1414BA2C80257376002DDCC3>. Mantendo-se válida a doutrina do Assento do STJ de 1.02.1966, publicado no Diário do Governo, n.º 44, de 22.02.1966 e BMJ 154, pág. 131, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/507bdf3940411a4c802568fc00397c6b?OpenDocument&Highlight=0.060395>, veio a estabelecer-se como doutrina obrigatória que nos indica que: “Mesmo no domínio das relações imediatas o aval que não indique o avalizado é sempre prestado a favor do sacador”.

⁴⁹ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 23 de Fevereiro de 2021, processo n.º 16063/19.2T8PRT-A.P1, in <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/c3ea6b7f6c19c581802586a700366ab4?OpenDocument>

Desta forma, o avalista reforça a circulação título de crédito através da garantia do seu pagamento, logo isto diz respeito a uma obrigação em que o único objetivo é apenas o pagamento da obrigação.

Este tipo de garantia, isto é, as letras e livranças, ainda que tenham caído um tanto em desuso, eram frequentemente utilizados nos financiamentos a sociedades comerciais, sendo que o que se pretendia era a responsabilizar os sócios ou administradores pela garantia em causa quando se verificasse um incumprimento. Isto é, existia a garantia que a letra ou a livrança iria ser paga caso o devedor não o fizesse.

O aval é uma garantia autónoma, o que o descaracteriza, em certa parte, como uma verdadeira garantia pessoal, porquanto o avalista passa a responder, ainda que solidariamente com o avalizado⁵⁰, pois a obrigação do avalista é secundária à do avalizado, como devedor de uma determinada obrigação. Neste sentido, o aval continua a ser uma garantia pessoal, já que, como podemos facilmente perceber, o património do avalista irá assumir uma dívida que não foi contraída por si mesmo⁵¹.

No entanto, segundo o art.º 32.º, II, da LULL e o artigo 27.º, II, da Lei Uniforme sobre Cheques, o avalista pode opor ao credor as exceções provenientes da falta de forma da relação principal, logo não se vislumbra uma autonomia total no que diz respeito ao aval.

Mais, avalista tem o direito de invocar exceções próprias do avalizado, como sendo a exceção do cumprimento da obrigação garantida, por exemplo, o avalista pode isentar-se de realizar um segundo pagamento quando o sacador provou ter efetuado o pagamento da dívida⁵².

Face ao exposto, o aval é nada mais do que um negócio jurídico abstrato, sendo que a validade não está dependente da relação causal. Portanto, este regime distingue-se, automaticamente, da fiança, pois, ao aval aplicam-se apenas os princípios da fiança que não contradigam o seu carácter cambiário. Contudo, a jurisprudência, ocasionalmente, aplica analogicamente as regras da fiança ao aval.

Além disso, podemos referir que o aval e a fiança têm, no seu núcleo, vantagens e desvantagens semelhantes, salientando que a autonomia do aval confere uma proteção mais vantajosa ao credor. Ainda assim, a fiança garante uma dívida, ainda que esta não conste de título executivo, situação que não se aplica ao aval.

⁵⁰ APUD Ferrer Correia, António, Lições de Direito Comercial, reimpressão, Lex, Lisboa, 1994, p. 526.

⁵¹ Martinez, Pedro Romano; Ponte, Pedro Fuzeta da, Garantias de Cumprimento, *op. cit.*, pp. 106 e ss.

⁵² Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 6 de Fevereiro de 2003, processo n.º SJ200307010019426, in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/836EDB302796C8EF80256DA6003A4054>

Por fim, há aspetos completamente distintos entre estas duas figuras em questão, como sendo, o credor pode solicitar a substituição da fiança, o que não acontece no aval, pois não existe o direito de substituição. Neste seguimento, ao contrário do que acontece no aval, o fiador pode estipular um prazo para a fiança e, ainda, enquanto na fiança a regra que pauta é a da subsidiariedade – primeiro executa-se o devedor e só depois o fiador, segundo o artigo 638.º do CC –, no aval o credor pode executar primeiro o avalista sem ter executado primeiramente o devedor principal⁵³.

2. Fiança vs. Garantia Bancária Autónoma

2.1. Conceito

Em primeiro lugar, importa esclarecer o conceito de garantia bancária. Nesta conformidade, vislumbra-se uma ausência de definição legal do referido conceito, o que, segundo o Professor FRANCISCO CORTEZ⁵⁴ “*Existe um conceito muito amplo da garantia bancária, não obstante, em muitos casos apresentar-se de forma equivocada. Também ocorrem equívocos, quando outras espécies de garantias, por analogia, são abrangidas pela figura das garantias bancárias, são denominadas de equivalentes a esta. A expressão garantia bancária parece, apesar de generalizada, ser reducionista em relação à realidade a que se refere. Por outro lado, é demasiado abrangente na medida em que os bancos podem prestar outro tipo de garantias, que nessa medida também são bancárias.*”.

Sem embargo disso, a garantia bancária é uma operação de crédito maioritariamente prestada por bancos, onde este garante a execução de uma obrigação que fora constituída por um cliente seu, desta forma se o este cliente não cumprir com a sua obrigação, o banco acaba por assumir o respetivo encargo. Todavia, também se pode, pontualmente, verificar que a posição de garante pode ser assumida por uma companhia se seguros.

Assim, quando falamos de garantia autónoma estamos perante três partes distintas, como sendo o Banco na posição de garante, o cliente (devedor) e, por fim, um terceiro que atua como beneficiário da garantia.

A este propósito, aprez dizer que, a garantia autónoma é um contrato celebrado entre o garante e o mandante da garantia, a favor de um terceiro, neste caso, o beneficiário. Aqui

⁵³ Todavia, há exceções a esta situação como, por exemplo, nos casos em que o fiador renúncia ao seu benefício da excussão prévia do devedor, de acordo com o artigo 640.º, alínea a) do CC.

⁵⁴ Cortez, Francisco, Garantia Bancária Autónoma – Alguns Problemas, *in* revista da Ordem dos Advogados, n.º 52, 1992, p. 514.

apenas o garante se pode opor ao beneficiário relativamente às exceções que estejam incluídas no texto da garantia, isto é, não poderá opor-se às exceções que defletem da relação contratual que está na base da garantia.

Ora, tal como facilmente se depreende pelo nome, a garantia autónoma é independente da obrigação principal, equiparando-se, assim, ao aval quanto à sua autonomia.

Assim, nesta conformidade, segundo MENEZES CORDEIRO⁵⁵ “*A função da garantia autónoma não é, tanto, a de reforçar o cumprimento de um determinado contrato. Ela visa, antes, assegurar que o beneficiário receberá, nas condições previstas no texto da própria garantia, uma determinada quantia em dinheiro*”. Aderimos, por nossa parte, a esta posição.

Outrossim, a doutrina distingue a garantia autónoma em três tipos, como sendo: *performance bonds*, *advance payment bond* e, por último, *bid bond*.

Quando falamos em *performance bonds* tratamos de garantir a execução adequada do contrato, isto é, o pagamento do preço quando o contrato-base já foi assinado e o banco/garante apenas vem assegurar a execução exímia deste contrato pelo devedor.

Relativamente à *advance payment bond*, esta vem garantir o reembolso de pagamentos antecipados, ou seja, caso a outra parte incumpra com o contrato, o banco/garante vem assegurar ao contraente que pagou adiantado o preço do contrato que ele irá reaver o montante já pago.

Por último, quanto à *bid bond*, esta é uma garantia que pode ser empregue para assegurar uma proposta previamente estabelecida.

Posto isto, e de forma geral, a garantia autónoma é considerada segura, eficaz e célere, acabando mesmo por extrapolar a garantia pessoal, como é o caso da fiança. Desta forma, no que diz respeito à garantia autónoma, é usual que as partes possam estabelecer a cláusula de pagamento “à primeira solicitação”⁵⁶. Quando estamos perante esta situação, devemos ter em consideração não só a própria garantia autónoma, como também a relação ao contrato-base, pois, o terceiro beneficiário da referida garantia goza do privilégio de, através de uma interpelação, puder obrigar a entidade emissora da garantia a pagar-lhe o montante outrora garantido.

Não se pode olvidar que isto trará variadas consequências, sendo que os brancos recebem comissões superiores dos seus clientes quando concedem este tipo de garantias⁵⁷. Aliás, um

⁵⁵ Menezes Cordeiro, António, Manual de Direito Bancário, 6ª Edição (revista e atualizada), Almedina, 2016, p. 851 e 852.

⁵⁶ Gomes, Fátima, Garantia Bancária Autónoma à Primeira Solicitação, in Direito e Justiça, vol. VIII, Tomo 2, 1994, p. 130 e ss.

⁵⁷ APUD Galvão Telles, Inocência, “Garantia bancária autónoma (consulta)” in O Direito, Ano 120, 1988, p. 20 e ss.

doa maiores problemas atuais relativamente à cláusula “à primeira solicitação” prende-se com o facto desta garantia de traduz no exercício abusivo desta pelo beneficiário, sendo que, atualmente, a jurisprudência⁵⁸ tem-se dedicado à discussão quanto aos moldes em que esta solicitação deverá ser feita.

Ainda no que diz respeito à semelhança entre a fiança e a garantia autónoma, esta última estabelece-se através de contrato⁵⁹. Podemos dizer que a garantia bancária pressupõe não só a obrigação garantida, como também a existência de dois negócios jurídicos coligados, como, entre o banco e o devedor garantido e entre o banco e o credor beneficiário e, tanto num acordo, como no outro, seriam precisas duas declarações negociais, ainda que, maioritariamente, uma delas encontra-se implícita no comportamento da parte, principalmente no que toca ao credor beneficiário e poder ser ajustado um contrato de garantia a favor de terceiro.

Neste sentido, dispõe PEDRO ROMANO MARTINEZ⁶⁰ “*A garantia bancária, além da obrigação garantida, pode pressupor a existência de dois negócios jurídicos coligados: entre o banco e devedor garantido e entre o banco e o credor beneficiário e, em ambos os acordos, seriam necessárias duas declarações negociais, apesar de, as mais das vezes, uma delas se encontrar implícita no comportamento de parte, em particular no que respeite ao credor beneficiário e poder ser ajustado um contrato de garantia a favor de terceiro.*”

Ora, o contrato de garantia celebrado entre o banco e o credor beneficiário possui uma natureza causal, isto é, uma função de garantia. No entanto, relativamente à sua forma, este contrato rege-se pelo regime geral dos negócios jurídicos⁶¹.

Mais, a obrigação do devedor garantido para com o seu credor extingue-se aquando do pagamento que o garante realize ao credor beneficiário (artigo 767.º do CC), desta forma, de acordo com o artigo 592.º do CC, o garante ficará sub-rogado nos direitos do credor beneficiário⁶². Não obstante a sub-rogação, através do contrato celebrado com o devedor garantido, o autor da garantia ficará credor do montante desembolsado, acrescido dos juros

⁵⁸ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14 de Janeiro 2021, processo n.º 15265/14.2T8PRT-A.P1.S1, disponível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a41e6b57e527b7d880258679005fe4b2?OpenDocument>

⁵⁹ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23 de Junho de 2016, processo n.º 414/14.9TVLSB.L1.S1, disponível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5fdcf49c9126e8dc80257fdb004d21d6?OpenDocument>

⁶⁰ Martinez, Pedro Romano, Contratos Comerciais – Apontamentos, 1ª Edição, Editora Principia, 2001

⁶¹ Martinez, Pedro Romano; Ponte, Pedro Fuzeta da, Garantias de Cumprimento, *op. cit.*, pp. 111 e ss.

⁶² Gomes, Fátima, Garantia Bancária Autónoma à Primeira Solicitação, in *Direito e Justiça*, vol. VIII, Tomo 2, 1994, p. 197 e ss.

e das despesas no que diz respeito àquele que o delegou para o referido encargo, de acordo com os termos estabelecidos.

Por fim, tal como já referimos, a garantia autónoma é vantajosa, proporcionando um cumprimento mais eficaz das obrigações. Além disso, através desta, poder-se-á evitar o desembolso da prestação de caução, no entanto o garante está coligado ao cumprimento de uma obrigação alheia, o que leva a que este se imponha perante o obrigado de forma a lograr o cumprimento pontual da obrigação, não interferindo na relação deste com o credor⁶³.

2.2. Relação Triangular da Garantia Autónoma

Como já referimos anteriormente, a garantia autónoma vem, efetivamente, tornar mais célere e exímia uma garantia. Além disso, esta é uma figura relativamente recente, tendo-se desenvolvido na prática comercial e, especialmente, na competência bancária, sendo constituída através de contrato.

Ora, no que diz respeito ao seu processo de formação, a garantia autónoma assenta numa estrutura triangular, isto é, existem três relações jurídicas distintas⁶⁴.

A primeira relação assenta na relação jurídica principal entre o credor/garantido e o devedor/ordenante, isto é, relação entre o devedor mandate da garantia e o beneficiário, sendo este o contrato-base onde resultam as obrigações garantidas.

A segunda relação assenta na relação jurídica entre o devedor principal e um garante que, normalmente, será um banco que se vincula de acordo com o pagamento de uma comissão.

Por último, a terceira relação resulta da celebração do contrato de garantia autónoma entre o garante/banco e o credor do contrato-base/garantido, isto é, o beneficiário da garantia, aqui, o banco obriga-se perante o beneficiário a pagar o montante garantido na hipótese de o afiançado não cumprir com as suas obrigações⁶⁵.

No entanto, ainda que as referidas três relações jurídicas estejam interligas, estas mantêm a sua independência.

Em tom de conclusão, entende-se que a origem da garantia autónoma se estabelece em três relações jurídicas distintas e que são independentes entre si.

⁶³ Simões Patrício, José “Preliminares sobre a Garantia “on first demand”, in *Revista da ordem dos Advogados*, 1983, T. III, p. 679.

⁶⁴ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de Dezembro de 2003, processo n.º SJ200312110036326, disponível em http://www.dgsi.pt/jstj_nsf/-/F3A976778738C42E80256E97003E9DC4

⁶⁵ Martins, Luís M., Garantias Bancárias não accionadas podem ser reclamadas, in https://www.insolvencia.pt/index.php?option=com_content&view=article&id=180:garantias-bancarias-nao-accionadas-podem-ser-reclamadas&catid=16&Itemid=126

2.3. Garantia Bancária Acessória

As garantias bancárias podem ser autónomas ou acessórias, sendo estas últimas a que nos debruçaremos neste ponto, pois estas qualificam-se como fiança.

A garantia bancária, tal como a fiança, tem a função assegurar o cumprimento da obrigação principal do devedor, isto é, o pagamento da dívida de outrem é assegurado pelo fiador.

Neste sentido, e tendo em consideração o explanado no ponto anterior, a relação tripartida da garantia autónoma assemelha-se da fiança, pois vejamos, tanto na garantia autónoma, como na fiança temos três partes distintas, isto é, na fiança temos o fiador, o credor e o devedor, no caso da garantia bancária temos o garante, o beneficiário e o dador da ordem.

Em última instância, tendo em consideração o artigo 237.º do CC, a garantia bancária deverá ser considerada como fiança, uma vez que se afigura menos gravosa para o garante, estabelecendo um contrato atípico, contendo o regime base das garantias pessoais.

Neste sentido, tendo em consideração o n.º 2 do artigo 627.º do CC, tanto a fiança como a garantia autónoma têm um carácter acessório. Contudo, o n.º 1 do artigo 632.º do CC vem referir que “a fiança não é válida se o não for a obrigação principal”, excetuando-se os casos referidos no n.º 2 do mesmo preceito legal, isto é, se a obrigação principal for anulada por incapacidade ou por falta ou vício da vontade do devedor. Ainda assim, se o fiador tivesse conhecimento da causa da anulabilidade aquando da prestação da fiança, esta não deixará de ser válida.

No que diz respeito à forma da fiança, segundo o artigo 638.º, n.º 2 do CC, esta segue a mesma forma que foi estabelecida para a obrigação principal. No entanto, no que toca ao âmbito da fiança, esta não poderá ultrapassar o âmbito da obrigação principal, salientando que, caso a obrigação principal se extinga, a fiança extinguir-se-á automaticamente, de acordo com os artigos 631.º, n.º 1; 634.º e 651.º do CC.

Face a todo o exposto, e tendo em consideração que a garantia bancária autónoma é independente da obrigação principal e não se extingue no caso da obrigação principal se extinguir, dúvidas não restarão que se será mais vantajoso classificar a garantia bancária como fiança e, conseqüentemente, aplicar o regime da fiança, pois tornar-se-á numa garantia menos onerosa.

Segundo o Professor ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO⁶⁶ a garantia bancária teve o seu primeiro impulso na Alemanha, sendo que “*nos finais do século XIX, pôs-se a hipótese prática e teórica de surgir uma garantia que não fosse afetada pelas vicissitudes da relação principal. Seria, pois, uma garantia autónoma, por oposição à garantia acessória, exemplificada como fiança.*”.

A garantia autónoma foi introduzida em Portugal através da prática bancária, tendo-se debruçado sobre esta doutrina vários autores, salientando o Professor VAZ SERRA⁶⁷ a quem se deve, indubitavelmente, as primeiras considerações sobre a referida matéria, seguindo os mesmos passos FERRER CORREIA⁶⁸ e, ainda, SIMÕES PATRÍCIO⁶⁹.

Ora, dúvidas não restarão que estamos perante uma garantia especial, tendo em conta que esta se apresenta de uma forma autónoma da obrigação principal. Deste modo, de acordo com o Professor ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO⁷⁰ “*A garantia bancária manifesta-se através de uma operação de crédito, é mais harmoniosa entre as partes e menos complexa na sua execução*”.

Por sua vez, tal como já referimos anteriormente, a garantia autónoma tem vários aspetos que se assemelham e que se distinguem da fiança. A figura da garantia bancária, também denominada de “*garantia bancária*”, uma vez que muitas são as vezes em que o papel do garante é assumido pela instituição bancária, é uma figura recente no nosso ordenamento jurídico e possui um regime jurídico atípico que resulta da liberdade contratual.

Neste sentido, a prestação de uma garantia autónoma demanda a dita “*comissão*”, isto é, será concedido um crédito que corresponda ao montante que foi garantido, logo uma contrapartida. Desta forma, o garante responsabiliza-se perante o credor pelo pagamento de uma obrigação própria, ainda que esta esteja relacionada com a dívida do respetivo ordenador da garantia para com o garantido, em vez de se responsabilizar pelo cumprimento de uma obrigação que lhe é alheia. Aqui garante-se o interesse económico do credor que é o beneficiário da garantia.

⁶⁶ Menezes Cordeiro, António, Manual de Direito Bancário, *op. cit.*, pp. 844 e 845.

⁶⁷ Menezes Cordeiro, António, Manual de Direito Bancário, *op. cit.*, p. 845; Vaz Serra, Adriano, Fiança e figuras análogas, BMJ 71 (1957), 19-330 (296 ss.).

⁶⁸ Menezes Cordeiro, António, Manual de Direito Bancário, *op. cit.*, p. 845; Ferrer Correia, Notas para o estudo do contrato de garantia bancária, RDE VIII (1982) 2, 247-258.

⁶⁹ Menezes Cordeiro, António, Manual de Direito Bancário, *op. cit.*, p. 845; Simões Patrício, José, Preliminares sobre a garantia “*on first demand*”, ROA, 1983, 677-718

⁷⁰ Menezes Cordeiro, António, Manual de Direito Bancário, 5ª Edição, Almedina, p. 773-775

De acordo com o que já referimos, a garantia autónoma, tal como a fiança, estabelece-se através de contrato que tem função de garantia. Relativamente à forma deste contrato, este rege-se pelo regime geral dos negócios jurídicos.

Face ao exposto, são inúmeras as vantagens da garantia autónoma, contudo também se vislumbram inconvenientes que são idênticos aos das garantias pessoais, como são caso a fiança e o aval, salientando-se a particularidade da autonomia.

2.4. Distinção de Figuras Afins

A garantia autónoma distingue-se de figuras afins, como são exemplo, a fiança e o aval.

Neste sentido, e tendo em consideração que a fiança é o objeto do nosso estudo, é imprescindível indicar as diferenças entre este tipo de garantias pessoais, uma vez que muitas são as vezes em que estas figuras são equivocadas, chegando até a serem tratadas como uma figura só. Não obstante, sempre se diga que, na atualidade, já são mais facilmente distinguidas e independentes, reiterando que, as diferenças ente si se encontram nas características, tais como a autonomia e a acessoriedade.

Ora, tal como já referimos anteriormente, o carácter acessório da garantia fidejussória encontra-se expressamente tratado no Código Civil. Assim sendo, o contrato acessório vincula-se ao primário, tendo como objetivo garantir o cumprimento da obrigação principal.

Deste modo, podemos referir que a acessoriedade da fiança traduz-se na obrigação do fiador se ajustar à obrigação principal, ficando submetida em vários aspetos como quanto à forma, no âmbito de vinculação e extinção e conteúdo. Além disso, a acessoriedade também concede ao fiador o benefício dos meios de defesa próprios do devedor que resultam da obrigação principal, exceto se estes forem antagónicos com a obrigação do garante.

