

TIAGO HENRIQUE SOUSA

**O DIREITO DE LIBERAÇÃO DO FIADOR POR
VERIFICAÇÃO DE ALTERAÇÕES SENSÍVEIS DOS RISCOS
DA FIANÇA NO DIREITO CIVIL**



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

Dissertação de Mestrado em Direito e Ciência
Jurídica – Especialidade em Direito Civil, sob
a orientação do Senhor Professor Doutor
António Menezes Cordeiro, apresentada à
Faculdade de Direito da Universidade de
Lisboa

Setembro de 2021

Emília.

À sagrada memória de minha bisavó

A meus Pais, a quem tudo devo.

à

À minha avó Maria, pela entrega abnegada
família.

AGRADECIMENTOS

Ao Pedro Miguel Pereira, um irmão que escolhi e, sem dúvida, um dos maiores presentes que a FDL me deu, por todas as nossas venturas e desventuras conjuntas, que tanto nos fizeram crescer, quer como homens, quer como juristas.

Ao Pedro Estêvão, jovem radioso publicista e um irmão mais recente, mas não menos essencial na minha vida, pela crença inabalável em mim, pelo ânimo que sempre me acalentou e pela leitura e ajuda atenta na revisão deste texto.

À minha grande amiga Natacha Delgado, linguista ímpar, pela leitura e ajuda na revisão minuciosa das notas de rodapé.

Ao Pedro Tavares Pereira, advogado de grande quilate, meu grande amigo e meu mais acutilante e lúcido crítico, pela leitura e discussão dos pontos deste escrito.

Ao meu grande amigo João Tornada, génio do Direito público, pela leitura esmerada e ajuda da revisão de todo o texto.

À minha maior amiga Melissa Tavares de Carvalho, jurista brilhante e poliglota nata, pela ajuda na tradução dos textos mais complexos em francês, italiano e espanhol.

A todos os meus familiares mais próximos e a todos os meus grandes amigos, com quem ao longo destes anos tenho convivido, por me tornarem uma pessoa ainda mais feliz.

Aos meus alunos da FDL, por tudo o que com eles e por eles aprendi.

Ao Senhor Professor Doutor António Menezes Cordeiro, meu Orientador e meu mestre de Direito civil.

ÍNDICE

RESUMO	7
§ 1.º INTRODUÇÃO	9
1. PRELIMINARES E DELIMITAÇÃO DO OBJECTO DE ESTUDO	9
2. O DIREITO DE LIBERAÇÃO DO FIADOR – PRIMEIRA APROXIMAÇÃO À FIGURA	12
3. A FIANÇA NO QUADRO GERAL DAS GARANTIAS PESSOAIS – DOGMÁTICA GERAL.....	13
§ 2.º EVOLUÇÃO HISTÓRICA-COMPARATÍSTICA.....	23
4. EVOLUÇÃO HISTÓRICA	23
5. DIREITO COMPARADO.....	28
5.1. ENQUADRAMENTO	28
5.2. O DIREITO DE LIBERAÇÃO DO FIADOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO FRANCÊS....	29
5.3. O DIREITO DE LIBERAÇÃO DO FIADOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO ALEMÃO	34
5.4. O DIREITO DE LIBERAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO ITALIANO	39
5.4.1. O REGIME JURÍDICO DO ARTIGO 1919.º DO CODICE DE 1865	39
5.4.2. O REGIME JURÍDICO DO ARTIGO 1953.º DO CODICE DE 1942.....	40
5.5. O DIREITO DE LIBERAÇÃO DO FIADOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO ESPANHOL .	44
§ 3.º A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA	48
6. O DIREITO DE LIBERAÇÃO NO CÓDIGO DE SEABRA	48
7. OS PREPARATÓRIOS DE ADRIANO VAZ SERRA E O SEU ANTEPROJECTO PARA O CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS DE 1966	53
8. O DIREITO DE LIBERAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 1966 – O REGIME DO ARTIGO 648.º, ALÍNEA B).....	57
8.1. O DIREITO À PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO NO ÂMBITO DO ARTIGO 648.º DO CÓDIGO CIVIL	61
8.2. OS DEVERES DE CUIDADO DO FIADOR E A FORMA DE COMUNICAÇÃO AO DEVEDOR PARA O EXERCÍCIO DA SUA LIBERAÇÃO	73
8.3. O GRAU DE DILIGÊNCIA DEVIDA PELO DEVEDOR NA CONCRETIZAÇÃO EXTRAJUDICIAL DA LIBERAÇÃO DO FIADOR.....	75
8.4. A CONCRETIZAÇÃO JUDICIAL DA LIBERAÇÃO DO FIADOR	77
9. A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES PORTUGUESES SOBRE O DIREITO DE LIBERAÇÃO DO FIADOR	87
9.1. RAZÃO DE ORDEM	87
9.2. ANÁLISE GLOBAL E CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA REFERENCIADA.....	92