Nesta conformidade, é certo que a fiança e a garantia autónoma apenas se aproximam, pois, ambas são garantias pessoais e têm como objetivo o cumprimento exímio e atempado da obrigação do devedor. Ademais, a fiança assume a responsabilidade por uma dívida que não lhe diz respeito, ou seja, compromete-se a cumprir a mesma prestação a que o afiançado está obrigado. Por sua vez, e em oposição à fiança, o garante autónomo assevera a verificação de um certo resultado, que é independente da obrigação assumida pelo devedor do contrato base⁷¹.

Posto isto, o objeto da garantia autónoma é diferente do que vem mencionado na relação base, tornando-a autónoma no que diz respeito ao contrato-base em questão.

⁷¹ Martínez, Pedro Romano; Ponte, Pedro Fuzeta da, *Garantias de Cumprimento*, *op. cit.*, pp. 113 e ss.

Todavia, outra das manifestações da autonomia e da independência da garantia autónoma prende-se com o facto de, por oposição à fiança, o garante não tem a possibilidade de invocar nenhum meio de defesa providas de relações jurídicas distintas das assumidas por este com o beneficiário, ou seja, as que surgem da relação de cobertura e de atribuição. Ora, o garante autónomo apenas dispõe dos meios de defesa que se integram do texto da garantia em causa e poderá invocar exclusivamente em situações críticas que vão contra os princípios que regem o Direito, pois, reiterando o anteriormente mencionado, o garante pode invocar outros meios de defesa.

Assim, neste seguimento, de forma diferente do que acontece na fiança, o contrato-base e o contrato de garantia são completamente independentes entre si, pois, a garantia não se submete à obrigação que advém do contrato-base no diz respeito à forma, conteúdo, vinculação e extinção. Desde logo, veja-se que, o direito de reembolso que o garante possui quanto ao devedor, após a execução da garantia, procede do contrato de mandato que foi celebrado com o devedor e não por sub-rogação dos direitos do credor do respetivo contrato-base.

Com efeito, e por oposição à fiança, quando se efetua o cumprimento da prestação a que se vinculou, o garante não passa a exercer os direitos que diziam respeito ao credor em relação devedor, ainda que na referida prestação existam todas as suas garantias e acessórios⁷².

Em face do exposto, o garante autónomo pagará uma dívida própria que advém de um contrato de mandato, tendo em vista reparar um dano que foi causado ao beneficiário.

Ainda neste contexto, apraz dizer que, existe também diferenças entre a garantia autónoma à primeira solicitação (“*on first demand*”) e a fiança com cláusula à primeira solicitação, ressalvando que, não obstante existirem diferenças, estas são muito ténues.

Ora, quando tratamos de uma cláusula “*on first demand*” existe tendência para a associarmos, automaticamente, à garantia autónoma. Porém, FERRER CORREIA⁷³ afirma que na hipótese de existirem dúvidas relativamente a nos encontramos perante uma fiança ou uma garantia autónoma, todas as dúvidas deverão desaparecer em favor da garantia autónoma, isto se estivermos perante uma situação de que o banco se comprometeu a pagar à primeira solicitação do beneficiário⁷⁴.

⁷² Este é um dos motivos de os bancos aceitarem realizar garantias autónomas, pois, desta forma, asseguram o reembolso da quantia disponibilizada e paga, exigindo que o devedor apresente garantias.

⁷³ Ferrer Correia, Notas para o estudo do contrato de garantia, RDE VIII, n.º 2, Coimbra, 1982, p. 282

⁷⁴ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 11 de Julho de 2018, processo n.º 10935/14.8T8PRT.P1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/8ceefd13c84b2d74802582e200485bfd>; Acórdão do

Destarte, esta cláusula “*on first demand*” deixou de ser o critério diferenciador entre a garantia autónoma e a fiança, pois, a doutrina e a jurisprudência dos mais variados ordenamentos jurídicos, bem como a portuguesa, veio considerar a hipótese de constituição da fiança à primeira solicitação.

Todavia, dispõe JANUÁRIO GOMES que se vislumbra de difícil execução, uma vez que “*já que se trata de “casar” uma garantia que tem como nota caracterizadora – como nota de identidade – o facto do prestador de garantia poder invocar, sem peias, as excepções derivadas da relação subjacente, com uma cláusula que, pelo menos numa primeira fase, paralisa essa invocação*”⁷⁵.

Assim, face a esta disposição, coloca-se a questão de como se irá distinguir estas duas figuras quando ambos se podem fazer usar da cláusula em questão.

Nesta conformidade, acrescenta, e bem, FÁTIMA GOMES que “*a cláusula em causa teria, então, uma simples função de solve et repete, sem prejuízo de constituir um índice de autonomia do contrato de garantia*”⁷⁶.

Dispõe, ainda, JANUÁRIO GOMES que acredita que a fiança com cláusula “*on first demand*” como uma garantia intermédia entre as duas figuras em questão, isto é, a fiança e a garantia autónoma à primeira solicitação.

Mais, acrescenta ainda JANUÁRIO GOMES que “*a partir do momento em que se verifiquem os pressupostos para o pagamento ao primeiro pedido, funciona o regime da garantia autónoma; a partir daí é recuperado, na medida do recuperável, o regime da fiança, sendo, então actuável, ex post*”⁷⁷. Desta forma, corroboramos, integralmente, a referida posição.

Ora, verifica-se que a fiança com cláusula “*on first demand*” funciona tal como uma garantia autónoma automática, logo o garante fica obrigado a pagar ao beneficiário ao primeiro pedido, tendo a possibilidade de invocar apenas os meios de defesa que se provenham do texto da garantia, excetuando-se os casos em que estiverem perante uma gritante violação dos princípios do Direito.

De todo o modo, sempre se dirá nestas situações a acessoriedade fica estagnada no tempo e os meios de defesa do fiador (que não sejam os meios próprios da garantia) fossem

Tribunal da Relação do Porto, de 12 de Setembro de 2017, processo n.º 14532/17.8T8PRT.P1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/-/7BA344109EA76D6B802581C5003D2BB2>

⁷⁵ APUD. Gomes, Manuel Januário Costa, Estudo de Direito das Garantias, A chamada “fiança ao primeiro pedido”, vol. I, Almedina, 2004, p. 144.

⁷⁶ Gomes, Fátima, Garantia bancária autónoma à primeira solicitação, *op. cit.*, p. 170 e ss.

⁷⁷ APUD. Gomes, Manuel Januário Costa, Estudo de Direito das Garantias, A chamada “fiança ao primeiro pedido”, vol. I, Almedina, 2004, p. 162

transferidos até ao momento posterior ao pagamento. Por sua vez, na garantia autónoma, o garante não logrará dispor dos meios de defesa que resultem de relações jurídicas diferentes daquelas que foram estipuladas entre si o beneficiário.

Pese embora o exposto, o fiador poderá, posteriormente, exigir o seu direito de regresso contra o beneficiário da garantia/credor e contra o devedor, caso se vislumbre o pedido indevido do pagamento da fiança pelo credor. Assim sendo, no caso da fiança, sem a cláusula à primeira solicitação, este ficar sub-rogado nos direitos do credor/beneficiário contra o devedor, por oposição do garante autónomo que apenas dispõe de um mero direito de reembolso.

Posto isto, através do concurso de pretensões alternativas, é possível resolver-se a questão do direito de o fiador agir sub-rogado nos direitos do credor contra o devedor ou, ainda, contra o credor, tendo em consideração o contrato de fiança à primeira solicitação⁷⁸.

Deste modo, e ainda que de forma sucinta, outra figura afim da garantia bancária a ter em consideração, é o aval. Ora, estas duas figuras diferenciam-se, pois, a autonomia do aval é manifestamente limitada, uma vez que esta admite a possibilidade de se invocar a invalidade formal da relação subjacente. Por sua vez, também o aval é uma garantia pessoal, porém esta possui um âmbito mais restrito, pois, como é sabido, esta figura encontra-se inclinada às letras, livranças e cheques, que se rege pela LULL.

Como já se deixou claro, a garantia autónoma possui duas funções, como a de assegurar o pagamento de uma determinada dívida que o devedor garantido contraiu perante o credor ou, ainda, auxilia a falta de devolução de pagamento antecipado. Todavia, a função mais utilizada da garantia autónoma é, efetivamente, como caução.

Ademais, a garantia autónoma poderá funcionar, ainda que de forma semelhante, como o seguro, isto é, poder assegurar um risco que, *in casu*, será o risco do não cumprimento de um contrato.

Assim sendo, tendo em consideração que a garantia autónoma visa a indemnização pelo não cumprimento do contrato, o seu objeto pode diferir do objeto da obrigação assegurada pelo devedor garantido.

⁷⁸ APUD. Gomes, Manuel Januário Costa, Estudo de Direito das Garantias, A chamada “fiança ao primeiro pedido”, vol. I, Almedina, 2004, pp. 166 e 167.

2.5. A Execução do Contrato de Garantia

No que toca à forma do contrato de garantia autónoma, é imperioso que este apresente forma escrita, no entanto, segundo PEDRO ROMANO MARTINEZ⁷⁹, parece quase impossível a carência de documentos escritos neste negócio, posição que defendemos.

Ora, tendo em consideração o tipo de negócio em causa, é impensável que a declaração do garante não seja reduzida a escrito, o mesmo não acontece na declaração do beneficiário que pode prescindir desta formalidade, isto é, pode ser consagrada tacitamente.

Nesta conformidade, nos contratos de garantia autónoma deverão constar os nomes do banco/garante e do credor/beneficiário, deverá ainda constar de forma clara e expressa o objeto da garantia em questão, de forma que ambas as partes compreendam o contrato que estão a celebrar, bem como a quantia garantida também deverá estar expressa. Mais, podem ser incluídas no contrato da garantia autónoma cláusulas que venham indicar o local onde se dará o cumprimento da garantia e, ainda, caso se pretenda que a mesma seja executada, se será feita através de simples interpelação ao banco, ou seja, cláusula de “à primeira solicitação”, como já vimos anteriormente.

Outrossim, importa ainda salientar que a interpretação do contrato deverá ser feita sem ser preciso recorrer a nenhum outro documento, tal como o contrato-base, portanto não será necessário colocar no contrato de garantia assuntos que não sejam fundamentais para o bom entendimento do mesmo.

CAPÍTULO IV – DA VINCULAÇÃO DO FIADOR

No que diz respeito ao âmbito da vinculação como fiador, teremos que tratar a constituição da situação fidejussória. Assim, iremos abordar mais detalhadamente os créditos que são passíveis de serem afiançados, a fiança e a perturbação genética do crédito e, ainda, a operação complexa da fiança.

1. Dos créditos passíveis de serem afiançados

Neste contexto, são vários os créditos que estão sujeitos a serem afiançados. Podemos verificar que é exemplo destes créditos o caso dos créditos relativos a prestações fungíveis,

⁷⁹ Martinez, Pedro Romano; Ponte, Pedro Fuzeta da, *Garantias de Cumprimento*, *op. cit.*, pp. 130 e ss.

créditos relativos a prestações não atuais e, ainda, os créditos das obrigações não exigíveis judicialmente.

1.1. Dos créditos relativos a prestações fungíveis

Ora, relativamente a estes créditos relativos a prestações fungíveis, é necessário analisar a relação entre a fiança e o carácter fungível ou infungível da prestação que o devedor principal tem a cumprir. Atualmente, não se considera taxativo que a fiança garanta o cumprimento das obrigações pecuniárias, com maior relevo a fiança bancária ou a favor de bancos. Por sua vez, considera-se que a fiança tem o poder de garantir o cumprimento de qualquer prestação fungível, apenas levantando dúvidas no que diz respeito às prestações infungíveis.

Ao contrário do que os ordenamentos jurídicos estrangeiros defendiam, JANUÁRIO GOMES⁸⁰ refere que não aceita a circunscrição natural da fiança à garantia do cumprimento da obrigação de indemnizar.

Em contrapartida, é atualmente aceite que a fungibilidade das prestações não se encontra dependente do seu carácter pecuniário, isto é, podem ser fungíveis não só as prestações de coisa (*dare*), como também as de facto (*facere*)⁸¹.

Ao contrário do que acontecia no Código Civil de 1867 e até mesmo do que ocorre no *codice*⁸² em vigor, não se vislumbra alusões ao pagamento da dívida, mas sim ao cumprimento da obrigação, o que, mesmo que estas duas alusões (cumprimento e pagamento) existissem e tendo pleno conhecimento que estavam em causa duas palavras completamente distintas, esta diferença acabava por não ser significativa, uma vez que era frequente passarem por sinónimos uma da outra⁸³. Encontramos uma situação semelhante no artigo 633.º, n.º 1, *in fine* do CC, pois, encontra-se referido “bens suficientes para garantir a obrigação”, acontece que a situação mencionada apenas se limita aos casos específicos em que o devedor se obrigou a dar fiador, o que, segundo JANUÁRIO GOMES, “*não é*

⁸⁰ Gomes, Manuel Januário Costa, Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da vinculação como fiador, *op. cit.*, pp. 292 e ss.

⁸¹ A obrigação é um vínculo jurídico, sendo que de um devedor está vinculado para com o credor à realização de prestações, de forma a satisfazer um crédito. Assim, a prestação *dare* consiste em constituir ou transferir um direito real, enquanto a prestação *facere* consiste em realizar uma atividade que não se traduza num *dare*. Neste sentido, Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 11 de Julho de 2019, processo n.º 7096/18.7T8STB.E1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/6bb2b3908bdc31fe8025844a003a1fca?OpenDocument>

⁸² Tal como indica Januário Gomes, os artigos 1944.º, 1947.º e 1954.º do *Codice* dizem expressamente respeito a “pagamentos” que aludem ao cumprimento.

⁸³ Gomes, Manuel Januário Costa, Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da vinculação como fiador, *op. cit.*, pp. 294 e ss.

defensável que tal expressão se circunscreva aos casos em que a obrigação garantida seja pecuniária”.

Assim sendo, não faria sentido uma outra solução, pois, de acordo com o artigo 767.º, n.º 1 do CC a prestação pode ser efetuada seja pelo devedor, como por terceiro, interessado ou não no cumprimento da obrigação, tendo, portanto, legitimidade ativa para a realização da prestação⁸⁴.

Surge agora a questão de saber se a prestação-padrão que se encontra a cargo do devedor principal é infungível. Neste sentido, a posição dominante, que desde já se corrobora, é de que a infungibilidade da prestação não impede ao afiançar da obrigação, neste caso, o fiador apenas irá garantir o cumprimento da obrigação secundária que irá ressarcir os danos⁸⁵. Esta posição, segundo JANUÁRIO GOMES, afigura-se correta pois não se vislumbra nenhuma descaracterização da obrigação do fiador pelo motivo de esta obrigação não ser configurada pela prestação primária, mas sim pela prestação objeto da obrigação de ressarcimento dos danos. Ora, podemos referir que não há fungibilidade entre a prestação do fiador e a prestação primária a cargo do fiador, uma vez que as duas não têm como objetivo satisfazer o mesmo interesse. Todavia, existe entre estas duas figuras um “desfasamento temporal”, sempre que a prestação a cargo do devedor for objeto do *dever de prestar*, verifica-se que não ocorre a *Garantiefall*, a “circunstância de eventualidade”, o que permite a verificação da atuação da garantia. Assim, quando, na esfera do devedor, se verificar a alteração do dever de prestar para o dever de indemnizar, passará a haver total fungibilidade entre a prestação secundária e a prestação fidejussória.

Nesta conformidade, JANUÁRIO GOMES discorda parcialmente com o entendimento de BISCONTINI que, por sua vez, é diverso do referido entendimento maioritário. Ora, não se compreende como o último autor sustenta, nos casos de obrigação infungível, a impossibilidade de aceitar que a fiança garanta o ressarcimento do dano. Por outro lado, compreende-se que o autor defenda que não é sustentável que a obrigação primária de prestar (que é infungível) a cargo de devedor possa ser diretamente garantida, no caso em que o credor possa exigir do fiador uma *prestação-sósia*, sendo este um facto completamente impossível. Em consequência, se for possível constatar que da declaração de vontade do

⁸⁴ Antunes Varela, João de Matos, Das obrigações em Geral, Vol. II, *op. cit.*, pp. 25 e ss.; Gomes, Manuel Januário Costa, Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da vinculação como fiador, *op. cit.*, pp. 295 e ss.

⁸⁵ Vaz Serra, Adriano, Fiança e figuras análogas, BMJ 71 (1957), 19-330, p. 46; Manuel Januário Costa, Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da vinculação como fiador, *op. cit.*, pp. 295 e ss.

fiador o resultado que as partes tiveram em vista foi exclusivamente esse, a fiança dever-se-á considerar nula por impossibilidade de objetivo, de acordo com o artigo 280.º, n.º 1 do CC.

Contudo, o sentido normal da declaração, tratado no artigo 236.º do CC, não pode ser presumível, uma vez que este sentido é o de que o fiador que garante a realização de uma prestação fungível, quando se verifique o incumprimento do devedor, garanta o cumprimento da obrigação de ressarcimento (secundária), tendo em consideração a especificidade da obrigação garantida.

A este propósito, apraz dizer que, o que foi exposto é incompatível com a existência de uma fiança solidária de obrigação com prestação infungível, uma vez que o credor não teria a *libera electio* entre a prestação do devedor e a prestação do fiador. Assim, tal como já referimos, enquanto não se verificar a alteração do dever de prestar em dever de indemnizar, o credor não poderá escolher a prestação do fiador, pois esta encontra-se dependente desta alteração, sem esta evolução o credor não pode exigir ao fiador a prestação, pois, não se verificou ainda o *Garantiefall*, sendo que, posteriormente, o credor pode escolher entre o devedor e o fiador.⁸⁶

Posto isto, deparamo-nos, ainda, com o problema da determinação ou determinabilidade do crédito, bem como com a necessidade do carácter expresso da declaração do fiador.

Ora, caso estejamos perante o caso da fiança que diz respeito à prestação infungível⁸⁷, o problema que está em causa é, primeiramente, a interpretação da declaração fidejussória, o apuramento do sentido normal da declaração expressa do fiador.

No que diz respeito à determinação/determinabilidade da obrigação a cargo do fiador, não se alcançam quaisquer dúvidas que possam ser levantadas quanto à validade da fiança. Saliente-se que, quando o fiador assume a vinculação fidejussória para o dever de indemnização, este assume-o com conhecimento e domínio do dever de prestar. Deste modo, segundo o artigo 280.º, n.º 1 do CC, a obrigação a cargo do fiador é determinável e, ainda, de acordo com o artigo 634.º do CC, verifica-se que existe um englobamento quanto à obrigação do fiador para garantir o cumprimento do dever de prestar, bem como quanto ao dever de indemnizar.

⁸⁶ Manuel Januário Costa, Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da vinculação como fiador, *op. cit.*, pp. 298 e ss.

⁸⁷ Esta fiança, tal como é regra, deverá ser obrigatoriamente expressa.

1.2. Dos créditos relativos a prestações não atuais

No que diz respeito à possibilidade de se afiançar créditos que ainda não são existentes, não se afigura polémico o debate desta questão, apesar da fiança possuir carácter acessório. Desta forma, o que está em causa é analisar a possibilidade de assumir uma vinculação fidejussória tendo como objeto um crédito futuro ou, então, um crédito sujeito a uma condição suspensiva.

Atualmente, não se concebe a possibilidade de fianças relativas a obrigações que ainda não são existentes (futuras), isto porque as fianças possuem uma enorme importância a nível económico, principalmente as obrigações futuras. Assim sendo, o entrave que se coloca relativamente a esta situação é quanto à segurança do vínculo fidejussório, pois, não existem certezas quanto à constituição crédito futuro ou condicional e, ainda, poder-se-á verificar um espaço de tempo impossível de ser determinar entre o momento da assunção fidejussória e a constituição do crédito.

Ora, tanto o Código Civil de 1867, como o *Codice* de 1865 não se vislumbravam quaisquer alusões a esta questão de se afiançar obrigações futuras ou condicionais, se bem que existiam autores que defendiam esta possibilidade, aderindo por completo à jurisprudência relativa a esta possibilidade, tal como é exemplo PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA⁸⁸.

Ainda neste sentido, VAZ SERRA⁸⁹ defendia, ao contrário do que vinha disposto no CS⁹⁰, a admissibilidade de fiança de obrigações futuras ou condicionais, propondo nos trabalhos preparatórios do código que esta possibilidade fosse consagrada no mesmo, referindo que o facto de a obrigação do fiador se manter “*em estado provisório de pendência, dependendo do nascimento da obrigação principal*”, não era sinónimo que teria que aceitar a livre revogabilidade da fiança até que a obrigação principal seja constituída. Além de que, ainda segundo VAZ SERRA⁹¹, o referido entendimento “*tiraria à fiança, que seria livremente revogável, grande parte do seu valor*”, pois, a fiança da obrigação futura vem “*assegurar ao futuro credor que, se conceder o crédito, gozará de tal garantia*”.

Atualmente, o artigo 628.º, n.º 2 do CC refere expressamente que a fiança pode ser prestada ainda que sem conhecimento do devedor ou contra a vontade deste e à sua prestação não obsta o facto de a obrigação ser futura ou condicional. Este artigo complementa-se com

⁸⁸ Manuel Januário Costa, Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da vinculação como fiador, *op. cit.*, pp. 300 e ss.