§ 4.º O DIREITO DE LIBERAÇÃO DO FIADOR POR ALTERAÇÃO SENSÍVEL DOS RISCOS DA FIANÇA – DOGMÁTICA GERAL	95
§ 5.º O PATRIMÓNIO DO DEVEDOR ORIGINÁRIO E A GARANTIA GERAL DAS OBRIGAÇÕES	118
§ 6.º O ABUSO DE DIREITO PELA NÃO CONCRETIZAÇÃO DA LIBERAÇÃO DO FIADOR ...	128
10. O REGIME GERAL DO ABUSO DE DIREITO NA SUA RELAÇÃO COM A LIBERAÇÃO DO FIADOR	128
11. AS REGULAÇÕES TÍPICAS ABUSIVAS DO ABUSO DO DIREITO	135
11.1. VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM	135
11.2. SUPRESSIO.....	140
11.3. DESEQUILÍBRIO NO EXERCÍCIO.....	144
12. A VERIFICAÇÃO OFICIOSA DO ABUSO DE DIREITO	149
13. AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO ABUSO DO DIREITO	153
§ 7.º O REGIME DA ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS NA FIANÇA E A SUA EVENTUAL LIGAÇÃO COM O DIREITO DE LIBERAÇÃO DO FIADOR	157
14. A ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS NA FIANÇA.....	157
15. OS PONTOS DE CONTACTO E OS PONTOS DE AFASTAMENTO ENTRE A ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS NA FIANÇA E O DIREITO DE LIBERAÇÃO DO FIADOR	174
§ 8.º NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO DE LIBERAÇÃO DO FIADOR	176
§ 9.º CONCLUSÕES	184
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	191
REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS PORTUGUESAS	204
REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS FRANCESAS	207
REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS ESPANHOLAS	208

MODO DE CITAR E ABREVIATURAS

As obras citam-se da seguinte forma: autor, título, local de publicação, data e páginas consultadas, na primeira referência. Nas referências subsequentes omite-se o local de publicação e a data.

A lista de abreviaturas é a seguinte:

BFD – Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra

BGB – Bürgerliches Gesetzbuch

BGH – Bundesgerichtshof

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça

C. – Constituição Imperial

Cfr. – Conforme

Cit. – Citada

D. – Digesto

d.C. – Depois de Cristo

O. – Obra

P. – Página

PP. – Páginas

RCb – Tribunal da Relação de Coimbra

REv – Tribunal da Relação de Évora

RGm – Tribunal da Relação de Guimarães

RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência

RLx – Tribunal da Relação de Lisboa

RPt – Tribunal da Relação do Porto

SS. – Seguintes

STA – Supremo Tribunal Administrativo

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

V.G. – Verbi gratia

Esta dissertação foi redigida ao abrigo do Acordo Ortográfico de 1945 – Decreto Lei n.º 35288, de 8 de Dezembro de 1945.

RESUMO

O direito de liberação do fiador é uma posição jurídica activa consagrada nos códigos civis de Direito continental, que tem como desiderato atingir a desoneração do fiador da obrigação fidejussória e, subsequentemente, a extinção da garantia pessoal constituída.