⁸⁹ Vaz Serra, Adriano, Fiança e figuras análogas, BMJ 71 (1957), 19-330, pp. 46 e ss.

⁹⁰ Código Civil Português de 1867 (de Seabra)

⁹¹ Vaz Serra, Adriano, Algumas questões em matéria de fiança, sep. do BMJ 95 e 96, Lisboa, 1960, pp. 5-99, p. 96.

o artigo 654.º do CC que trata a obrigação futura, tendo em consideração que esta admite, em determinados casos, a desvinculação voluntária e unilateral-potestativa do fiador enquanto não se verificar a constituição da obrigação.

Desde logo, uma questão que se coloca quanto a esta situação é a da compatibilidade do princípio da acessoriedade (artigo 627.º, n.º 2 do CC) e a expressa previsão. A resposta a esta questão não é certa, uma vez que não é possível afirmar esta compatibilidade, pois, sendo a obrigação futura ou condicional e o fiador já se encontrar vinculado, não se verifica uma ligação atual do crédito fidejussório já existente ao crédito principal (eventual).

Por sua vez, também não se mostra possível que exista uma separação entre a explicação da compatibilidade entre os artigos 628.º, n.º 2 e o 627.º, n.º 2 do CC, caso se trate de uma obrigação futura ou condicional, o que se pretende é que exista a referida compatibilidade entre si.

Podemos referir que existe diferença entre uma fiança que se encontre sujeita a uma condição suspensiva (fiança condicional) e uma fiança sujeita a um crédito com uma condição suspensiva. Assim, uma fiança relativa a um crédito com uma condição suspensiva não é uma fiança condicional, mas sim uma fiança de obrigação condicional, sendo que, tal como se verifica na obrigação futura, também esta se depara com a questão da compatibilidade com o princípio da acessoriedade.

Ainda relativamente à fiança relativa a créditos futuros ou condicionais, uma vez que esta assenta exclusivamente na acessoriedade do nascimento do direito de garantia, o contrato de fiança poderá ser totalmente eficaz e vinculativo para o fiador, ainda que exista uma obrigação principal⁹².

Neste sentido, tanto no caso de fiança relativa a créditos futuros, como no caso de fiança relativa a créditos condicionais, considera-se que estamos a fazer face a “verdadeiras e definitivas” fianças que dizem particular respeito a um crédito que irá ser garantido, mas que ainda não é um crédito atual. Portanto, não podemos dizer que estamos perante simples promessas de fiança em que o fiador deverá ser, uma vez mais, chamado para emitir uma nova declaração de vontade aquando do “nascimento” crédito (que até ao momento era tido como futuro).

⁹² Manuel Januário Costa, Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da vinculação como fiador, *op. cit.*, pp. 303 e ss.

Posto isto, o art.º 628.º, n.º 2 *in fine* do CC, não acolhe situações de rutura com a princípio da acessoriedade do direito de garantia em virtude do crédito, pois a acessoriedade deve ser tida em conta em relação ao crédito futuro ou condicional.

1.3. Das Obrigações não exigíveis judicialmente

Na fiança de créditos não exigíveis judicialmente é necessário, desde logo, começar por colocar questões relativamente às obrigações naturais.

O CS, bem como o *Codice de 1865 e ainda o Code*, não se vislumbrava nenhuma alusão à fiança de obrigações naturais e, portanto, havia uma divergência acentuada na doutrina no que diz respeito à admissibilidade da referida fiança.

Neste sentido, CUNHA GONÇALVES⁹³ entendia que esta era uma solução a ter em consideração, sendo esta a mais adequada, uma vez que o credor teria a possibilidade de exercer ação contra o fiador, pois não teria esta possibilidade contra o devedor principal. Com igual entendimento temos VAZ SERRA⁹⁴ defendia a objeção da impossibilidade de invocar o benefício de excussão por parte do fiador, com o carácter não essencial do benefício em causa.

Dispondo em sentido contrário, vários autores⁹⁵ defendem que as obrigações naturais não podiam ser afiançadas, pois estas são “inexistentes”, uma vez que estas não constituem obrigações inquestionáveis e legítimas, acrescentando ainda que não havia compatibilidade com o carácter acessório da fiança e que a fiança não se iria conciliar com os motivos que determinam a incoercibilidade da obrigação.

Na atualidade, os artigos 402.º a 404.º do CC não possuem qualquer menção à fiança de obrigações naturais⁹⁶, tratando-as exclusivamente como categoria geral⁹⁷, ao contrário do que tinha sido sugerido por VAZ SERRA.

Ainda neste sentido, JANUÁRIO GOMES⁹⁸ entende que aceitando que a obrigação natural é uma verdadeira obrigação jurídica, ainda que exista a impossibilidade de realização

⁹³Cfr. Manuel Januário Costa, Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da vinculação como fiador, *op. cit.*, pp. 328 e ss.

⁹⁴ Vaz Serra, Adriano, Fiança e figuras análogas, *op. cit.*, pp. 48.

⁹⁵ V.g. Humberto Lopes, Moitinho de Almeida e Manuel de Andrade; Cfr. Manuel Januário Costa, Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da vinculação como fiador, *op. cit.*, pp. 328 e ss.

⁹⁶ “O artº 402º do C. Civ. consagra a “obrigação natural” como uma figura de carácter geral, compreendendo no seu âmbito todos os deveres de ordem moral e social, cujo cumprimento não seja judicialmente exigível, mas corresponda a um dever de justiça.”, de acordo com o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 03 de Dezembro de 2009, processo n.º 4371/07.0TJCBR.C1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/-/5D0E4D6C19C66180802576A1004B995A>

⁹⁷ Antunes Varela, João de Matos, Obrigações em Geral, Vol. I, 10.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 728 e ss.

⁹⁸ Manuel Januário Costa, Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da vinculação como fiador, *op. cit.*, pp. 330 e ss.

coativa da prestação, não se alcança a recusa da possibilidade de o crédito do credor de obrigação natural seja objeto de uma garantia de terceiro. Aceitando que esta seja uma obrigação válida, mesmo sendo distinta das demais obrigações jurídicas, não se verifica nenhuma contrariedade à garantia dessa mesma obrigação. Apraz dizer que, concordamos com este autor, pois, tal como o mesmo defende, não se verifica entraves ao cumprimento da mesma, ainda que a obrigação seja diferente na sua génese das restantes obrigações jurídicas, o que, em última instância, regidas pelo mesmo regime, possuem a mesma finalidade.

Assim, de acordo com o art.º 628.º, n.º 2 do CC, se o fiador prestar fiança sem o conhecimento do devedor, esta não deixará de ser válida na sua constituição, embora a obrigação principal fique num estado de maior vulnerabilidade, tendo de ser imperiosamente comunicado à obrigação do fiador, a qual fica constituindo uma obrigação natural de fiança. Esta consequência decorre do artigo 631.º, n.ºs 1 e 2.

Nos casos em que a fiança é prestada mediante a solicitação do devedor, não se presume que o fiador tenha sido importunado pelo devedor para que este garanta a obrigação exigível judicialmente, logo a assunção fidejussória da obrigação converte a obrigação natural em obrigação civil. Neste sentido, poder-se-á aplicar o artigo 304.º, n.º 2 do CC quando se trate de uma dívida prescrita e, ainda, com uma postura de reconhecimento da dívida por parte do devedor, prometendo o pagamento da mesma.

Por fim, ainda nesta conformidade, nos casos em que a obrigação do devedor é natural, o garante tem intenções de garantir que o devedor irá cumprir, ainda que não esteja civilmente vinculado, assim verifica-se que a garantia estará notoriamente mais imbuída de autonomia do que de acessoriedade.

Cabe agora prosseguir e averiguar o quesito da possibilidade de fiança de créditos prescritos. Assim, a possibilidade em causa não poderá ser afastada de uma outra possibilidade de afiançar créditos de obrigações naturais, uma vez que as dívidas prescritas consideram-se “*um exemplo acabado destas*”⁹⁹, quando a prescrição for invocada, sendo que as referidas dívidas prescritas se encontram tratadas no art.º 304.º, n.º 2 do CC.

Ora, de acordo com o art.º 302.º, n.º 2 do CC, a prestação da fiança com o consentimento do devedor é uma manifestação de uma renúncia tácita à prescrição, começando a correr um novo prazo prescricional, uma vez que a fiança diz respeito a uma obrigação civil, tendo que

⁹⁹ Antunes Varela, João de Matos, *Obrigações em Geral*, Vol. I, *op. cit.*, pp. 728 e ss; Gomes, Manuel Januário Costa, *Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da vinculação como fiador*, *op. cit.*, pp. 332 e ss

se reger pelos mesmos efeitos dispostos na lei quanto ao reconhecimento do art.º 325.º do CC.

Por oposição, a prestação de fiança sem o consentimento do devedor, o fiador não se encontra impedido de invocar a prescrição de acordo com os artigos 637.º, n.º 1 e 304.º, n.º 1 do CC.

Neste sentido, JANUÁRIO GOMES¹⁰⁰ entende que, de acordo com o artigo 304.º, n.º 2 do CC – que é posto em causa pela sua ampla referência – não abrange aos casos de garantias prestadas pelo devedor, mas sim todos os casos de prestação de garantias com o seu consentimento, incluindo, ainda, as fianças em que o devedor tenha incumbido o fiador de prestar determinada garantia. Não será, portanto, necessário fazer uma distinção entre as garantias suprarreferidas, concluindo que não obsta o argumento de que o fiador tem a possibilidade de invocar os meios de defesa do devedor, no caso a prescrição.

Ainda, segundo JANUÁRIO GOMES, entende que, desde já, se corrobora, à margem da “civilização” da obrigação principal e sem comunicação à fiança do carácter natural, não impossibilita que esta se enquadre nas garantias pessoais em geral, não se poderá enquadrar no quadro das garantias autónomas.

Posto isto, não se verifica nenhum impedimento quanto ao disposto no artigo 636.º, n.º 3 do CC, na medida em que dever-se-á interpretar tendo em consideração a acessoriedade da fiança¹⁰¹.

2. A Fiança e a perturbação genética do crédito

2.1. Da Fiança relativa a créditos decorrentes de negócios nulos

Já era anteriormente tratado no CS, nomeadamente no seu art. 822.º, a nulidade da fiança que “recai em obrigação que não seja válida”. Neste sentido, a doutrina explicava esta questão de forma muito natural, tendo como princípios base o da acessoriedade da fiança, abrange tanto as obrigações decorrentes de negócios nulos, como anuláveis. No que diz respeito às obrigações decorrentes de negócios anuláveis, o referido preceito legal admitia exceções às referidas obrigações.

¹⁰⁰ Gomes, Manuel Januário Costa, Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da vinculação como fiador, *op. cit.*, pp. 335 e ss

¹⁰¹ Antunes Varela, João de Matos e Pires de Lima, Código Civil Anotado, Vol. I, Reimpressão da 4ª Edição, Coimbra Editores, 2010, p. 654.

Atualmente, este artigo encontra-se “convertido” no artigo 632.º, n.º 1 do CC encontrando-se mencionado que a fiança só será válida se assim o for a obrigação principal. A este preceito legal, tal como no do CS, é tido em consideração a acessoriedade da fiança¹⁰², tendo em consideração que tanto a doutrina, como a jurisprudência¹⁰³ estão em concordância quanto ao facto de a nulidade da obrigação principal dita a nulidade da fiança.

Neste seguimento, JANUÁRIO GOMES não segue este entendimento, uma vez que o autor “*desconsidera a independência do negócio e da obrigação fidejussória face ao negócio e obrigação principais*”¹⁰⁴.

Ora, a fiança encontra-se sujeita às regras legalmente aplicadas aos negócios jurídicos em geral, o que, podendo conhecer causas de invalidade que lhes sejam próprias, que decorrem, tal como estamos a tratar, de perturbações genéticas do crédito, tendo de ser comunicadas ao negócio principal. O cerce na questão é exatamente o contrário, isto é, situações em que, por um motivo gravoso, a obrigação principal é nula. Assim sendo, caso o negócio jurídico detenha um vício genético que determine a sua invalidade, este irá, consequentemente, impedir a operacionalidade da fiança, refletindo-se na sua eficácia. Neste seguimento, não se alcança o motivo da contaminação da fiança, isto é, o motivo de esta invalidade se estender à obrigação fidejussória.

No fundo, a validade da obrigação principal é um requisito para a eficácia da fiança, porquanto não tinha cabimento que a ocorrência de um certo vício fosse sancionada com nulidade e, paralelamente, se permitisse a operatividade de uma garantia que se encontra ligada ao crédito, se assim fosse estariam em completo paradoxo. Todavia, a invalidade da obrigação principal já não poderá ditar a invalidade da obrigação do fiador, passando, no máximo, a ser inidónea à produção dos seus efeitos.

Em decorrência desta realidade, o artigo 632.º, n.º 1 do CC determina a ineficácia *stricto sensu* da fiança em caso de nulidade da obrigação principal, dado que não existe um vício genético da fiança que dite a sua invalidade, mas sim um impedimento à normal produção dos seus efeitos.

Por oposição, de acordo com o artigo 280.º, n.º 1 do CC, pode dizer-se que a fiança, na ausência do referido preceito legal, seria nula, resultando na nulidade do negócio cujo objeto

¹⁰² Antunes Varela, João de Matos, Das obrigações em Geral, Vol. II, *op. cit.*, p. 483.

¹⁰³ Neste sentido, “*Estando assente que a fiança é uma obrigação acessória, havendo nulidade da obrigação principal, aquela também será nula, deixando de existir.*”, de acordo com o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de Julho de 2021, processo n.º 942/14.6T2AVR.P1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/88ad63e5ac48b6dd8025872f005588ab?OpenDocument>

¹⁰⁴ Gomes, Manuel Januário Costa, Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da vinculação como fiador, *op. cit.*, pp. 338 e ss.

seja contrário à ordem pública. Neste seguimento, JANUÁRIO GOMES¹⁰⁵ não concorda que este argumento seja tido em consideração, visto que, além de se considerar exagerado considerar que o objeto seja ilícito, também refere que a existência do art.º 632.º do CC regula especificamente o destino da fiança e a invalidade da obrigação principal. Na eventualidade de se considerar a nulidade da fiança, também assim teria que ser considerada nos casos de mera anulabilidade da obrigação principal.

Saliente-se que, a aplicação do referido artigo tem de ser cuidadosa, pois a nulidade da obrigação principal não impede a plena eficácia de uma garantia pessoal (autónoma), nem a ineficácia é decisiva para a fiança quando a obrigação principal se mostre nula. Desta forma, é importante que se verifique a vinculação fidejussória quanto à sua extensão, isto é, se garante apenas o cumprimento da obrigação principal ou se também cobre o cumprimento da eventual obrigação de restituição, de acordo com o art.º 289.º do CC.

Ainda no que diz respeito à declaração de nulidade da obrigação principal, e de acordo com o art.º 289.º do CC, um problema com que nos deparamos é o da cobertura da obrigação de restituição, pela fiança, que cumpra ao devedor. Se seguirmos a opção supramencionada relativamente à ineficácia da fiança, nada ia acrescentar ao problema em causa, colocando-se nos mesmos termos que a nulidade da fiança.

Na doutrina portuguesa esta questão não tem sido alvo de muito debate, ao contrário do que acontece noutras doutrinas, como é exemplo a alemã, presumindo-se que se aceitou integralmente o entendimento do art.º 632.º, n.º 1 do CC, isto é, que a fiança se “desaparece/morre”, bem como todas as responsabilidades fidejussórias inerentes, mediante declaração de nulidade.

2.2. Da Fiança relativa a créditos decorrentes de negócios anuláveis

2.2.1. A Anulabilidade do artigo 632.º, n.º 1 do CC

Partindo da análise do art.º 822.º do CS onde se entendia que a acessoriedade da fiança determinava que o tipo de nulidade da obrigação principal iria definir, nos mesmos moldes, a invalidade da fiança. Neste sentido, se o negócio do qual derivava a obrigação principal fosse anulável, o fiador poderia invocar a invalidade da obrigação principal, sendo que os

¹⁰⁵ Gomes, Manuel Januário Costa, Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da vinculação como fiador, *op. cit.*, pp. 340 e ss.

efeitos desta ação iriam refletir-se na fiança. No entanto, o referido preceito legal¹⁰⁶ tinha exceções como era exemplo a nulidade da obrigação quando esta procedesse exclusivamente de uma incapacidade pessoal, isto é, uma incapacidade de exercício.

No presente, de acordo com o artigo 632.º do CC, pensa-se que, por consequência do n.º 1, a anulabilidade da fiança é determinada pela anulabilidade da obrigação principal. Ora, segundo JANUÁRIO GOMES¹⁰⁷, o facto de o negócio da qual origina a obrigação principal se encontrar geneticamente viciado, se esta obrigação principal for anulável, não se transmitirá o vício para o negócio da fiança, tornando-o inválido.

O legislador, através do n.º 1 do art.º 632.º do CC, determinou que, caso a obrigação principal seja anulada, a fiança irá, conseqüentemente, deixar de produzir os seus efeitos (art.º 289.º do CC). Aliás, só assim faz sentido, pois, tendo em consideração que a anulabilidade da obrigação principal dita a anulabilidade da fiança, em momento algum, o fiador tem a possibilidade de anular a fiança sem que fosse anulado o negócio que origina a obrigação principal.

Num outro ponto, não se pode interpretar do art.º 632.º, n.º 1 do CC que, quanto aos casos de anulabilidade, o fiador tem legitimidade para pedir a anulação do negócio de dá origem à obrigação principal (art.º 287.º, n.º 1 do CC).

Assim sendo, o fiador não pode segundo o artigo 642.º, n.º 2 do CC, pedir a anulação da obrigação principal, pode pedir essa mesma anulação o devedor, ou que renuncie à mesma.

Posto isto, podemos referir que, de acordo com o que foi mencionado, se a obrigação principal for anulada, conseqüentemente, a fiança será ineficaz.

2.2.2. O Regime especial do artigo 632.º, n.º 2 do CC

Através do artigo em causa podemos referir que a ineficácia da fiança que advém da anulação da obrigação principal não verifica quando esta é anulada por incapacidade ou por falta ou por vício da vontade do devedor, se o fiador conhecia a causa da anulabilidade ao tempo em que a fiança foi prestada.

Ora, deste artigo advém duas questões que estão ligadas entre si, isto é, saber se este regime consubstancia uma exceção à acessoriedade da fiança e, ainda, saber qual a natureza da responsabilidade do fiador quando se verifique a anulabilidade da obrigação principal.

¹⁰⁶ Também o *code* tratava esta situação analogamente, nomeadamente no seu artigo 2012.

¹⁰⁷ Gomes, Manuel Januário Costa, Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da vinculação como fiador, *op. cit.*, pp. 349 e ss.

Neste sentido, o artigo 632.º, n.º 2 do CC, aos olhos da doutrina maioritária, apoiada por ANTUNES VARELA¹⁰⁸ e FERRER CORREIA, diz respeito a uma exceção à acessoriedade. Por oposição a este entendimento, temos GALVÃO TELLES que entende que o regime do art.º 632.º, n.º 2 não possui nenhuma exceção ao princípio do art.º 627.º, n.º 2 do CC, isto é, entende que a fiança continuará a ser acessória, só que passará a garantir, por conversão legal para o devedor, o cumprimento da obrigação de restituição resultante. Por sua vez, JANUÁRIO GOMES não concorda com a posição mencionada, referindo que a mesma é “forçada e objetivamente norteadada pela preocupação de salvar o absolutismo da acessoriedade”¹⁰⁹.

Na verdade, é de salientar que o fiador mesmo conhecendo a causa de anulabilidade e, ainda assim, detendo esta informação, presta fiança, este assume o risco acrescido, mesmo que a obrigação principal venha a ser anulada, não dando qualquer relevância a incapacidade ou a falta ou o vício da vontade do devedor. Assim sendo, estamos perante uma situação em que o fiador não deverá ser sancionado pelo facto de ele tendo conhecimento dos factos decidiu “proteger” uma situação viciada, trata-se sim de responsabilizar o fiador nos termos em que ele assumiu os riscos.

Resta analisar a segunda questão suscitada do preceito legal em causa, isto é, saber se podemos continuar a falar da fiança quando a acessoriedade for quebrada. Ora, esta questão não é de extrema relevância, desde que se compreenda que a acessoriedade tem vários momentos, não podendo deixar de haver fiança por não se vislumbrarem possíveis todas as manifestações da acessoriedade. Analisaremos esta questão com base no facto de que, de acordo com o n.º 2 do art.º 632.º do CC, a acessoriedade diz respeito a uma fase ou a uma particularidade primordial. É importante perceber qual a efetiva posição do fiador quando se verifique anulada a obrigação principal, com subsistência da sua vinculação. Além disso, o fiador não deverá ser constituído devedor solidário, quando deixe de existir a obrigação do devedor.

A questão é bastante debatida, uma vez que existe uma grande dificuldade em explicar qual a verdadeira posição do fiador, em vários ordenamentos jurídicos estrangeiros consagram diversas soluções, sendo que um vasto número de autores tem maior tendência para a solução correspondente ao nosso artigo 632.º do CC.

¹⁰⁸ Antunes Varela, João de Matos, Das obrigações em Geral, Vol. II, *op. cit.*, pp. 484 e ss.

¹⁰⁹ Gomes, Manuel Januário Costa, Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da vinculação como fiador, *op. cit.*, p. 353.

Ora, no entendimento de JANUÁRIO GOMES¹¹⁰ que, desde logo, se concorda, não se pode aceitar a simples caracterização da vinculação como garante como sendo uma garantia autónoma, pois a obrigação principal ainda que seja anulada, continua presente, podendo o “fiador” dispor dos meios de defesa que lhes são próprios e, ainda, os que pertenciam ao devedor. O que está em causa é saber se a “presença” é exclusivamente uma presença de referência ou se a obrigação fidejussória se converte em obrigação principal¹¹¹. Neste sentido, podemos afirmar que não é possível essa conversão no que diz respeito ao fiador tomar o lugar do devedor no débito, ficando sub-rogado na posição do devedor, sendo que, se assim fosse, não se conseguiria explicar o motivo de o fiador puder invocar os meios de defesa que decorrem da fiança prestada. Portanto, o que acontece é a conversão da fiança numa garantia específica, que ainda que tenha aparência de autónoma, comporta-se como acessória da obrigação principal extinta¹¹².

Ainda no que concerne ao estudo do artigo 632.º, n.º 2 do CC, é necessário apurar as consequências do cumprimento pelo garante, na sua relação com o devedor, uma vez que, por conta da anulação da obrigação principal, o mesmo não pode exigir do devedor aquilo que prestou ao credor e que, uma vez mais, por conta da anulação da obrigação principal, se encontra impedido de exigir ao devedor. Neste sentido, quando se verifique a anulação da obrigação principal e o fiador se encontre desvinculado da prestação resultante do negócio, a mesma obrigação não pode “renascer” agora face ao fiador.

Assim, a doutrina¹¹³ nacional encontra-se maioritariamente de acordo, entendimento este que acreditamos ser o mais correto, colocando a situação em análise em termos de obrigação natural, isto é, embora o devedor não tenha civilmente nenhuma obrigação de reembolsar o fiador pelas quantias que este último pagou ao credor, este teria uma obrigação natural para proceder a este referido reembolso. Este entendimento advém da impossibilidade jurídica de se verificar a sub-rogação do fiador na posição de credor em termos de ficar na posição que ficaria, se, tendo cumprido, não tivesse sucedido a anulação da obrigação principal.

No entanto, existem duas situações que podem ser analisadas neste sentido, os casos em que o credor tinha prestado determinada coisa ao devedor antes da anulação da obrigação principal e os casos em que o credor não prestou nada ao devedor. Neste último caso, uma

¹¹⁰ Gomes, Manuel Januário Costa, Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da vinculação como fiador, *op. cit.*, p. 356.

¹¹¹ Entendimento de Fernando Pessoa Jorge, cfr. Gomes, Manuel Januário Costa, Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da vinculação como fiador, *op. cit.*, p. 356.

¹¹² Antunes Varela, João de Matos, Das obrigações em Geral, Vol. I, *op. cit.*, p. 767.

¹¹³ Neste sentido, Antunes Varela, João de Matos, Das obrigações em Geral, Vol. I, *op. cit.*, p. 762.

vez que o interesse creditório se encontra satisfeito, o garante não pode exigir nada ao devedor, pois, este não mantém nenhuma relação relativamente ao credor, nos termos em que o ex-fiador pode ficar sub-rogado na posição de credor. Ora, nesta situação, concluímos que a melhor solução a se aplicar será, indubitavelmente, o entendimento seguido pela maioria da doutrina, referido anteriormente, isto é, aplica-se o entendimento da obrigação natural a cargo do devedor.

Noutro pólo, se estivermos perante o caso em tenha sido prestado determinada coisa ao devedor, este deverá restituir, de acordo com os termos do artigo 289.º, n.º 1 do CC, o objetivo da restituição tem de ser tido em consideração, uma vez que a prestação foi realizada pelo fiador.

CAPÍTULO V – DA RELAÇÃO FIDEJUSSÓRIA

1. Da forma exigida para a declaração de prestar fiança

No que diz respeito à prestação de fiança, tal como se encontra explanado no artigo 628.º, n.º 1 do CC, “*a vontade de prestar fiança deve ser expressamente declarada pela forma exigida para a obrigação principal*”. O legislador, tendo por base o princípio da acessoriedade, transmitiu para este disposto legal o referido critério, adaptando-o quanto à forma fiança¹¹⁴.

1.1. Da sujeição da declaração de prestar fiança à forma exigida para a obrigação principal

É relevante, desde logo, apurar se existem outras fianças que apresentem um regime especial no que diz respeito à forma. Para isso, de acordo com o artigo 628.º, n.º 1 do CC, versaremos sobre três vertentes distintas, a saber: fianças prestadas por comerciantes, fianças prestadas para garantia de créditos comerciais e, por fim, fianças prestadas no âmbito dos contratos de consumo.

No que diz respeito às fianças prestadas por comerciantes no exercício da sua atividade comercial, o CCom não trata da forma que as fianças deverão seguir, portanto, aplica-se, normalmente, a exigência de redução a escrito, ressalvando que tal não será necessário se o

¹¹⁴ Para vários autores, esta “cega” utilização e obediência do princípio da acessoriedade, transpondo-o para a forma da fiança, “*retrógrada*” relativamente a outros ordenamentos jurídicos. Cfr. Gomes, Manuel Januário Costa, Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da vinculação como fiador, *op. cit.*, p. 415.

beneficiário da fiança também for um comerciante. Quando estamos perante fianças bancárias, a questão da forma pouco se coloca, uma vez que os bancos apenas assumem tais obrigações mediante forma escrita, nem tampouco os beneficiários da fiança se sentem salvaguardados se a referida fiança não estiver reduzida a escrito. Ora, a redução a escrito é uma prática habitual no que diz respeito a bancos e segurados, quer estejam em causa as fianças prestadas por bancos em que eles mesmos sejam os beneficiários¹¹⁵, quer sejam como credores na relação principal. Desta forma, entende-se que existe um “uso” bancário no sentido da redução a escrito da fiança *omnibus* a favor de bancos, ou seja, existe uma prática habitual e reiterada de redução a escrito, como existe, de igual modo, no comércio bancário a crença que a redução a escrito se prende com a operacionalidade da garantia, tanto nas fianças prestadas pelo banco, como nas fianças prestadas a favor do banco¹¹⁶.

Nesta conformidade, às fianças prestadas por bancos para a concessão de crédito, podemos encontrar no artigo 396.º do CCom o regime que regulam as fianças em apreço e, ainda, pelo DL n.º 32/765, de 29 de Abril de 1943, onde se conclui que “*os contratos de mútuo, seja qual for o seu valor, quando neles intervenham estabelecimentos bancários autorizados, podem provar-se por escrito particular ainda que a outra parte não seja comerciante*”¹¹⁷. Neste sentido, aceitando o regime da necessidade mínima da redução a escrito para a prestação da fiança pelo banco a favor de um comerciante, temos que comparar com o único artigo do referido DL, pois este considera que a redução a escrito é exclusivamente a forma exigível. Assim sendo, se a fiança for prestada por um banco a favor de um comerciante, o que temos que considerar é a articulação do artigo 628.º, n.º 1 do CC com o artigo 396.º do CCom. No entanto, se estivermos perante uma fiança que irá garantir uma pluralidade de operações (sobretudo, a fiança *omnibus*), de acordo com a acessoriedade da fiança, prioriza-se a redução a escrito à mera projeção, de acordo com o artigo 396.º do CCom.

Relativamente à fiança prestada para garantia de créditos comerciais, neste caso não se vislumbra uma enorme relevância quanto à forma, uma vez que mesmo o CCom não estabelece nenhum regime especial neste sentido (no entanto, trata no art.º 101.º do CCom a

¹¹⁵ Isto é, fianças simples ou fianças *omnibus*, sendo que estas últimas serão, posteriormente, objeto de estudo neste trabalho.

¹¹⁶ Este é um entendimento que se aplica, analogamente, às garantias autónomas., De acordo com, Mendes, Evaristo, *Garantias Bancárias, Natureza*, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais XXXVII* (1995/nº 4), pp. 411-473, p. 457.

¹¹⁷ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 18 de Dezembro de 2018, processo n.º 1029/04.5TBVNG-A.P1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/0c08711e0d9ac8db802583a8003e0b07?OpenDocument>; Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 26 de Abril de 2012, processo n.º 3026/08.2TBEVR-A.E1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/-/05F90A01907A6BD580257DE10056F847>.

solidariedade do fiador), ainda assim afastou-se a validade da fiança estabelecida verbalmente.

Por fim, no que diz respeito à proteção jurídica dos consumidores existem fianças com um regime especial quanto à forma. Esta é uma questão pouco relevante, uma vez que se entende – e bem – que neste caso dever-se-á aplicar a regra base que é proceder pela formalidade da fiança (artigo 628.º, n.º 1 do CC).

1.2. Da forma voluntária ou convencional da obrigação principal

No que diz respeito à forma legalmente exigida no artigo 628.º, n.º 1 do CC, tanto a doutrina¹¹⁸, como a jurisprudência estão de acordo que dever-se-á verificar a mesma forma para a obrigação principal¹¹⁹, independentemente de a forma ser voluntária (art.º 222.º, n.º 1 do CC) ou convencional (art.º 223.º, n.º 1 do CC). Além disso, a letra da lei reforça o entendimento descrito da forma exigida. Neste sentido, importa distinguir a forma voluntária da forma convencional.

Ora, a forma voluntária¹²⁰ encontra-se mencionada no artigo 222.º, n.º 1 do CC em conjunto com o artigo 628.º, n.º 1 do CC, onde resulta que, não obstante se adote a forma de escritura pública quanto à obrigação principal, a eficácia da declaração de fiança não está dependente desta forma, sendo que para a validade apenas importa que seja reduzida a escrito pela forma simples. Acreditamos que, seguindo esta forma, não estaremos a colocar em causa o fiador, uma vez que se verifica a forma mais solene do referido contrato do que aquela que realmente é exigida.

Quanto à forma convencional¹²¹, esta encontra-se tratada no artigo 223.º, n.º 1 do CC e refere que as partes têm a possibilidade de, caso querendo, estipular uma forma especial para a declaração. Se procederem desta forma, pressupõe-se que não quiserem vincular-se de outra forma senão pela forma convencional. Desta forma, se o fiador se vinculasse nestes termos menos formais e pouco solenes, estaria, conseqüentemente, a assumir a obrigação

¹¹⁸ Antunes Varela, João de Matos, Das obrigações em Geral, Vol. II, *op. cit.*, p. 487.

¹¹⁹ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 25 de Fevereiro de 1986, processo n.º 072597, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/20BD85AD84E6A0CE802568FC003A2D6C>; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 15 de Junho de 2020, processo n.º 9512/17.6T8VNG.P2, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/52816a0b8ab04642802585a5002ef727?OpenDocument>

¹²⁰ Fernandes, Luís Carvalho, (coord), Proença, José Brandão (coord.), Comentário ao Código Civil: Parte Geral, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2014. pp. 499- 501

¹²¹ Fernandes, Luís Carvalho, (coord), Proença, José Brandão (coord.), Comentário ao Código Civil: Parte Geral, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2014. pp. 501-503; Pinto, Carlos Alberto Mota, (Ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto), Teoria Geral do Direito Civil, 4ª ed. Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 428 e ss.

fidejussória desfavoravelmente em consideração à obrigação principal, pois descarta a forma convencional, acabando por contrair a fiança num contexto mais penoso.

1.3. A forma do art.º 628.º, n.º 1 do CC na declaração fidejussória ou no contrato de fiança

Quando tratamos a forma exigida da fiança significa que esta apenas se aplicará à declaração de vontade do fiador, não se aplicando, por sua vez, à declaração do credor. Ainda neste sentido, sufragamos inteiramente que a solução legalmente prevista e mencionada, uma vez que, sendo que o fiador irá satisfazer a prestação da obrigação principal, este terá de ter “prioridade” no que diz respeito ao conhecimento e aviso de qualquer questão relativamente à fiança, sendo que será ele que terá de dispor do seu património e não o credor. Desta forma, entendemos que a declaração de vontade do credor não necessita de seguir uma forma específica, podendo realizar-se de qualquer modo.

Por oposição, ANTUNES VARELA¹²² não segue este entendimento, pois, defende que a obrigação principal deve constar de um documento escrito assinado por ambas as partes, contendo tanto a declaração de vontade do fiador como do credor. No entanto, este é um entendimento que não se sufraga pelos motivos supramencionados, sendo que também não é uma posição que não se segue, pois, se o fiador prestou a declaração de vontade e esta segue a forma legalmente exigida e o credor tem posse da mesma, dúvidas não restarão que o fiador pretendeu afiançar.

1.4. Do carácter expresso da declaração de fiança

Como já estudamos *supra*, o artigo 628.º, n.º 1 do CC exige que a vontade de prestar fiança deva ser expressamente declarada pela forma exigida. Do mesmo modo, tal como já foi mencionado, apenas a declaração do fiador necessita de ser expressa¹²³, sendo que esta exigibilidade da declaração ser expressa está ligada ao artigo 217.º, n.º 1 do CC.

Não obstante o CC conter a definição de declaração expressa e, ainda, indicar-nos que a vontade de prestar fiança deverá seguir a forma exigida, não nos vemos desprendidos de controvérsias, uma vez que o artigo 217.º, n.º 1 continua a levantar questões quanto à definição que contém, além de que a exigência do artigo 628.º, n.º 1 não é idêntica a nenhum outro dispositivo.

¹²² Antunes Varela, João de Matos, Das obrigações em Geral, Vol. II, *op. cit.*, p. 487.

¹²³ Vaz Serra, Adriano, Fiança e figuras análogas, *op.cit.*, p. 37

Ora, para a doutrina dominante, a exigibilidade do carácter expresso da declaração do fiador é o que rege a redução da fiança a escrito pela forma exigida para a obrigação principal (de acordo com o disposto no art.º 628.º, n.º 1), sendo esta a única forma que o fiador dispõe para ser avisado dos perigos inerentes à fiança, portanto, estamos perante uma “função de aviso”¹²⁴. O que se pretende, essencialmente, é que o fiador tenha consciência do que vai afiançar, de forma a evitar que este fique vinculado a uma fiança que não tinha intenção de prestar por conta da gravidade da mesma, por isso é que, para que o fiador possa afiançar, deve expressamente declarar essa vontade, de modo que este preste a fiança de forma inteligente aquando da sua vinculação.

Além disso, podemos referir ainda que a declaração expressa é forçosamente clara, contudo, o contrário não se verifica, logo a declaração clara pode ser tácita (através de um comportamento conclusivo). De acordo com o art.º 217.º, n.º 1, quando este exige que a declaração seja expressa o que se pretende verdadeiramente é que a declaração verse diretamente no que diz respeito ao efeito de afiançar, não podendo ser vago na sua declaração, evitando mencionar todas as informações que o fiador tem direito a ter conhecimento de todos os riscos inerentes ao que pretende afiançar (evitando a declaração tácita)¹²⁵. Dever-se-ão utilizar chavões e expressões que digam respeito à declaração em causa, de forma direta e explícita, de forma a não suscitar dúvidas e a demonstrar que existe uma verdadeira intenção de afiançar.

Por fim, no que diz respeito à exigência do carácter expressa da declaração de fiança fica normalmente completada, sem quaisquer outras questões, quando a fiança e a operação-base são prestadas e “formalizadas” em simultâneo, que dá origem à obrigação principal¹²⁶.

1.5. As consequências da inobservância do art.º 628.º, n.º 1 do CC

No que diz respeito às inobservâncias do art.º 628.º, n.º 1 do CC, é necessário ter em consideração o que estamos a exigir e, conseqüentemente, o que é inobservado. Uma questão a ser debatida é a exigência da declaração expressa, nomeadamente quanto esta exigência não é vislumbrada. Neste sentido, JANUÁRIO GOMES entende que não se trata de um caso

¹²⁴ Esta “função de aviso” é utilizada nos direitos alemão, brasileiro, suíço e austríaco, sendo desempenhada à cabeça pela redução a escrito, Cfr. Gomes, Manuel Januário Costa, Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da vinculação como fiador, *op. cit.*, p. 469.

¹²⁵ Neste sentido, Acórdão do Tribunal da Relação, de 10 de Fevereiro de 2015, processo n.º 100595/13.2YIPRT.L1-7, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/-/CB95CF346CE760E280257E0600511237>

¹²⁶ Esta é uma situação que se verifica habitualmente na prática bancária quanto às operações de crédito, sendo que, nestes casos, o banco somente disponibiliza o crédito com a existência da prestação de fiança, ficando esta última a fazer parte dos documentos que formalizam a concessão do respetivo crédito. Neste sentido, Gomes, Manuel Januário Costa, Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da vinculação como fiador, *op. cit.*, p. 473.

de nulidade da declaração, por oposição ao disposto no art.º 294.º do CC, pois, entende que, “a utilização de um discurso tácito em vez de um discurso (que deveria ter sido) expresso coloca-se a um nível prévio relativamente ao da aplicação do disposto no art. 220 ou do art. 294: o de ser declaração relevante”¹²⁷.

Se a lei exigir num determinado caso uma declaração expressa e não se verificar esta exigência, por exemplo, estivermos perante uma declaração tácita, isto irá determinar a ineficácia da declaração. Além disso, a declaração proferida não irá produzir efeito fidejussório, uma vez que não se verifica a forma legalmente exigida¹²⁸.

Ora, se a declaração é apenas expressa num determinado ponto e não no outro, irá restringir-se a ineficácia ao ponto em que não se vislumbrou a declaração expressa, tratando-se, para tanto, de uma ineficácia parcial, não se alcançado um motivo para se tornar totalmente ineficaz.

Ora, não sufragamos esta posição relativamente à ineficácia parcial, uma vez que não compreendemos como poderia ser tido em conta apenas uma parte da declaração, isto é, a parte da declaração que se encontra expressa, ignorando o restante conteúdo da mesma. Entendemos, assim, que não deveria considerar tal declaração de fiança, independentemente de esta estar de acordo com a forma exigida, ainda que parcialmente, logo apenas poderia produzir os seus efeitos quando se vislumbrasse todas as exigências legalmente previstas.

É necessário averiguar se a fiança pode ser considerada perfeita sem produzir efeitos no seu todo (ineficácia em sentido restrito). Assim, estamos perante uma situação de inexistência, visto que, de acordo com o art.º 628.º, n.º 1, a declaração fidejussória exige uma determinada forma, quando existe ausência de determinado facto, principalmente, à margem de valoração, impede-se que haja a verdadeira a declaração fidejussória.

Por fim, quanto à inobservância da forma exigida para a fiança, é possível referir que quando é exigida uma forma específica para a declaração de fiança e esta, por sua vez, não apresenta essa forma, dúvidas não restarão que o contrato de fiança da declaração de fiança

¹²⁷ Gomes, Manuel Januário Costa, Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da vinculação como fiador, *op. cit.*, pp. 473 e ss.

¹²⁸ “Na verdade, a simples intervenção mediante a assinatura de documento onde se menciona a sua participação como fiadora no contrato não traduz uma declaração expressa da vontade de prestar fiança, quando muito traduzirá uma declaração tácita nesse sentido (o que não assume relevância, atento o disposto no art. 628.º, n.º 1, do CC). Como o contrato não contempla palavras que revelem a vontade de assumir a obrigação da fiança por parte da Ré ... (cfr. art. 217.º, n.º 1, do CC), cumpre concluir que a fiança não foi validamente constituída, padecendo de nulidade por inobservância da forma legalmente prescrita (cfr. arts. 628.º, n.º 1 e 220.º do CC).” Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 31 de Janeiro de 2019, processo n.º 14/18.4T8NIS.E1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/a01ac365ce6540b08025839e0036e690?OpenDocument>

em causa é nulo, mesmo que a declaração tenha sido expressamente declarada¹²⁹. Neste sentido, quando a fiança se vislumbra nula, a garantia prestada é, conseqüentemente, ineficaz, sendo invocável a todo o tempo pelo fiador ou qualquer outro interessado e que seja declarável oficiosamente pelo Tribunal¹³⁰. Este é um entendimento que corroboramos integralmente, pois, tal como referimos, só deverão produz efeitos quando se verificarem todas as formas legalmente previstas.

1.6. As limitações à invocação da nulidade da fiança por falta de forma

Considerando que a fiança que não cumpra com a forma legalmente exigida se afigura nula, surge a questão de saber se, de acordo com o art.º 286.º do CC, existem situações em que o fiador não pode invocar a invalidade da garantia¹³¹.

A doutrina nacional diverge quanto a esta temática, sendo que PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA¹³² atentam que “*expediente de todo o ponto inapropriado*” o recurso ao abuso do direito para a hipótese em que certa pessoa induz outrem à inobservância de forma. Por sua vez, MOTA PINTO¹³³, considerando que a posição anterior é demasiado rigorosa, acolhe o afastamento da prescrição de nulidade, nos casos excepcionais o art.º 334, tratando a questão como se tivesse verificado a forma exigida.