Os diferentes legisladores consagraram diversas circunstâncias que permitem ao fiador exigir ao devedor a sua liberação. Com efeito, nas ordens jurídicas que prevêem um regime de carácter mais compreensivo, como se verifica nos códigos civis de matriz napoleónica, uma dessas circunstâncias é a diminuição abrupta do património do devedor, relacionada com a sua quebra financeira/insolvência ou pré-insolvência. Noutros ordenamentos jurídicos (v.g. suíço ou português), é prevista uma solução mais apurada e analítica, a qual permite a liberação do fiador sempre que os riscos da fiança se alterem sensivelmente, por referência ao momento da constituição daquela garantia pessoal, solução essa que será o objecto central do nosso estudo.

A figura em análise tem origens remotas, que a situam no *Ius Romanum*, no período clássico, ganhando novo fulgor no período justiniano e subsistindo no período de Direito comum.

O direito de liberação do fiador insere-se nas relações internas, ou seja, nas relações entre o devedor e o fiador, sendo, contudo, o credor um elemento essencial para a sua concretização, uma vez que, regra geral, tem de dar o seu assentimento para que a liberação se concretize.

Porém, como se procurará demonstrar, existem situações em que o credor é obrigado a assentir na liberação do fiador, sob pena de incorrer em abuso de direito.

PALAVRAS-CHAVE

Direito de liberação do fiador, fiança, fiador, devedor, credor

ABSTRACT

The guarantor's right to liberation is an active legal standing of advantage that is set out in civil codes of continental Law, aiming to grant the exoneration of the guarantor's fidejussory obligation and, subsequently, the extinction of the personal surety that was provided.

Various legislators stipulated different circumstances that grant the guarantor's right to demand his liberation, amongst them, the abrupt diminishment of the debtor's estate, related to his financial collapse / bankruptcy or pre-bankruptcy, within the legal systems that set out a framework of a more comprehensive nature, as can be observed in the civil codes of a Napoleonic matrix. In other legal systems (v.g. Swiss or Portuguese), a more calculated and analytical solution is set out, allowing the liberation of the guarantor whenever the surety's risks are palpably altered, with reference to the moment of the constitution of the aforementioned personal surety, which shall be the key object of the present research.

The institute in analysis has remote origins, that situate it back to *Ius Romanum*, in the classic period, achieving a newfound vigor in the Justinian period, further subsisting within the period of common law.

The guarantor's right to liberation concerns to the internal relations, i.e., the relations between the debtor and the guarantor, notwithstanding the fact that the creditor is a key element towards its accomplishment, given that, as a general rule, he must consent to the accomplishment of the liberation.

However, there are situations in which the creditor is obligated to consent to the liberation of the guarantor, under the penalty of abuse of rights.

KEYWORDS

Right to liberation of the guarantor, surety, guarantor, debtor, creditor

§ 1.º INTRODUÇÃO

1. PRELIMINARES E DELIMITAÇÃO DO OBJECTO DE ESTUDO

O credor, regra geral, apesar de gozar da garantia geral do património do devedor para o cumprimento do seu crédito, muitas vezes, no tráfego, por uma multiplicidade de circunstâncias, pretende reforçar o seu cumprimento, exigindo, deste modo, que um terceiro lhe preste uma garantia pessoal, paradigmaticamente, uma fiança¹.

As garantias pessoais, enquanto garantia das obrigações, têm uma tradição milenar, com assento no *Ius Romanum*², não obstante, nesse período, não terem uma configuração unitária³, o que se reflectia em vários aspectos do seu regime⁴.

Dentro do elenco das garantias pessoais, a fiança⁵ é aquela que tem mais relevância dogmática e maior aplicabilidade no tráfego jurídico. Assim, através da

¹ LUÍS DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, V, Coimbra, 1933, p. 155, ensinava, a propósito das garantias pessoais, que os Romanos conheciam diversas espécies: o *sponsio*, a *fidepromissio*, a *fidejussio*, o *mandatum pecuniae credendae*.

Este autor salienta, lapidarmente, que todas as figuras antigas se fundiram na moderna fiança.