Noutro pólo, MENEZES CORDEIRO, que se debruça neste âmbito, posicionou-se no sentido de que se salientam as normas relativas à forma dos negócios que considera serem normas plenas, logo não admitem a redução teleológica. Neste sentido, e tendo em consideração o princípio do bloqueamento direto das regras de forma e, ainda, defendendo o referido abuso do direito, o autor remete a solução da questão para a responsabilidade civil por factos ilícitos (art.º 483.º, n.º 1 do CC).

Assim, JANUÁRIO GOMES concorda com a posição deste autor quanto ao carácter excepcional das normas que exigem não só uma forma específica, como também a sua imperatividade, por razões de ordem pública. Ademais, reforça ainda a posição de MENEZES CORDEIRO no que diz respeito à insusceptibilidade de redução teleológica das

¹²⁹ Pinto, Carlos Alberto Mota, (Ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto), Teoria Geral do Direito Civil, 4ª ed. Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 435

¹³⁰ Fernandes, Luís Carvalho, (coord), Proença, José Brandão (coord.), Comentário ao Código Civil: Parte Geral, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2014. pp. 708-709; Neto, Abílio, Código Civil Anotado, 19.ª Edição Reelaborada, Lisboa: Ediforum Edições Jurídicas Lda., 2016

¹³¹ Gomes, Manuel Januário Costa, Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da vinculação como fiador, *op. cit.*, pp. 492-502.

¹³² Antunes Varela, João de Matos e Pires de Lima, Código Civil Anotado, Vol. I, Reimpressão da 4ª Edição, Coimbra Editores, 2010, p. 216.

¹³³ Pinto, Carlos Alberto Mota, (Ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto), Teoria Geral do Direito Civil, *op. cit.*, pp. 439-440.

normas que exigem uma forma distinta. Todavia, ainda neste seguimento, JANUÁRIO GOMES não sufraga o entendimento de MENEZES CORDEIRO quanto à sua pretensão de que todas as normas formais sejam normas intrinsecamente plenas, uma vez que o legislador determina o âmbito da forma exigida, de acordo com o art.º 221.º, n.º 1 do CC.¹³⁴

Ora, ainda no entendimento do referido autor, surge uma questão relevante no que toca à inovação da nulidade, podendo ser um obstáculo para a mesma. Neste sentido, está em causa, com base no art.º 286.º do CC, o facto de qualquer interessado pode invocar a nulidade e esta pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal. Ora, a única forma de afastar este obstáculo seria interpretar o referido disposto legal de modo mais restrito e rigoroso, de acordo com a razão determinante.

O entendimento que aparenta ser inabalável é o do abuso do direito, “*sendo ilícito o exercício inadmissível duma posição jurídica*”, o que, de acordo com o art.º 334.º do CC, ao estabelecer-se a ilegitimidade como uma consequência do exercício inadmissível, acabamos por determinar um regime que ultrapassa o quadro traçado pela estrita ilicitude máxima da responsabilidade por danos.

Face ao exposto, apraz dizer que, tal como JANUÁRIO GOMES, entendemos que, em situações circunstanciais, o efeito da invocação pelo fiador da nulidade da garantia deve ser estagnado, em termos de a fiança dever ser tida como válida, ainda que não se vislumbre a forma exigida. Deste modo, a invocação da nulidade pelo fiador quando estamos perante um caso em que foi este último que enganou o credor quanto à desnecessidade de forma deverá ser considerada abusiva, da mesma forma dever-se-á considerar nula quando a fiança foi tratada como válida e verificou-se que o fiador aproveitou vantagens indiretas da prestação do credor ao devedor.

Ora, estamos perante uma violação do princípio da boa-fé quando o fiador, em benefício próprio, faz-se valer da sua experiência negocial para convencer o credor da desnecessidade da redução a escrito da declaração¹³⁵.

Além disso, outra situação a ter em causa que limita a invocação da nulidade pelo fiador por falta de forma é quando, sendo a mesma do conhecimento tanto o credor, como o fiador, sendo que ambos demonstram ter uma vasta experiência negocial, dominando as várias

¹³⁴ Gomes, Manuel Januário Costa, Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da vinculação como fiador, *op. cit.*, pp. 495 e ss.

¹³⁵ Nestes casos, estamos perante um comportamento contraditório por parte do fiador, de *venire contra factum proprium*.

questões do processo em causa, verificando-se uma confiança profissional na existência e subsistência da garantia¹³⁶.

Por fim, no que diz respeito ao abuso do direito, este também se aplica aos casos de ineficácia da declaração do fiador em consequência do carácter não expresso da mesma, referindo, ainda, que nestes casos a verificação será ainda mais rigorosa, uma vez que o que está em causa é a falta de um requisito imprescindível. Assim, nestes casos, quando existe a falta do carácter expresso da declaração, esta é ineficaz, logo trará consequências de regime, desta forma, se o fiador iludir o credor para a sua confiança, levando a conceder novos créditos ou ainda a beneficiar o devedor, a invocação da inexistência da fiança irá determinar a responsabilidade do fiador pela confiança estabelecida e objetivamente justificada, respondendo por culpa *in contraendo*¹³⁷.¹³⁸

2. Os elementos essenciais da declaração de fiança

A declaração de fiança, como já estudamos, tem de cumprir com a forma legalmente exigida e, ainda, deve fazer constar da mesma vários elementos que se mostram essenciais para que a declaração negocial decorra normalmente.

A questão dos elementos essenciais é bastante estudada e debatida no ordenamento jurídico alemão, onde entendem que a declaração de fiança deve admitir essencialmente o reconhecimento de todos os elementos que sejam essenciais à mesma, tais como: a pessoa do credor, a pessoa do devedor principal, a dívida garantida e, ainda, a vontade de prestar fiança¹³⁹.

Em bom rigor, o direito português beneficiou colossalmente com o estudo da doutrina alemã, no entanto a questão do âmbito da importância da regra *falsa demonstratio non nocet*¹⁴⁰ (teoria da impressão do destinatário) estar delimitada seja de forma geral, como

¹³⁶ Gomes, Manuel Januário Costa, Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da vinculação como fiador, *op. cit.*, pp. 499 e ss.

¹³⁷ “A responsabilidade por culpa in contrahendo decorre do facto de uma das partes ter gerado na outra a confiança e a expectativa legítima de que o contrato seria concluído e não da ruptura das negociações, da não conclusão do contrato ou da recusa da sua celebração, as quais são manifestações da liberdade contratual negativa.”, de acordo com o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 27 de Maio de 2015, processo n.º 512/13.6TBCBR.C1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/aa004060484854f280257e590032cd40?OpenDocument>

¹³⁸ Gomes, Manuel Januário Costa, Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da vinculação como fiador, *op. cit.*, p. 502.

¹³⁹ Gomes, Manuel Januário Costa, Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da vinculação como fiador, *op. cit.*, pp. 510 e ss.

¹⁴⁰ “Em conformidade com o ditame da velha máxima «falsa demonstratio non nocet», o n.º 2 do artigo 236º estabelece que, sempre que o declaratório conheça a vontade real do declarante, é de acordo com ela que vale a declaração emitida. Neste caso a vontade real, podendo não coincidir com o sentido objectivo normal, correspondeu à impressão real do destinatário concreto, seja qual for a causa da descoberta da real intenção do declarante. O sentido querido realmente pelo declarante releva, mesmo quando a formulação seja ambígua ou inexata, se o declaratório conhecer este sentido

relativamente a negócios jurídicos, de acordo com os arts. ° 236.°, n.° 2 e 238.°, n.° 2 do CC, respetivamente. Ora, no nosso ordenamento jurídico, quanto aos negócios jurídicos, no seu sentido objetivo, releva-se os dois dispostos legais mencionados à vontade real, marcando também o limite à proteção do destinatário, mesmo que os referidos normativos sejam ou não exceções à teoria da impressão do destinatário¹⁴¹. O que é fundamental é exteriorizar a vontade de prestar a fiança e que esta seja manifestada de forma expressa, clara e inequívoca, por forma a que seja de fácil compreensão e não suscite dúvidas sobre a intenção do fiador. Saliente-se que o imprescindível na declaração do fiador não é o propósito de prestar fiança, mas sim a vontade de responder pela dívida de outrem.

Além disto, entende-se que a declaração de prestar fiança constitui uma proposta, a declaração deverá manifestar uma vontade real, firme, séria e definitiva de prestar fiança, pois, segundo o art.° 246 do CC, “*a declaração não produz qualquer efeito, se o declarante não tiver consciência de fazer uma declaração negocial (...)*”. Estas situações podem surgir quando o fiador não tem completa consciência dos efeitos da declaração, logo, para prevenir, consagra-se, tal como já estudamos, sistema de aviso da gravidade da fiança, imposta através das formas legalmente exigidas.

Neste sentido, é importante mencionar que se a declaração de prestar fiança deve conter os requisitos exigidos para a proposta contratual, esta deverá igualmente conter os elementos essenciais e específicos do contrato de fiança, ressaltando todos os riscos inerentes à vinculação do fiador.

Face ao exposto, e de acordo com o que entende MORMANN, posição que se corrobora por completo, é importante conter tudo o que constitui a vinculação do fiador¹⁴². Desta forma, a declaração do fiador deverá identificar a dívida garantida, o devedor, o credor e o tempo de vinculação¹⁴³.

(com as limitações decorrentes, para os negócios formais, do art. 238º, n.º 2). Quer dizer: a ambiguidade objectiva, ou até a inexactidão, da expressão externa não impedem a relevância da vontade real, se o destinatário a conheceu. Houve coincidência de sentidos (o querido e o compreendido), logo, este é o sentido decisivo”, Cfr. Acórdão do supremo Tribunal de Justiça, de 15 de Outubro de 2002, processo n.º 02A1160, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/DF692743A64D7FC780256CAE0066B7C0>

¹⁴¹ “O artigo 236.º do CC consagra a teoria da impressão do destinatário, segundo a qual o sentido do negócio jurídico é o “sentido com que a declaração seria interpretada por um declaratário razoável, colocado na posição concreta do declaratário efectivo”, Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 02 de Maio de 2019, processo n.º 5015/15.1T8CBR.C1.S2.S1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/deafab34fe95f42c802583ef0037bc67?OpenDocument>

¹⁴² De acordo com o mencionado em Gomes, Manuel Januário Costa, Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da vinculação como fiador, *op. cit.*, p. 515.

¹⁴³ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15 de Março de 2007, processo n.º 1671/2007-8, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/e6e1f17fa82712ff80257583004e3ddc/9ccf82d6fe534278802572b20057f68b?OpenDocument>

Ao que tudo indica, de acordo com o art.º 238.º, n.º 1 do CC, a declaração pode valer, ainda que exista alguma irregularidade no corpo de texto do documento, portanto, existe um mínimo de correspondência, ainda que não esteja expresso corretamente. O n.º 2 do referido disposto legal admite um sentido de uma expressão imperfeita que tenha no texto da declaração, exclusivamente se se lograr demonstrar que tal expressão imperfeita está de acordo com o sentido da vontade real das partes e estas não se opõem à sua validade.

Deste modo, não sufragamos este entendimento, uma vez que somos a crer que a declaração nos moldes descritos não poderia valer, pois, estaríamos a ignorar todas as exigibilidades de forma e conteúdo referidas. Assim sendo, acreditamos que, se a declaração não se mostrar completo nos sentidos referidos, apresentando deficiências no seu texto, esta não poderá ser levada em linha de conta, não produzindo quaisquer efeitos, pois, caso contrário, não estaríamos a salvaguardar os interesses e o património do fiador.

3. A fiança em branco

Não obstante da interpretação do art.º 628.º, n.º 1 do CC, a questão da fiança em branco é bastante debatida no nosso ordenamento jurídico. Há quem não concorde com a posição de que a forma da fiança é unicamente regulada pelo disposto no art.º 628.º, n.º 1 do CC, a problemática da fiança em branca coloca-se relativamente aos casos em que a fiança tem de ser reduzida a escrito e, ainda, com a adoção voluntária ou convencional dessa forma. VAZ SERRA sugeriu no âmbito do CS que o negócio poderia ser anulado por erro na declaração ou dolo, contudo, esta sugestão e a de fazer referência à fiança em branco não teve acolhimento.

Nesta conformidade, tendo em consideração o CC, quando o credor estiver autorizado a preencher o documento em causa, este deverá preencher dentro dos limites da autorização que lhe é dada, salientando que se estivermos perante um preenchimento abusivo por exceder a medida da autorização, torna-se ineficaz face ao fiador, de acordo com os arts. 258.º e 269.º do CC. Além disto, o ónus da prova da desconformidade da autorização face ao preenchimento é da responsabilidade do fiador.

Por sua vez, quando o devedor estiver autorizado a preencher o documento e este o faça abusivamente, será necessário distinguir mediante o conhecimento ou não do credor dos termos para o preenchimento. Se este tiver conhecimento, o preenchimento abusivo será atribuído ao credor, de acordo com o art.º 378.º, caso se verifique que não tinha conhecimento existe a possibilidade da ilisão do valor probatório do documento, podendo o

credor responsabilizar o fiador por culpa *in contrahendo*. Mais, a doutrina nacional acolhe o fundamento que o fiador não poderá anular o documento preenchido por erro.

Quanto à autorização do preenchimento o documento esta for efetuada por um terceiro, aplicam-se as soluções já mencionadas, não nos regendo pelo artigo 378.º, pois este estabelece uma pluralidade de soluções.

Por fim, temos que referir que autorização para o preenchimento da declaração de fiança estão dependentes de algumas exigências, ou seja, esta deve ser expressa e reduzida a escrito, quando se trate de uma fiança formal.

4. O risco da fiança e os deveres mínimos do credor

No que diz respeito à prestação da fiança, é sabido que existe um risco coenvolvido em que as consequências que desta podem advir para o fiador, além de que, podemos aliar a esta situação a indiferença e a falta de informação ao fiador dos riscos que este corre ao afiançar, daí que seja importante haver um dever de informação. O que está aqui em causa não é a falta de capacidade de o fiador de exercer as suas responsabilidades inerentes à fiança, mas sim o facto de o fiador afiançar e não ter pleno conhecimento e consciência da assunção fidejussória em causa.

Ora, o ordenamento jurídico deve proteger o fiador dos casos em que, ainda que não se vislumbrem vícios de vontade, o fiador pode não estar a par de todas as informações consideradas mínimas para que este tomasse a sua decisão para que, caso existisse riscos, fossem da sua responsabilidade¹⁴⁴. Assim, tal como refere SINDE MONTEIRO¹⁴⁵ “*a pessoa que presta a informação tem um interesse económico próprio em que o aconselhado ou informado atue de acordo com o conteúdo dessa informação*”. É implícito que a informação que seja transmitida tenha relevância para a decisão da contraparte – art.º 485.º do CC com as respetivas alterações na sua base.

Primeiramente, nos casos em que a prestação da fiança surja de um “mandato” do devedor, é necessário averiguar a questão da necessidade do dever de informação surge nas relações entre o devedor e o fiador. Deste modo, ainda que esta questão não tenha sido alvo de muito estudo, não se levantam dúvidas quando à efetiva existência de um dever de

¹⁴⁴ “*Os conceitos de autonomia privada, de liberdade negocial e de autodeterminação são, assim, conceitos absolutamente «formais» (hoc sensu): o fundamento de validade do negócio jurídico decorre do valor reconhecido pelo ordenamento à possibilidade de os sujeitos jurídicos poderem dispor autonomamente sobre o conteúdo das suas próprias esferas jurídicas e de conformarem a sua vida em função das suas preferências subjetivas.*”, de acordo com Bastos, Miguel Brito, Deveres acessórios de informação – em especial, os deveres de informação do credor perante o fiador, in Revista de Direito das Sociedades, Ano V (2013) números 1 e 2, Diretor: António Menezes Cordeiro, Almedina, pp. 181-281, p. 212.

¹⁴⁵ Monteiro, Jorge Ferreira Sinde Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações, Coimbra, 1989, p. 468.

informação do fiador a cargo do mandante. O referido dever de informação alcança tanto as características exigidas da operação de afiançar, como ao estado do património resultando da relação contratual existente entre as partes. Além disto, a doutrina também aponta deveres de informação para as relações contratuais, sendo que estes obtêm extrema relevância em função da gravidade da fiança que se irá prestar. Contudo, estes deveres não se esgotam com a prestação da fiança, aliás, eles mantêm-se e permanecem desde que se verifique a subsistência da garantia e até à extinção da relação devedor-fiador.

Neste seguimento, e tendo em consideração a triangularidade da operação de fiança, é necessário averiguar a existência de um dever de informação e esclarecimento também a cargo do credor¹⁴⁶.

Assim, podemos, desde logo, distinguir o dever de informação e o dever de esclarecimento. De acordo com MIGUEL BRITO BASTOS¹⁴⁷ “*Estas duas classes são delimitadas consoante o devedor de informação esteja obrigado a comunicar os factos relevantes ao respetivo credor espontaneamente (dever de esclarecimento) ou apenas quando essa comunicação seja solicitada (dever de informação)*”.

A doutrina e jurisprudência alemã debruça-se sobre este tema, dando-lhe extrema relevância, defendendo que “*o credor não está obrigado a informar o futuro fiador quer sobre o âmbito do risco a assumir por este, quer sobre a situação patrimonial do devedor ou as relações negociais com este*”¹⁴⁸, portanto, o credor assume que o fiador dispõe de todas as informações e que tem plena consciência da assunção e do risco fidejussório. Só se exclui deste entendimento quando se verifique que estamos perante um caso em que o próprio credor, através do seu comportamento, induz o fiador em erro relativamente ao risco que este estaria a assumir. Com todo o respeito, a posição adotada pela doutrina e jurisprudência alemã não pode acolher a nossa aprovação, visto que o credor não pode presumir que o fiador se encontra devidamente informado sobre todas as questões, principalmente do risco inerente. Deste modo, somos a crer que que a melhor via a aplicar será a da imposição da necessidade e obrigatoriedade do dever de informação e esclarecimento nestes casos,

¹⁴⁶ Neste sentido “*Não se trata de exigir previamente a interpelação do fiador, mas tão-só o cumprimento do dever de informar em obediência ao princípio da boa-fé e aos deveres acessórios de conduta que recaem sobre o credor (...)*”, cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 8 de Setembro de 2020, processo n.º 1366/18.1T8AGD-A.P1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/238215160ed2db0080258602004da2b5?OpenDocument>

¹⁴⁷ Bastos, Miguel Brito, Deveres acessórios de informação – em especial, os deveres de informação do credor perante o fiador, *op. cit.*, p. 192 e ss.

¹⁴⁸ Gomes, Manuel Januário Costa, Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da vinculação como fiador, *op. cit.*, pp. 579 e ss.

ressalvando que se o fiador sofrer riscos e consequências da prestação de fiança serão únicos e exclusivamente frutos da sua decisão verdadeiramente informada e ponderada.

Não obstante a doutrina nacional não se ter debruçado sobre esta questão e não ter prestado a devida atenção, são inúmeras as fianças que são prestadas e é necessário evitar os problemas entre o fiador e o consumidor do crédito. Ora, é sabido que, tal como acontece nos demais contratos, também na fiança existem, *a priori*, deveres pré-contratuais em que a informação se encontra dependente da especificidade do negócio¹⁴⁹.

Num outro âmbito, após a dívida pelo fiador, surge ainda a questão de saber se existe um mínimo de deveres do credor para com o fiador durante a relação contratual, na fase de garantia.

Assim sendo, a doutrina e jurisprudência alemã, uma vez mais, entendem que o credor tem o dever geral de cuidado, no entanto, reconhecem-lhe o ónus¹⁵⁰.

O que está em causa é a verificação do “*standart mínimo*” dos deveres do credor que se encontram compatibilizados nas fianças. Ora, segundo HANSSLER¹⁵¹, o entendimento dominante tanto na doutrina, como na jurisprudência que diz respeito a apenas ser relevante para os efeitos de liberação do fiador o atentado do credor contra o princípio da boa-fé que se afigure gravoso, apoia-se na ausência de conhecimento e ponderação da assunção do risco.

Tendo em consideração a correlação efetuada pelo autor supramencionado no que diz respeito aos deveres do credor após a prestação de fiança e o risco assumido, este também se aplica no ordenamento jurídico nacional, visto que, não fazendo sentido, em regra, a equacionação. Por sua vez, não se verifica o mesmo quando sucede determinado facto que é suscetível de provocar o risco do fiador, no sentido de estabelecer uma nova dinâmica, do seu acréscimo ou da probabilidade da atuação da responsabilidade fidejussória.

Além disso, são reconhecidos vários outros deveres identificados pela doutrina, sendo que existe uma problematização quanto aos deveres de omissão. Aqui, JANUÁRIO COSTA¹⁵² concorda com os argumentos de HANSSLER relativamente aos deveres referidos, dizendo que “o credor está sujeito sem qualquer limitação” a omitir tudo o que se mostre ter uma influência negativa para o cumprimento da obrigação pelo devedor principal,

¹⁴⁹ Jorge Sinde Monteiro/ Almeno de Sá, *Concessão de crédito e deveres de informação do banco*, in Revista da Ordem dos Advogados, 1996, n.º 2, pp.748 e ss.; Almeno de Sá, *Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 65 e ss.

¹⁵⁰ Gomes, Manuel Januário Costa, *Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da vinculação como fiador*, *op. cit.*, pp. 587 e ss.

¹⁵¹ De acordo com o descrito em Gomes, Manuel Januário Costa, *Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da vinculação como fiador*, *op. cit.*, pp. 589 e ss.

¹⁵² Entendimento de Hanssler, *Risiko als vertragsgegenstand*, pp. 340-350, de acordo com as citações plasmadas em Gomes, Manuel Januário Costa, *Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da vinculação como fiador*, *op. cit.*, pp. 591 e ss.

umentando, conseqüentemente, o risco fidejussório. Este é um entendimento que acolhemos, uma vez que, ainda que estejamos a falar de omissão de alguma informação, compreendemos, por outro lado, se não estivessem omissos determinados factos o cumprimento estaria comprometido.

Ademais, também este autor defende que quando existe conflito de interesses entre o fiador e o credor, os que prevalecem são os do credor, resultando da assunção unilateral do risco pelo fiador. É preciso ter em consideração os deveres de proteção a cargo do credor com a responsabilidade do fiador. Só concordamos com este entendimento no caso de o fiador ter sido avisado dos riscos que corria e se tomou a decisão de afiançar estando plenamente consciente dos riscos e conseqüências inerentes, caso contrário não podemos concordar com a posição do autor.

Quanto ao dever de informação após a assunção da dívida, também o autor considera que não existir conflito de interesses, dado que o fiador já assumir o risco fidejussório, considerando que a limitação do risco cabe ao fiador. Novamente, salvo melhor entendimento, consideramos que a referida limitação do risco cabe ao fiador caso este tenha afiançado com total conhecimento, consciente e devidamente informado.

Por fim, outros deveres a considerar são os de investigação e de conselho, segundo os quais JANUÁRIO GOMES acredita não serem de afirmar, pois, verificando-se o cabal esclarecimento do fiador quanto ao risco da fiança no momento da vinculação, o credor não tem o dever de aconselhar o fiador quando à melhor via para a limitação ou redução do risco fidejussório ou, até mesmo, defender os seus interesses. Neste sentido, não adotamos integralmente esta posição, visto que, por um lado, entendemos que o credor não tem a obrigação de aconselhar o fiador quando este foi devidamente informado, mas, por outro lado, entendemos que, se não colocar em causa os interesses do credor, o mesmo pode, atuando mediante o princípio da boa-fé orientar o fiador quanto ao risco, por forma a salvaguardar o cumprimento exímio.

No nosso ordenamento jurídico, o entendimento é mais complexo, uma vez que a solução está dependente da posição tomada no âmbito do benefício da liberação (art.º 638.º, n.º 1 do CC).

CAPÍTULO VI - DA POSSIBILIDADE DE DESVINCULAÇÃO DO FIADOR

Após termos estudado a fiança e as vinculações do fiador, importa, ainda, estudar os casos em que os garantes, nomeadamente o fiador, se pode desvincular da fiança em questão.

Ora, *a priori*, quando nos debruçamos sobre esta questão, não existem dúvidas que a desvinculação não ocorre frequentemente, sendo raros os casos em que a mesma se verifica, pois, caso contrário, os credores estariam numa posição desvantajosa e, até mesmo, numa posição de fragilidade perante o garante. Não faria sentido que estes casos fossem recorrentes, uma vez que iria completamente contra o propósito da existência do garante, sendo que estes garantem segurança aos credores, de forma aos mesmos verem os seus créditos pagos, no caso de o devedor principal não cumprir com a sua obrigação.

Não obstante, encontram-se à disposição do garante vários meios de defesa a que este pode recorrer, visto que o garante, nomeadamente o fiador, encontra-se nesta posição com o objetivo de auxiliar um terceiro a conseguir o crédito. Situação esta que se concorda integralmente, pois, tendo em consideração que o fiador tem em mente ajudar um terceiro, em momento algum, este atuará mediante as suas necessidades, logo existe a necessidade de este dispor de meios de defesa para se salvaguardar, caso contrário ficaria desamparado.

Nesta conformidade, os meios de defesa que o garante, em especial o fiador, dispõe encontram-se consagrados no nosso Código Civil¹⁵³, que iremos estudar com mais detalhe, explicitando quais os casos em que o mesmo se poderá desvincular.

1. Da desvinculação do fiador de acordo com os artigos 637.º a 647.º do CC

Assim, o regime da fiança, que é o regime que está em causa neste estudo, encontra-se explanado nos artigos 627.º a 655.º do CC, sendo que apenas dizem respeito aos meios de defesa do fiador os artigos 637.º a 642.º, 647.º, 648.º, 653.º e 654.º, considerando-se que os demais artigos complementem os anteriormente mencionados. Todavia, apenas dois dos artigos mencionados, isto é, os artigos 637.º e 642.º do CC, possuam epígrafes que mencionem explicitamente “meios de defesa do fiador”, ressalvando, ainda, o artigo 648.º que trata a liberação do fiador. Desta forma, analisá-los-emos, pois, vislumbram-se essenciais ao estudo do assunto em causa.

É importante, desde já, salientar que, tendo em consideração que o fiador tem a possibilidade de se desvincular mediante os casos específicos que iremos tratar

¹⁵³ Além de os referidos meios de defesa se encontrarem previstos no nosso CC, eles encontram-se ainda previstos em diferentes diplomas legais. Todavia, o nosso estudo focar-se-á, essencialmente, nos casos mencionados no CC.

seguidamente, o fiador apenas poderá exercer este direito se não existirem dúvidas quanto às situações.

Dúvidas não existirão quanto ao facto de o fiador ter a possibilidade de ver os seus direitos salvaguardados, bem como o credor que não poderá deixar de ver o seu crédito satisfeito, logo, a jurisprudência é mais rigorosa no que diz respeito à análise destes casos, sendo que, muitas vezes não admite a desvinculação do fiador¹⁵⁴. Esta é uma situação que se compreende inteiramente e se corrobora, uma vez que, independentemente de o fiador ter o direito à desvinculação, não se poderá de deixar de ter em consideração o credor irá ficar numa situação de extrema fragilidade e instabilidade, pois, se o devedor principal não cumprir com as obrigações, o crédito não irá ser assegurado por ninguém, não se logrando alcançar o objetivo principal da fiança.

Como ponto de partida para o desenvolvimento deste tema dispomos do artigo 637.º do CC, intitulado “Meios de defesa do fiador”, sendo que no n.º 1 do referido artigo se encontra mencionado que o fiador, para além dos meios que lhe são próprios, tem direito a opor-se ao credor aqueles que competem ao devedor, desde que não sejam incompatíveis com a obrigação do fiador. Ainda no seu n.º 2 acresce que no caso de o devedor renunciar a qualquer meio de defesa, esta renúncia não produzirá efeitos para o fiador.

Neste sentido, é sabido que o fiador possui dois tipos de meios de defesa, ou seja, os meios de defesa que lhe são próprios e, ainda, as exceções que dizem respeito ao devedor. Porém, também se encontra descrito que o fiador não poderá invocar as exceções que se digam respeito ao devedor principal, especialmente se estas forem incompatíveis com a sua obrigação, caso se vislumbrasse esta situação estaríamos perante um *venire contra factum proprium*.

Tal como já referimos anteriormente, os meios de defesa próprios do fiador dizem respeito à obrigação acessória da fiança, isto é, a sua nulidade, a sua extinção, o benefício da excussão ou da divisão, a prescrição, o caso julgado, entre outros. Contudo, se o fiador tiver conhecimento da anulabilidade à data do negócio, este não poderá alegar que a referida anulabilidade é consequência da falta da capacidade do devedor ou falta ou vício da vontade do mesmo – art.º 632.º, n.º 2 do CC. Ora, estamos perante um exemplo de uma situação de incompatibilidade dos meios de defesa do devedor com a obrigação do fiador, com efeito o

¹⁵⁴ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 29 de Março de 2011, processo n.º 448/07.0TBCBR-A.C2, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/-/13ABC5DBD1575C3A8025786F0050A65B>

fiador não poderá fazer-se valer destes meios de defesa por conta da incompatibilidade existente.

Outrossim, ainda no que concerne ao n.º 2 do art.º 637.º do CC, o que está em causa é a renúncia do devedor aos meios de defesa a que este tem direito. Neste caso, o fiador poderá continuar a prover-se dos meios de defesa que lhe digam respeito, uma vez que a renúncia do devedor não produz efeitos para o fiador. Um exemplo desta situação é o caso da renúncia do devedor à prescrição, o fiador, caso seja demandando, poderá invocar a prescrição, ainda que o devedor tenha renunciado à mesma – art.º 636.º, n.º 1 e 3 do CC.

Já, no que toca ao benefício da excussão, que se encontra mencionado no artigo 638.º do CC, este é um dos meios de defesa próprios do fiador e este pode gozar do mesmo não só em relação aos bens onerados com garantia real anteriores à fiança, como também em relação ao património do devedor. No n.º 1 do referido disposto legal vem referido que o fiador tem a possibilidade de recusar o cumprimento da obrigação enquanto o credor não excutir todos os bens do devedor de forma a obter a satisfação do seu crédito. Assim sendo, o benefício da excussão tem como fim evitar a excussão judicial dos bens do fiador enquanto existirem bens do devedor ou a garantia real forem suficientes para o credor ver o seu crédito satisfeito, assegurando, conseqüentemente, o cumprimento da obrigação, logo não seria necessário colocar os bens do fiador em causa. Como a fiança é uma garantia subsidiária, não faria qualquer sentido socorrer-se dela para satisfazer a obrigação, na hipótese de o devedor ainda possuir bens ou garantias reais anteriores à fiança. Salienta-se, ainda, a hipótese de existir subfiança, pois, o subfiador gozará do benefício de excussão de igual modo – art.º 643.º do CC.

No que diz respeito ao n.º 2 do referido artigo, o fiador deverá provar se o não cumprimento da obrigação por parte do devedor é consequência de um facto imputável ao credor. Desta forma, mesmo que o devedor não tenha meios para cumprir com a obrigação, o credor não poderá exigir ao fiador o cumprimento da mesma.

Ainda no que concerne ao benefício de excussão, como já referimos anteriormente, apenas podemos recorrer a este instituto quando o devedor tenha património para satisfazer a obrigação ou, então, quando existam garantias reais anteriores à fiança, de acordo com o art.º 639.º do CC. De acordo com o n.º 1 deste artigo, existindo garantia real anterior à constituição da fiança, a mesma deverá ser usada para garantia do cumprimento da obrigação do devedor e só posteriormente se recorrerá à fiança. Todavia, considerando o n.º 2 do mesmo disposto legal, caso as coisas oneradas garantam outros créditos do mesmo credor, o

fiador apenas terá a possibilidade de exigir a excussão prévia das coisas que recai a garantia real se estas se mostrarem bastantes para a satisfação da totalidade dos créditos. Enfatiza-se, ainda, que, de acordo com o n.º 3, o autor da garantia real depois de executado não fica subrogado nos direitos do credor contra o fiador.

Por outro lado, e de acordo com o artigo 640.º do CC, existem casos em que o fiador não poderá invocar os benefícios anteriormente mencionados. Neste sentido, o n.º 1 do referido disposto legal menciona que o fiador fica impedido de os invocar se este tiver renunciado ao benefício de excussão e tiver, ainda, assumido a obrigação de pagador principal. O n.º 2 acresce que, o fiador ficará, de igual modo, impedido de invocar os benefícios se, por conta de facto anterior à constituição da fiança, o devedor ou o dono dos bens onerados com garantia não puder ser demandado ou executado no território continental ou das ilhas adjacentes.

Note-se que, ainda que o benefício de excussão tenha como objetivo a satisfação do interesse pessoal do fiador, este não foi estabelecido com base em termos imperativos. Assim sendo, como este não é imperativo, verifica-se recorrentemente as partes afastam este instituto, apenas se exige que o fiador se declare¹⁵⁵ igualmente responsável pela obrigação como principal pagador.

Ainda nesta conformidade, verifica-se que a lei pode mesmo afastar o benefício da excussão, situação que poderá verificar-se caso a fiança esteja relacionada com uma obrigação comercial. Veja-se o artigo 101.º do CCom com epígrafe “Solidariedade do fiador” que refere que ainda que o fiador de obrigação mercantil, ainda que não seja comerciante, será solidário com o afiançado em causa. Ora, nas relações comerciais, ao contrário do que acontece para o fiador, verifica-se um regime mais vantajoso e conveniente para o credor.

Resulta do artigo 641.º do CC o chamamento do devedor à demanda, sendo que o que acontece é que o fiador, mesmo estando munido do benefício de excussão, pode ser demandado, sozinho ou junto com o devedor, pelo credor. Na hipótese de o fiador ser demandado sozinho, mesmo que este não goze do benefício de excussão, este tem a possibilidade de chamar o devedor à demanda, dando a possibilidade de se defenderem juntos ou, conseqüentemente, serem condenados em conjunto.

¹⁵⁵ Esta declaração de responsabilidade como principal pagador por parte do fiador, deverá observar-se a mesma forma da fiança, de acordo com o artigo 221.º do CC.

Independentemente de o fiador gozar do benefício da excussão, o chamamento do devedor à demanda tem uma enorme relevância para o fiador, uma vez que através da sentença proferida contra o devedor, o fiador possuirá um título que lhe dá a oportunidade de exercer os seus direitos contra o devedor, principalmente no caso de sub-rogação, caso cumpra a obrigação, não necessitando de intentar uma nova ação.

Por sua vez, se o fiador gozar do benefício da excussão e não chamar o devedor à demanda, deverá declarar de forma expressa no processo em causa que o facto de não chamar o devedor não significa que este esteja a renunciar o seu direito ao benefício da excussão. Salienta-se, ainda, no caso da existência de uma pluralidade de devores e o fiador se encontre afiançado a apenas um, este último não se encontra impedido de chamar todos solidariamente à demanda para que este acautele o seu direito de regresso, ainda que o seu benefício da excussão só tenha efeitos perante o devedor a que este se encontre afiançado.

Ainda neste contexto, o artigo 642.º do CC¹⁵⁶ vem, tal como a sua epígrafe indica, mencionar outros meios de defesa a que o fiador poderá recorrer. Desta forma, o fiador pode recusar o cumprimento enquanto o crédito puder ser satisfeito por compensação com um crédito do devedor ou, então, se este tiver a possibilidade de recorrer da compensação com uma dívida do credor. Para além disso, o fiador pode recusar o cumprimento enquanto o devedor puder impugnar o negócio que deu origem à obrigação¹⁵⁷.

Ainda no que diz respeito aos “meios de defesa” do fiador, temos ainda que ter em consideração o artigo 647.º do CC que refere que o devedor fica impedido de opor os meios de defesa contra o fiador se consentir no cumprimento desta último e não lhe der conhecimento, injustificadamente, dos meios de defesa que o fiador poderá dispor contra o credor.

Por sua vez, este artigo encontra-se interligado com o artigo 644.º do CC que prevê a sub-rogação, pois, tal como se encontra descrito no artigo, o fiador que cumprir a obrigação encontra-se sub-rogado nos direitos do credor, uma vez que estes foram por ele satisfeitos. Deste modo, o cumprimento da obrigação pelo fiador, não se compara ao cumprimento pelo devedor solidário, uma vez que não implica exclusivamente um direito de regresso, implica sim uma transmissão do crédito para o fiador, incluindo os seus direitos e garantias, daí resultar a sub-rogação do fiador aos direitos do credor.

¹⁵⁶ Antunes Varela, João de Matos e Pires de Lima, Código Civil Anotado, Vol. I, Reimpressão da 4ª Edição, Coimbra Editores, 2010.

¹⁵⁷ Menezes Leitão, Luís Manuel Teles, Garantia das Obrigações, *op. cit.*, pp. 122 a 124

Tendo em consideração o agora exposto, o fiador fica suscetível das exceções que podiam ser invocadas quanto ao credor. Esta é a regra aplicada, uma vez que, tal como já referimos, caso o devedor principal não der conhecimento dos meios de defesa que o fiador poderia opor ao credor, o devedor fica impedido de opor esses mesmos meios contra o fiador.

Concorda-se integralmente com esta norma do artigo 647.º do CC, uma vez que só assim o fiador vê os seus direitos assegurados, não ficando numa posição de pura fragilidade para com o credor e, até mesmo, com o devedor, pois, sem o conhecimento claro e objetivo dos meios de defesa que possam ser apostos contra si quanto ao cumprimento da obrigação, fica “blindado” de qualquer meio de defesa que possa ser apostado pelo devedor.

Já no Código Civil de 1867, nomeadamente no seu artigo 841.º, esta ideia já se encontrava desenvolvida. Veja-se que, faz todo o sentido que assim resultasse no CC, pois, o que se tem em consideração para tal norma é a tutela da boa-fé do fiador, uma vez que não pode o fiador ficar atordoado com as exceções invocadas pelo devedor, quando este apenas decidiu cumprir com a obrigação, não tendo qualquer conhecimento do que estava em causa.

Para se evitar a violação da tutela de boa-fé tanto pelo fiador, como pelo devedor, os artigos 645.º e 646.º do CC vêm estabelecer que ambos tem o dever de avisar o outro, caso cumpram a obrigação. Neste sentido, o artigo 645.º do CC estabelece que o fiador que cumprir com a obrigação deve avisar o devedor do cumprimento “*sob pena de perder o seu direito contra este no caso de o devedor, por erro, efectuar de novo a prestação*”. O n.º 2 do mesmo preceito legal vem dizer que mesmo que o fiador não avise o cumprimento ao devedor, perdendo assim o seu direito contra ele, pode repetir o pagamento da prestação feita ao credor, como se esta fosse indevida.

Destarte, o artigo 646.º do CC, vem, por seu turno, tratar que o devedor que cumprir a obrigação e não avisar culposamente o fiador terá, igualmente, de responder pelos prejuízos causados.

2. Direito à liberação ou à prestação de caução

O Direito à liberação ou à prestação de caução tem uma enorme relevância para o nosso estudo e encontra-se estabelecido no artigo 648.º do CC, pois, este é um artigo que tem como função repor a harmonia de uma relação jurídica que se modificou em prejuízo do fiador.

O artigo refere nas alíneas a) a e) os vários casos em que é permitido ao fiador exigir a sua liberação ou a prestação de caução para garantia do seu direito eventual contra o devedor, como sendo:

- a) se o credor obtiver contra o fiador sentença exequível;
- b) se os riscos da fiança se agravarem sensivelmente;
- c) se, após assunção da fiança, o devedor se houver colocado na situação da exclusão dos benefícios;
- d) se o devedor se houver comprometido a desonerar o fiador dentro de certo prazo ou se tiver verificado determinado evento e já tiver decorrido o prazo ou se tiver verificado o evento previsto; e, por último,
- e) se houverem decorridos cinco anos, não tendo a obrigação principal um termo, ou se, tendo-o, houver prorrogação legal imposta a qualquer das partes.

Ora, é possível referir que, nos casos supramencionados, o fiador pode adquirir contra o devedor o direito à liberação ou à caução, garantindo o seu direito eventual de sub-rogação. Contudo, não o poderá fazer contra o credor.

O Código Civil de 1867 já tinha esta situação prevista no seu artigo 844.º, no entanto o artigo 648.º veio aprimorar o que anteriormente se estabeleceu, pois, já no CC anterior se exigia ao devedor o pagamento da dívida ao credor ou, então, que o desonerasse da fiança.

Por sua vez, o Código Civil de 1966, previa no artigo correspondente ao atual art.º 648.º, que o fiador tinha a possibilidade de exigir que tanto o devedor, como o credor, dependendo da situação em concreto, procedesse à sua liberação ou à prestação de caução para garantia do seu eventual direito de sub-rogação, tal como se prevê no código vigente.

Posto isto, é mais simples efetivar a liberação do fiador do que o pagamento da dívida, uma vez que o que se engloba o cumprimento e, ainda, outras maneiras de satisfazer a obrigação perante o credor.

O artigo 648.º do CC trata não só da possibilidade entre liberação, como também da prestação à caução, sendo que o fiador deverá optar por uma destas opções, por exemplo, pode escolher a liberação e posteriormente a prestação de caução, ou vice-versa.

Este artigo consagra direitos que não estão dependentes do vencimento da obrigação principal, isto é, independentemente da obrigação principal se encontrar ou não vencida, o fiador pode fazer-se valer dos referidos direitos.

Nesta conformidade, JANUÁRIO GOMES não concorda com o âmbito restrito do artigo 648.º relativamente aos casos elencados da desvinculação do fiador, uma vez que tanto o fiador como o devedor podem chegar a um acordo no que diz respeito a outros fundamentos para a sua desvinculação ou prestação de caução, podendo, inclusive, afastar alguns dos fundamentos previstos na lei.

É necessário salientar que a renúncia traz consigo um risco elevado para o fiador, no entanto quando nada é acordado entre o devedor e o fiador, o artigo 648.º continua a funcionar na sua plenitude, tendo em consideração que o fiador não poderá invocar nenhum fundamento para a sua liberação ou prestação de caução exceto os que estão previstos na lei¹⁵⁸.

Ademais, o artigo 648.º, tal como verificámos, comporta a possibilidade de desoneração ou da caução em diferentes casos, que iremos estudar com mais detalhe.

2.1 Artigo 648.º, alínea a) do CC

Assim, no que diz respeito à alínea a) do art.º 648.º do CC, já no Código Civil de 1867, para que o fiador pudesse exigir o pagamento por parte do devedor ou a sua liberação, bastava um pedido judicial do cumprimento. Neste sentido, segundo VAZ SERRA¹⁵⁹ “*O direito de liberação não pode estabelecer-se com demasiada largura, pois há que atender também ao interesse do devedor, que esse direito pode colocar em sérios embaraços*”. Por outras palavras, o direito à liberação deverá ser mais restrito, tendo sempre em consideração os direitos do devedor que ficará numa posição vulnerável.

Surge aqui uma questão de saber se tem cabimento haver a possibilidade de liberação no caso de o fiador gozar do benefício da excussão. Ora, o fiador pode recorrer ao benefício da excussão para subsidiarizar a sua responsabilidade. Todavia, de acordo com JANUÁRIO GOMES¹⁶⁰ a possibilidade de o fiador recorrer ao benefício de excussão não impede que o mesmo possa socorrer-se da possibilidade de liberação ou à prestação da caução, uma vez que o devedor, em ambas as situações, tem as mesmas consequências, tendo património suficiente este terá que se responsabilizar. Na nossa opinião, esta é uma posição a ser seguida, pois não coloca o fiador numa posição de fragilidade perante o devedor.

2.2. Artigo 648.º, alínea b) do CC

Quanto à alínea b) do mesmo preceito legal, tal como já mencionamos, é uma norma que corresponde ao antigo artigo 844.º, n.º 2 do Código de 1867, sendo que no código de 67 fala-se no devedor estar em risco de insolvência ou passar por uma queda de fortuna. Facilmente

¹⁵⁸ Gomes, Manuel Januário Costa, Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da vinculação como fiador, *op. cit.*, pp. 850 a 853.

¹⁵⁹ Vaz Serra, Adriano, Fiança e figuras análogas, *in* Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, n.º 71, 1957, p. 182

¹⁶⁰ Gomes, Manuel Januário Costa, Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da vinculação como fiador, *op. cit.*, pp. 852 a 855

se percebe que a lei vigente é mais ampla, pois, ao contrário do que era mencionado no passado, pode apenas haver um agravamento dos riscos da fiança e não necessariamente uma diminuição de fortuna, ou risco insolvencial.

Neste sentido, é necessário verificar-se um deterioramento considerável da situação económico-financeira do devedor no momento em que a garantia em causa foi prestada, não tendo que haver culpa por parte do devedor.

O agravamento que vem referido na norma tem que ser notório relativamente às condições económicas do devedor, tem de ser claro de forma a concluir que realmente existiu um aumento vultoso do risco para o fiador¹⁶¹.

2.3. Artigo 648.º, alínea c) do CC

Quanto à alínea c) do artigo 648.º do CC, importa fazer a ponte com o artigo 640.º, al. b) do CC, uma vez que tendo em consideração o plasmado com este último, o fiador, neste caso, pode exigir a sua liberação ou prestação de caução para garantir o seu direito eventual contra o devedor.

Ora, em comparação com o artigo 844.º, n.º 3 do Código de 1867, é possível referir que houve aqui uma restrição, pois, anteriormente a liberação era admitida sempre que o devedor tiver intenções de se ausentar do país, sendo que na norma vigente, a liberação ou pedido de caução passou a ser admitida apenas quando se mostre ser impossível demandar ou executar o devedor, seja no continente ou nas ilhas adjacentes.

O que está em causa é o facto de o credor não conseguir exigir o cumprimento da obrigação ao devedor, pois este não pode ser demandando em território continental, nem nas ilhas adjacentes, logo, é sabido que o cumprimento da obrigação recairá ao fiador. Deste modo, de acordo com o art.º 640.º, al. b), o risco do cumprimento da obrigação agrava-se para o fiador, sendo certo que o credor apenas quer ver o seu crédito satisfeito.

Ademais, o fiador encara um outro problema, dado que se o credor não pode exigir o cumprimento por parte do devedor, o fiador depois de dar cumprimento e já sub-rogado nos direitos do credor, fica, de igual modo, impossibilitado de agir contra o devedor.

Posto isto, o fiador, perante esta situação, pode desvincular-se e exigir a sua liberação ou a prestação de caução, situação esta que, na nossa opinião, se aceita em absoluto.

¹⁶¹ Gomes, Manuel Januário Costa, Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da vinculação como fiador, *op. cit.*, pp. 856 a 859

Por fim, acresce JANUÁRIO GOMES¹⁶² que se “não fora a autonomização feita na al. c) do art.º 648.º, a situação seria aliás passível de se enquadrar na al. b).”¹⁶³

2.4. Artigo 648.º, alínea d) do CC

No que toca à alínea c) do art.º 648.º, o que está em causa é o compromisso de o fiador ser desonerado passado um certo período temporal, salientando que não estamos perante uma fiança por prazo determinado.

Tal como nas restantes alíneas, também esta se encontrava estabelecida no Código de 1867, nomeadamente no seu artigo 844.º, n.º 4, no entanto, o que se acrescentou foi a possibilidade de desoneração após ter-se verificado certo evento que fora acordado entre as partes.

O que está em causa é o facto de o devedor se ter comprometido a liberar o fiador de certa obrigação de garantia após determinado prazo ou realização de um determinado evento, não ficando o devedor desobrigado para com o fiador a desvinculá-lo pelo facto de ter existido um aumento do património do devedor¹⁶⁴.

2.5. Artigo 648.º, alínea e) do CC

Por último, a alínea e) do referido artigo vem estabelecer que é permitido ao fiador o direito à liberação se houver decorrido cinco anos, não obstante a obrigação principal não ter termo.

Ora, estabeleceu-se o prazo de cinco anos com influência no Código Italiano, sendo que este regime diverge bastante nos outros códigos, reforçando o facto de a obrigação principal não ter um termo certo, tendo em consideração que o Código de 1867 previa o prazo de dez anos. Na hipótese de a fiança tem prazo certo, ela extinguir-se-á automaticamente quando o prazo terminar. No entanto, se a fiança não tiver prazo certo, mas a obrigação principal assim o tiver, a fiança extinguir-se-á aquando da referida obrigação principal.

Porém, o obstáculo que se enfrenta é quando se vislumbra que tanto a fiança, como a obrigação principal não têm termo. Neste sentido, VAZ SERRA¹⁶⁵ defende que o fiador

¹⁶² Gomes, Manuel Januário Costa, Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da vinculação como fiador, *op. cit.*, p. 859 a 861

¹⁶³ Gomes, Manuel Januário Costa, Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da vinculação como fiador, *op. cit.*, p. 861

¹⁶⁴ Gomes, Manuel Januário Costa, Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da vinculação como fiador, *op. cit.*, p. 861 e 862

¹⁶⁵ Gomes, Manuel Januário Costa, Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da vinculação como fiador, *op. cit.*, pp. 863 a 866

acaba por se sujeitar indefinidamente ao encargo da fiança, bem como a todos os riscos que lhe são inerentes¹⁶⁶.

Posto isto, quando não se verifique termo nem obrigação principal, nem da fiança, a lei prevê, tal como se encontra estabelecido no artigo em estudo, que a fiança se extingue decorridos cinco anos.

3. Liberação por impossibilidade de sub-rogação

No que diz respeito à liberação por impossibilidade de sub-rogação, é imperioso analisar o artigo 653.º do CC.

Neste sentido, o artigo 653.º do CC com epígrafe “Liberação por impossibilidade de sub-rogação” vem estabelecer que os fiadores, mesmo que sejam solidários, ficam desonerados da obrigação que contraíram, na medida em que, seja por facto positivo ou negativo do credor, não puderem ficar sub-rogados nos direitos que a este concernem. Por outras palavras, se o credor tiver uma conduta para com o fiador que lhe traga, como consequência deste comportamento, a perda da possibilidade de sub-rogação nos direitos do credor contra o devedor, pode, desta forma, o fiador desonerar-se da sua obrigação, independentemente se este ser solidário ou não¹⁶⁷.

A este propósito, apraz dizer que, o credor age de má-fé se, mesmo sabendo que o devedor não tem meios para satisfazer o crédito, lhe concede mais crédito para que, desta forma, na hipótese do património do devedor não seja suficiente, possa ir sob o património do fiador.

Assim, o credor ao agir com esta intenção está, claramente, a ir contra o princípio da boa-fé, pois, age daquela forma mesmo sabendo que poderá contribuir para o prejuízo do fiador, pois, bem sabe que o fiador não se poderá sub-rogar nos seus direitos, nem tampouco irá reaver o dinheiro por parte do devedor, situação que poderia ser perfeitamente evitada caso o credor não disponibilizasse ao devedor mais crédito.

¹⁶⁶ Menezes Leitão, Luís Manuel Teles, *Garantia das Obrigações*, *op. cit.*, pp. 125 e 126.

¹⁶⁷ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 4 de Junho 2019, processo n.º 1030/16.6T8VIS-A.C1 disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/71bafb1c53cea138802584170032e832?OpenDocument>

Esta seria uma situação inaceitável para o fiador, sendo motivo disso o artigo 653.^o¹⁶⁸ prevenir estes casos de abuso por parte do credor, possibilitando o fiador de se desvincular quando esteja perante estas situações¹⁶⁹.

4. Obrigação Futura

Cabe agora prosseguir e averiguar o artigo 654.^o que diz respeito à “Obrigação futura”, estabelecendo que a fiança quando é prestada para garantia de obrigação futura, o fiador, quanto a obrigação não se constituir, tem a possibilidade de se liberar da garantia, caso a situação patrimonial do devedor se agravar podendo colocar em risco os seus direitos eventuais contra este, ou se tiverem decorridos cinco anos sobre a prestação da fiança, quando outro prazo não advenha da convenção.

Ora, é possível referir que este artigo acaba por ir ao encontro no plasmado na alínea e) do artigo 648.^o do CC¹⁷⁰, acresce apenas a possibilidade de na hipótese de estarmos perante uma obrigação futura. Enquanto não se tiver constituído a obrigação, o fiador tem a possibilidade de se desonerar da obrigação caso a situação do devedor se comece a agravar significativamente, colocando em causa dos direitos do fiador.

Nesta conformidade, JANUÁRIO GOMES estabelece três ordens de perigo cruciais, como sendo: a sujeição a um excessivo tempo de espera pela constituição da obrigação, o agravamento da situação patrimonial do devedor e, por fim, a eventual sucessiva acumulação de dívidas¹⁷¹.

Face ao *primeiro perigo*, o artigo 654.^o do CC vem frustrá-lo, uma vez que o fiador tem a possibilidade de se desvincular no prazo que seja acordado entre ele e o devedor ou, na falta de fixação de um prazo, o prazo previsto na lei será de cinco anos. Ora, combate-se, automaticamente, a questão do “excessivo tempo de espera”, pois, o legislador concedeu um prazo compreensível para que se pudesse constituir a obrigação principal, não tendo o fiador que se sujeitar à espera.

Acresce que, nem o devedor, nem o credor ficam prejudicados, uma vez que tiveram tempo suficiente para constituir a obrigação e, ainda, terem estabelecido um prazo superior

¹⁶⁸ Antunes Varela, João de Matos e Pires de Lima, Código Civil Anotado, Vol. I, Reimpressão da 4ª Edição, Coimbra Editores, 2010.

¹⁶⁹ Gomes, Manuel Januário Costa, Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da vinculação como fiador, *op. cit.*, pp. 771 e 772.

¹⁷⁰ Antunes Varela, João de Matos e Pires de Lima, Código Civil Anotado, Vol. I, Reimpressão da 4ª Edição, Coimbra Editores, 2010.

¹⁷¹ Gomes, Manuel Januário Costa, Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da vinculação como fiador, *op. cit.*, pp. 765 a 772

aos cinco anos previstos na lei com o fiador. Deste modo, VAZ SERRA refere que “na dúvida, deve a fiança ser denunciada com a antecedência que, segundo as circunstâncias, for razoável”¹⁷².

Note-se que, na hipótese de não haver nenhum prazo estipulado, o fiador tem a possibilidade de se desvincular unilateralmente da obrigação, sendo exclusivamente necessário uma declaração de desvinculação, não precisando de avisar nem o credor, nem o devedor, dado que não foi estabelecido nenhum prazo para a sua vinculação, estando sujeitos aos cinco anos legalmente previstos.

Neste seguimento, no que diz respeito ao *segundo perigo* é necessário ter em consideração que o agravamento da situação patrimonial a que o autor se refere tem que colocar em risco a consecução pelo fiador, quando sub-rogado, da satisfação do crédito, mediante o património do devedor.

Posto isto, o fiador, caso esteja sub-rogado, tem que analisar e ponderar quais são as suas possibilidades de conseguir reaver o que foi por si prestado. Porém, quando se avaliar o risco de agravamento da situação patrimonial do devedor, dever-se-á ter em conta que tem que se tratar não se oscilações no património, mas sim de uma alteração óbvia e significativa.

Por último, temos o *terceiro perigo* que diz respeito à eventual sucessiva acumulação da dívida garantida. Neste sentido, JANUÁRIO GOMES refere que “numa fiança de abertura de crédito simples sem limitação temporal ou em certas fianças *omnibus*, a desvinculação do fiador nos termos e verificados os pressupostos do art.º 654.º, constituirá uma via à disposição do fiador para conseguir evitar o avolumar da dívida”¹⁷³

Esta questão encontra-se articulada com a questão da fiança celebrada por tempo indeterminado, nomeadamente a fiança *omnibus*. Por seu turno, a fiança *omnibus* tem que ser constituída pela forma exigida para a obrigação principal, assim quando a lei não exigir uma forma especial para a obrigação principal, a regra que vigora é a da liberdade de forma no que diz respeito à matéria da constituição da fiança. A forma especial é apenas exigida ao fiador, quando este exista, tendo a declaração do mesmo que ser expressa, pois, o artigo 628.º, n.º 1, primeira parte do CC prevê que a fiança tem que ser declarada expressamente. Neste sentido, a declaração do fiador considera-se expressa quando esta for efetuada através de qualquer meio direto da manifestação da vontade e será por meio da interpretação das

¹⁷² Vaz Serra, Adriano, Fiança e figuras análogas, in Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, n.º 71, 1957, p. 244

¹⁷³ Gomes, Manuel Januário Costa, Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da vinculação como fiador, *op. cit.*, p. 772

declarações negociais que se concluirá que era vontade expressa das partes constituir a fiança em causa¹⁷⁴.

No que diz respeito à declaração sujeita à fórmula legalmente prevista da fiança, esta não deve apenas mencionar a vontade de prestar determinada fiança, deverá, ainda, tal como refere MENEZES CORDEIRO¹⁷⁵ “*compreender toda a vontade em causa, particularmente quando se desvie das soluções supletivas legais num sentido desfavorável ao fiador*”

Mais, a fiança *omnibus* é constituída para produzir efeitos por um largo período de tempo, sendo que o comportamento dos sujeitos processuais que nela façam parte, como é o caso do devedor principal, do credor e do fiador, poderá vir a desenvolver situações que envolvem a necessidade de pronúncia relativamente à sua própria eficácia no caso de ocorrerem situações que, futuramente, possam vir a ser consideradas como violadoras da boa-fé. Aqui, o princípio da boa-fé assume um papel importante e delimitativo, para manter o comportamento das partes circunscritas aos limites por ele impostos¹⁷⁶.

Com efeito, a fiança *omnibus* mostra-se como um negócio que concede ao credor uma vasta margem de manobra, mesmo que esta esteja condicionada a um evento futuro e até mesmo incerto, no que diz respeito a atos dispositivos relativamente ao património de um terceiro ou, no caso em estudo, do fiador. Desta forma, o princípio da boa-fé tem que ser escrupulosamente cumprido e respeitado, pois a fiança *omnibus* existe, basicamente, para na relação fiador e credor, assegurar o cumprimento da obrigação principal. Por sua vez, na relação fiador e devedor, esta fiança *omnibus* centra-se, essencialmente, na sub-rogação do fiador nos direitos do credor, englobando, também, a relação jurídica entre o devedor e o credor da obrigação principal.

Ora, segundo o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça¹⁷⁷, a fiança *omnibus* considerar-se-á nula por indeterminabilidade do seu objeto quando se vislumbrar que o fiador se constituiu garante de todas as responsabilidades que tenham origem em qualquer operação em direito consentida, sem que exista menção expressa da sua origem ou natureza e independentemente da qualidade em que o afiançado intervenha.

¹⁷⁴ Antunes Varela, João de Matos, Das obrigações em Geral, Vol. II, *op. cit.*, pp. 482 e ss.

¹⁷⁵ De acordo com Menezes Cordeiro, citado por Videira, Celina, A Fiança *Omnibus* in Revista de Direito das Sociedades (RDS), VIII, 3, 643-685, 2016, pp. 656 e ss.

¹⁷⁶ Videira, Celina, A Fiança *Omnibus*, *op. cit.*, p. 657

¹⁷⁷ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23 de Janeiro 2001, processo n.º 00A127, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/63e4e527ee1ffb51802573400050acdc?OpenDocument>

CAPÍTULO VII – ANÁLISE DO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO

Veamos resumidamente a questão previsto no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 26/10/2020, processo n.º 7137/16.2T8PRT-C.P1, onde é Relator Augusto de Carvalho¹⁷⁸.

No caso concreto, por apenso à execução para pagamento de quantia certa em que é exequente a Banco X, S.A.”, veio a executada “C” deduzir embargos, alegando a exceção perentória de prescrição dos juros vencidos; a extinção parcial do crédito exequente; a exclusão da cláusula inserta no contrato através da qual os fiadores declaravam renunciar ao benefício da execução prévia; a inexigibilidade da dívida por liberação decorrente da impossibilidade de sub-rogação e, por fim, a inexigibilidade da obrigação exequenda.

Por sua vez, a exequente apresentou contestação, pugnando pela improcedência das exceções invocadas e a consequente manutenção do título dado à execução, alegando, resumidamente, não estarem prescritos os juros vencidos desde 08/04/2011; a declaração de insolvência dos mutuários sempre determinaria, como efeito automático, e sem necessidade de qualquer interpelação, o vencimento das restantes prestações, não recaindo sobre a exequente um especial.

Esta ação foi considerada procedente e, conseqüentemente, determinada a extinção da execução. Todavia, a exequente, inconformada com a sentença, recorreu para a Relação.

Ora, vários factos foram provados, nomeadamente o facto de quatro executados terem subscrito a referida escritura na qualidade de fiadores, tendo-se responsabilizado como fiadores e principais pagadores por tudo quanto venha a ser devido a “B”, credora. Também foi provado que a embargante “C” não participou em nenhuma negociações, apenas tendo estando presente no dia da outorga da escritura, no entanto esta tinha conhecimento do empréstimo contraído pelos mutuários e tinha consciência do papel de fiador e, ainda, que os mutuários foram declarados insolventes, não tendo efetuado o pagamento das prestações desde o ano de 2010. Ademais, e um dos factos essenciais ao caso, é o facto da exequente jamais ter dado conhecimento à referida embargante de nenhuma informação no que diz respeito ao cumprimento ou incumprimento do contrato de mútuo, bem como nunca a interpelou para este assunto.

178

Acórdão

disponível

em

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/a32f902e66fa347e8025863e00430a6b?OpenDocument&Highlight=0.outubro.2020>

A questão em causa é saber se a exequente estaria dispensada de interpelar a embargante C, para pôr fim à mora, sob pena de perder esse benefício, uma vez que a embargante/fiadora não renunciou ao benefício do prazo.

Neste seguimento, concorda-se com o Acórdão relativamente às conclusões apreciadas em sede de recurso. Senão vejamos, ainda que a fiadora (embargante C) não tivesse renunciado ao benefício do prazo, a exequente não estava isenta de a interpelar, por forma a pôr fim à mora.

Por conta do disposto no art.º 627.º, n.º 1 do CC que refere que “o fiador garante a satisfação do direito de crédito, ficando pessoalmente obrigado perante o credor”, a exequente vem alegar – no nosso entendimento, mal – que como a fiadora se assumiu como pagadora principal, dever-se-á considerar esta declaração como uma renúncia ao direito de excussão e à manutenção do benefício do prazo, pois, no entendimento da exequente, estaríamos perante uma situação de incumprimento.

Ora, com a fiança – como uma verdadeira garantia pessoal das obrigações – verifica-se que o património de um terceiro (fiador) passa a responder, cumulativamente, com o património do devedor, para satisfação do pagamento da dívida em causa, caracterizando-se, como já vimos neste estudo, que se caracteriza pela acessoriedade e subsidiariedade.

No entanto, a obrigação do fiador é meramente acessória daquela que recai sobre o devedor principal (art.º 627.º, n.º 2 do CC). Além de que, tal como já estudamos, a fiança tem que ser expressamente declarada pela forma exigida na obrigação principal, nem pode ser mais onerosa do que a obrigação principal (art.º 628.º do CC).

No caso em concreto, quando falamos do benefício da excussão é necessário ter em consideração que este poderá ser afastado por vontade de ambas as partes. A renúncia deste benefício apenas se dá efeitos quanto ao credor não fica obrigado a esgotar, primeiramente, o património do devedor principal para, posteriormente, atingir o do fiador, isto é, pode executá-lo de imediato.

Neste sentido, tal como se encontra referido no Acórdão, defende ANTUNES VARELA¹⁷⁹ que “*em obstar à execução (e, desde logo, à penhora) dos bens do garante antes de prévia e insatisfatoriamente haverem sido executados todos os bens do devedor*”.

Assim sendo, é necessária a interpelação do fiador (ainda que diga respeito a uma fase anterior), sendo que, no caso em apreço, a declaração da embargante C em nada vai colocar

¹⁷⁹ Antunes Varela, João de Matos, Das obrigações em Geral, Vol. II, *op. cit.*, pp. 488 e 489.

em causa o disposto no art.º 782.º do CC, nem tampouco influência a renúncia da embargante ao benefício do prazo, uma vez que o referido disposto legal não se aplica ao fiador.

Atingida esta fase, não restarão dúvidas que para que o devedor principal perca o benefício do prazo, é necessário vislumbrar-se a interpelação para que este possa proceder pelo cumprimento, recaindo em mora. Mais, quando o devedor principal falha o cumprimento, o credor necessita, obrigatoriamente, de interpelar o fiador para que este obtenha conhecimento da dívida e do prazo para proceder ao cumprimento, o que não logrou acontecer, dado que a executada/embargante em tempo algum foi interpelada, nem tampouco teve conhecimento do respetivo cumprimento do contrato.

Se esta tivesse sido interpelada para proceder ao cumprimento da obrigação, era-lhe exigido o cumprimento das respetivas prestações vencidas, ora, uma vez que isso não se verificou, o mesmo não lhe poderá ser exigível.

De acordo com o disposto no Acórdão em causa, a citação não poderá valer como interpelação, nem suprir a falta da mesma, posição que se concorda integralmente, uma vez que na citação não se dá conhecimento da dívida, nem a possibilidade de se proceder ao pagamento da mesma.

Outrossim, tendo por base o art.º 91.º, n.º 1 do CIRE¹⁸⁰, a exequente alega, ainda, que a declaração de insolvência dos mutuários ditaria, sem necessidade de interpelação, automaticamente o vencimento das demais prestações em dívida, tal como o art.º 780.º, n.º 1 do CC dispõe que efetivamente o credor pode exhibir o cumprimento imediato da obrigação, no caso de o devedor se tornar insolvente. Neste contexto, os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 10/12/2019¹⁸¹ e de 14/01/2021¹⁸², não havendo estipulação contratual em contrário, os fiadores devem ser interpelados para lhes poder ser exigido o pagamento da totalidade das prestações e demais em dívida, nos termos do contrato celebrado com o devedor principal. No entanto, ainda de acordo com o Acórdão do STJ em questão, a ausência de comunicação/interpelação aos fiadores não afasta a relevância da posterior citação destes para a execução.

Não obstante os dispostos legais mencionados, e salvo melhor entendimento, não se alcança o entendimento alegado pela exequente/apelante, uma vez que nenhum refere que

¹⁸⁰ Este artigo tem como objetivo a estabilização geral do passivo do insolvente, PLMJ Sociedade de Advogados RL, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, Coimbra Editores, Coimbra, 2012, pp. 190-191

¹⁸¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10/12/2019, processo n.º 475/04.9TBALB-A.P1.S1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c3754e8143cccaea8025876f004a2ccb?OpenDocument>

¹⁸² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11/01/2021, processo n.º 1366/18.1T8AGD-A.P1.S1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b825e807ba4d2bba80258679006f6442?OpenDocument>

esta perda do benefício do prazo seja a favor do fiador, pelo contrário, estabelece-se a favor do devedor. Desta forma, o aqui fiador/embargente não perdeu o direito ao seu benefício do prazo, dado que apenas se aplica ao devedor, logo também se torna inexigível ao fiador o pagamento imediato de todas as prestações vencidas até ao momento, não podendo, conseqüentemente, o credor executar o fiador. Esta é um entendimento que corroboramos, pelos motivos já explanados, uma vez que não se alcança as alegações da exequente.

Face ao exposto, apraz dizer que se concorda integralmente com a decisão do Tribunal da Relação do Porto, acordando pela improcedência do recurso da exequente B, pois, entendemos que o fiador jamais teria que assumir o pagamento das prestações vencidas quando não se verificaram as exigibilidades necessárias para que fosse exigida à mesma o cumprimento da obrigação, não tendo a mesma responsabilidade sobre elas.

CONCLUSÃO

Em sede de conclusão, podemos, desde já, afirmar que há dois critérios base em relação à insolvência, a saber: o devedor tem de ser forçosamente incapaz de cumprir as suas obrigações e a finalidade do processo de insolvência é a satisfação dos credores, tal como se verifica no art. 1.º do CIRE.

Por sua vez, atendendo que a fiança, objeto do nosso estudo, é uma garantia pessoal, em que o fiador se obriga pessoalmente, caso se vislumbre o incumprimento por parte do devedor principal, a satisfazer um direito de crédito com património próprio, tal como o artigo 627.º, n.º 1 do CC.

No que diz respeito à fiança em si, a declaração de vontade deverá ser expressamente declarada e a fiança deverá ter a mesma forma exigida para a obrigação principal, da qual é acessória. A fiança será válida até que assim se mostre a obrigação principal, uma vez que esta última se extinga, conseqüentemente extinguir-se-á a fiança.

Nesta conformidade, também analisamos as generalidades e características da fiança, como sendo a acessoriedade e a subsidiariedade, sendo que estas se relacionam, respetivamente, com a fiança ser dependente da obrigação principal desde o seu início até à sua extinção e, ainda, com o benefício da excussão, sendo este benefício epígrafe do artigo 638.º do CC.

É certo que o fiador tem responsabilidades para cumprir, no entanto, não invalida que o mesmo tenha direitos e que, independentemente de este ter que cumprir a sua função de garantia da obrigação, também deverá ver os seus interesses e direitos salvaguardados. Deste modo, de acordo com o Código Civil, o fiador dispõe não só de meios de defesa próprios da sua posição como garante, como também dispõe de determinados meios de defesa que dizem respeito ao devedor, excluindo-se os meios que defesa do devedor que se afiguram incompatíveis com a sua posição de fiador.

Quanto à vinculação do fiador, verificamos a existência de créditos passíveis de serem afiançados, são exemplo os créditos relativos a prestações fungíveis, créditos relativos a prestações não atuais e, ainda, os créditos das obrigações não exigíveis judicialmente. Ainda no âmbito do estudo da vinculação do fiador, analisamos a questão da fiança e a perturbação genética do crédito, como são exemplo os créditos que decorrem de negócios nulos. Assim sendo, podemos referir que caso o negócio jurídico detenha um vício genético que determine a sua invalidade, este irá, conseqüentemente, impedir a operacionalidade da fiança,

refletindo-se na sua eficácia. Por sua vez, os créditos que decorrem de negócios anuláveis prendem-se com o disposto do artigo 632.º, n.º 1 do CC onde se determina que, na hipótese da obrigação principal ser anulada, a fiança irá, conseqüentemente, deixar de produzir os seus efeitos (art.º 289.º do CC).

No que diz respeito à relação fidejussória, estudou-se, essencialmente, a forma exigida para a declaração de prestar fiança, isto é, a declaração de vontade, bem como os elementos essenciais à referida declaração. Assim sendo, o legislador, tendo por base o princípio da acessoriedade, transmitiu para o artigo 628.º, n.º 1 do CC o referido critério, adaptando-o quanto à forma fiança, acabando por determinar que a vontade de prestar fiança deverá ser expressamente declarada pela forma exigida para a obrigação principal. Mais, dever-se-á verificar a mesma forma para a obrigação principal, independentemente desta ser voluntária ou convencional. Relativamente à forma exigida da fiança significa que esta apenas se aplicará à declaração de vontade do fiador, não se aplicando à declaração do credor.

Segundo a nossa análise da fiança em branco, esta é uma questão debatida no nosso ordenamento jurídico, sendo que tendo em consideração o CC, quando o credor estiver autorizado a preencher o documento em causa, este deverá preencher dentro dos limites da autorização que lhe é dada, atendendo que se estivermos perante um preenchimento abusivo por exceder a medida da autorização, torna-se ineficaz face ao fiador, de acordo com os arts. 258.º e 269.º do CC. Ademais, o ónus da prova da desconformidade da autorização face ao preenchimento é da responsabilidade do fiador.

Para além disso, quando o devedor estiver autorizado a preencher o documento e este o faça abusivamente, será necessário distinguir mediante o conhecimento ou não do credor dos termos para o referido preenchimento. É importante verificar o cumprimento de algumas exigências para a autorização do preenchimento da declaração de fiança, isto é, deverá ser expressa e reduzida a escrito, quando se trate de uma fiança formal.

Outrossim, no que concerne à prestação da fiança, salienta-se que existe um risco coenvolvido em que as conseqüências que desta podem advir para o fiador, além de que, podemos aliar a esta situação a indiferença e a falta de informação ao fiador dos riscos que este corre ao afiançar, daí que seja importante haver um dever de informação. O que se deve ter em consideração nestes casos é o facto de o fiador afiançar e não ter total conhecimento e consciência da assunção fidejussória em questão, devendo o legislador proteger o fiador destas situações que o colocam numa posição delicada.

Posteriormente, analisamos os vários meios de defesa que o fiador se pode socorrer para que este consiga desvincular-se da fiança a que se obrigou, estes meios encontram-se dispostos nos artigos 637.º a 642.º, 647.º e 648.º, 653.º e 654.º do CC. Isto posto, o legislador preveniu e protegeu o garante contra os riscos que podiam advir da garantia a que se obrigou.

Por sua vez, ainda no contexto da desvinculação, analisamos a fundo o artigo 648.º do CC onde se trata da liberação do fiador, ou seja, comporta a possibilidade de desoneração ou da caução em diferentes casos.

Nestes termos, verificamos que tanto a existência dos meios de defesa do fiador, como a possibilidade do garante, no caso em concreto, do fiador se desvincular são duas medidas fulcrais, uma vez que é sabido que o fiador se coloca numa posição de grande fragilidade e coloca em causa todo o seu património quando assume a obrigação.

Todavia, também é de reiterar que se o fiador pretender a sua desvinculação também se está a colocar numa posição delicada e instável, dado que a sua responsabilidade enquanto garante é o cumprimento da obrigação, quando se verifique que o devedor principal não é capaz de o fazer. Neste sentido, se o fiador se quiser desvincular, o objetivo da fiança não logrará acontecer, o que, conseqüentemente, levará a toda uma conjuntura débil.

Ademais, temos que salientar que a fiança não poderá exceder a dívida principal, nem tampouco ser contraída em situações mais onerosa, caso contrário a situação económica do fiador iria sofrer um agravamento acentuado e este, tal como o devedor principal, não iria conseguir fazer face ao cumprimento e, em consequência, não se conseguiria desvincular da fiança.

Como vimos, no caso em apreço, a jurisprudência é maioritária, defendendo que o fiador só se poderá desvincular mediante o preenchimento claro de determinados parâmetros, desde que ninguém seja colocado em causa por força da sua desvinculação.

BIBLIOGRAFIA

- ANTUNES, José A. Engrácia (2012) – *Os Títulos de Crédito*, 2ª Edição, Revista e Atualizada, Coimbra Editores.
- BASTOS, Miguel Brito (2013) – *Deveres acessórios de informação – em especial, os deveres de informação do credor perante o fiador*, in Revista de Direito das Sociedades, Ano V (2013) números 1 e 2, Diretor: António Menezes Cordeiro, Almedina, pp. 181-281.
- COELHO, Francisco Morais; PAIS, Mariana, Carlos Pinto de Abreu e Associados, Sociedade de Advogados (2020) – *Fiança*, disponível em <https://carlospintodeabreu.com/wp-content/uploads/2020/04/societario-fianca.pdf>
- CORTEZ, Francisco (1992) – *Garantia Bancária Autónoma – Alguns Problemas*, in Revista da Ordem dos Advogados, n.º 52, pp. 513-560.
- COSTA, Letícia Marques (2021) – *A Insolvência de Pessoas Singulares*, 1ª Edição, Coimbra: Almedina.
- EPIFÂNIO, Mario do Rosário (2016) – *Manual de Direito da Insolvência*, 6ª Edição, Coimbra: Almedina.
- FERNANDES, Luís Carvalho/LABAREDA, João (2008) – *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Quid Juris Editora, Lisboa.
- FERNANDES, Luís Carvalho, (coord)/ PROENÇA, José Brandão (coord.) (2014) – *Comentário ao Código Civil: Parte Geral*, Lisboa, Universidade Católica Editora. pp. 499- 501
- FERRER CORREIA (1982) – *Notas para o estudo do contrato de garantia*, RDE VIII, n.º 2, Coimbra.
- GALVÃO TELLES, Inocêncio (1988) – *Garantia bancária autónoma (consulta) in O Direito*, Ano 120.
- GOMES, Fátima (1994) – *Garantia Bancária Autónoma à Primeira Solicitação*, in Direito e Justiça, vol. VIII, Tomo 2.
- GOMES, Manuel Januário Costa (2000) – *Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da vinculação como Fiador*, Almedina, Coimbra.
- MARTINEZ, Pedro Romano (2001) – *Contratos Comerciais – Apontamentos*, 1º Edição, Editora Principia.

- MARTINEZ, Pedro Romano; PONTE, Pedro Fuzeta da (2002) – *Garantias de Cumprimento*, 3ª Edição, Almedina.
- MARTINS, Alexandre de Soveral (2017) *Um Curso de Direito da Insolvência*, Coimbra: Almedina.
- MARTINS, Luís M. (2020) *Garantias Bancárias não accionadas podem ser reclamadas*, in https://www.insolvencia.pt/index.php?option=com_content&view=article&id=180:garantias-bancarias-nao-accionadas-podem-ser-reclamadas&catid=16&Itemid=126.
- MENDES, Evaristo (1995) *Garantias Bancárias, Natureza*, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais XXXVII* (nº 4), pp. 411-473.
- MENEZES CORDEIRO, António (2016) *Manual de Direito Bancário*, 6ª Edição (revista e atualizada), Almedina.
- MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles (2006) – *Garantia das Obrigações*, Almedina, Coimbra.
- MENEZES LEITÃO, Luís Manuel (2015) – *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 8ª Edição, Coimbra: Almedina.
- MENEZES LEITÃO, Luís (2017) – *Direito da Insolvência*, 7ª edição, Coimbra: Almedina.
- MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde (1989) – *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra.
- MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde/ SÁ, Almeno de (1996) - *Concessão de crédito e deveres de informação do banco*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 2
- NETO, Abílio (2016) – *Código Civil Anotado*, 19.º Edição Reelaborada, Lisboa: Ediforum Edições Jurídicas Lda.
- PESTANA VASCONCELOS, Luís Miguel (2011) – *Direito das Garantias*, Almedina, Coimbra.
- PINTO, Carlos Alberto Mota (Ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto) (2012) – *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed. Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora.
- PLMJ SOCIEDADE DE ADVOGADOS RL (2012) *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Coimbra Editores, Coimbra.
- SÁ, Almeno de (2008) – *Direito Bancário*, Almedina, Coimbra.
- SANTOS JUSTO, António (2011) – *Direito Privado Romano II (Direito das Obrigações)*, 4ª Edição, Coimbra Editora, Universidade de Coimbra,

- SERRA, Catarina (2019) – *Lições de Direito da Insolvência*, Reimpressão, Almedina, Coimbra.
- SERRA, Catarina (2012) – *O Regime Português da Insolvência*, Coimbra: Almedina.
- SIMÕES PATRÍCIO, José (1983) – *Preliminares sobre a Garantia “on first demand”*, in *Revista da ordem dos Advogados*, T. III.
- VARELA, João de Matos Antunes (2017) – *Das Obrigações em Geral, Vol. II*, 12ª Reimpressão da 7ª Edição de 1997, Coimbra, Almedina.
- VARELA, João de Matos Antunes e PIRES DE LIMA (2010) – *Código Civil Anotado*, Vol. I, Reimpressão da 4ª Edição, Coimbra Editores.
- VAZ SERRA, Adriano (1957) – *Fiança e figuras análogas in Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 71.
- VAZ SERRA, Adriano (1960) – *Algumas questões em matéria de fiança*, sep. do BMJ 95 e 96, Lisboa, pp. 5-99
- VIDEIRA, Celina (2016) – *A Fiança Omnibus in Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, VIII, 3, 643-685.

JURISPRUDÊNCIA

- **Supremo Tribunal de Justiça**

- Assento do STJ de 01/02/1966, publicado no Diário do Governo, n.º 44, de 22.02.1966 e BMJ 154;
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 01/02/1966, processo n.º 060395, Relator: Alberto Toscano;
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 01/07/2003, processo n.º 03A1942, Relator: Azevedo Ramos;
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23/06/2016, processo n.º 414/14.9TVLSB.L1.S1, Relator: António Joaquim Piçarra;
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15/05/2003, processo n.º 03A3632, Relator: Nuno Cameira;
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 25/02/1986, processo n.º 072597, Relator: Alves Cortes;
- Acórdão do supremo Tribunal de Justiça, de 15/10/2002, processo n.º 02A1160, Relator: Afonso Correia;
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 02/05/2019, processo n.º 5015/15.1T8CBR.C1.S2.S1, Relatora: Catarina Serra;
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23/01/2001, processo n.º 00A127, Relator: Torres Paulo;
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14/01/2021, processo n.º 15265/14.2T8PRT-A.P1.S1, Relator: Manuel Capelo;
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 05/05/2016, processo n.º 3798/13.2TBBERG.G2.S1, Relatora: Fernanda Isabel Pereira;
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 05/05/2016, processo n.º 3798/13.2TBBERG.G2.S1, Relatora: Fernanda Isabel Pereira;
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10/12/2019, processo n.º 475/04.9TBALB-A.P1.S1, Relator: Fernando Baptista.

- **Tribunal da Relação do Porto**

- Acórdão do Tribunal da Relação de Porto, de 13/07/2021, processo n.º 857/20.9T8VNG-A.P1, Relator: Rodrigues Pires;
- Acórdão do Tribunal da Relação de Porto, de 18/09/2007, processo n.º 0723988, Relatora: Anabela Dias da Silva;
- Acórdão do Tribunal da Relação de Porto, de 23/02/2021, processo n.º 16063/19.2T8PRT-A.P1, Relatora: Anabela Dias da Silva;
- Acórdão do Tribunal da Relação de Porto, de 11/07/2018, processo n.º 10935/14.8T8PRT.P1, Relatora: Judite Pires;
- Acórdão do Tribunal da Relação de Porto, de 12/09/2017, processo n.º 14532/17.8T8PRT.P1, Relator: Vieira e Cunha;
- Acórdão do Tribunal da Relação de Porto, de 13/07/2021, processo n.º 942/14.6T2AVR.P1, Relator: Carlos Querido;
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 18/12/2018, processo n.º 1029/04.5TBVNG-A.P1, Relator: Carlos Querido;
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 15/06/2020, processo n.º 9512/17.6T8VNG.P2, Relator: José Eusébio Almeida;
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 08/09/2020, processo n.º 1366/18.1T8AGD-A.P1, Relator: Rodrigues Pires;
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 26/10/2020, processo n.º 7137/16.2T8PRT-C.P1, Relator: Augusto de Carvalho;
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 03/05/2016, processo n.º 544/14.7TBPFR-A.P1, Relator: Rodrigues Pires.

- **Tribunal da Relação de Lisboa**

- Acórdão do Tribunal da Relação, de 10/02/2015, processo n.º 100595/13.2YIPRT.L1-7, Relatora: Rosa Ribeiro Coelho;
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15/03/2007, processo n.º 1671/2007-8, Relator: Salazar Casanova.

- **Tribunal da Relação de Évora**

- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 11/09/2019, processo n.º 7096/18.7T8STB.E1, Relatora: Isabel Peixoto Imaginário;

- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 26/04/2012, processo n.º 3026/08.2TBEVR-A.E1, Relator: João Gonçalves Marques;
- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 31/01/2019, processo n.º 14/18.4T8NIS.E1, Relatora: Isabel Peixoto Imaginário.

- **Tribunal da Relação de Coimbra**

- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 07/02/2012, processo n.º 2273/10.1TBLRA-B.C1, Relator: Henrique Antunes;
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 29/03/2011, processo n.º 448/07.0TBCBR-A.C2, Relator: Manuel Capelo;
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 04/06/2019, processo n.º 1030/16.6T8VIS-A.C1, Relatora: Maria Teresa Albuquerque;
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 03/12/2009, processo n.º 4371/07.0TJCBR.C1, Relator: Gregório de Jesus;
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 27/05/2015, processo n.º 512/13.6TBCBR.C1, Relator: Jaime Carlos Ferreira.