² ANTÓNIO DOS SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano, II – Direito das Obrigações*, 4.ª ed., Coimbra, 2011, pp. 159 e ss., a propósito das garantias pessoais no Direito Romano, ensina que as garantias pessoais constituídas a favor de um credor por pessoas diversas do devedor tinham como desiderato reforçar o cumprimento de uma obrigação, designada por principal, respondendo o garante directamente com a sua pessoa e indirectamente com o seu património.

Refere ainda o autor que, no Direito Romano, as garantias pessoais eram constituídas, verbalmente, através de três formas: *sponsio*, *fidepromissio* e *fideiussio*.

³ Neste sentido, SUSANA ANTAS VIDEIRA, *A Fiança no Apogeu do Direito Romano, Breve Apontamento*, Relatório de Mestrado, Lisboa, 1997, em particular, pp. 44 e ss., salienta que, no Direito Romano, as garantias pessoais das obrigações não tinham uma natureza unitária, assumindo, antes, uma multiplicidade de formas, historicamente condicionadas. Não obstante, refere uma certa tendência para a unificação, que se desdobrava em três figuras típicas: *sponsio*, *fidepromissio* e *fideiussio*. A fiança era constituída por meio de uma *stipulatio*, isto é, a forma mais simples de se expressar um acordo de vontades no *Ius Romanum*.

⁴ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código Civil Comentado II – Das Obrigações em Geral*, 1.ª ed., Coimbra, 2021, p. 736 ensina que, no Direito Romano, a figura mais antiga era a *adstipulator*, através da qual o fiador se vinculava, estritamente, com o devedor. Posteriormente, no período clássico, surgiram três novos institutos: a *sponsio*, figura que era reservada aos romanos; a *fideipromissio* aberta aos não cidadãos, isto é, aos designados “peregrinos”, sendo ambas as figuras caracterizadas pela acessoriedade limitada e a *fideiussio*,

Para maiores desenvolvimentos sobre a origem e evolução da fiança, enquanto garantia pessoal, ver por todos, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, X, 2.ª ed., Coimbra, 2017, pp. 423 e ss.

⁵ JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *O Regime Geral da Fiança e os 50 Anos do Código Civil. Esboço Para Novas Soluções Face aos Novos Tempos in Código Civil/Livro do Cinquentenário, II*, Coimbra, 2019, pp.

fiança, o fiador garante a satisfação do direito de crédito do credor, ficando obrigado pessoalmente perante este⁶.

Actualmente, verifica-se a constituição de fianças em que os credores profissionais (v.g. instituições de crédito ou sociedades financeiras), normalmente munidos de informações técnico-jurídicas superiores àquelas que são detidas pelos fiadores e pelos próprios devedores originários⁷, exigem garantias com o desiderato de mitigar o incumprimento do devedor, originando, por vezes, situações de sobregarantia⁸.

A fiança é um negócio de risco⁹ para o fiador, sendo esta uma característica genética desta garantia pessoal, pela circunstância de o garante poder ser directamente demandado para o cumprimento da obrigação garantida, sem que o exercício da sub-rogação¹⁰ dos direitos do credor lhe garanta uma tutela jurisdicional efectiva, bastando referir a circunstância em que o devedor originário é declarado insolvente, situação em que o fiador dificilmente conseguirá ser ressarcido dos valores pagos aos credor.

Destaque-se, porém, que, não obstante a realidade referenciada no parágrafo anterior, o legislador dos países de direito continental tentou consagrar mecanismos legais que têm como desiderato proteger o fiador.

Um dos meios de tutela ao dispor do fiador é o direito de liberação da fiança, previsto, entre nós, no artigo 648.º do Código Civil, preceito legal que dispõe o seguinte:

296 e ss., entende que o regime da fiança, bem como o sistema geral das garantias, deveria ser revisitado com o objetivo de alcançar uma eventual modernização que se adaptasse à realidade e necessidades vigentes.

⁶ Neste sentido, ver, por todos, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos III*, Coimbra, 2015, p. 195.

⁷ Conforme salienta JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *O Regime Geral da Fiança e os 50 Anos do Código Civil. Esboço Para Novas Soluções Face aos Novos*, pp. 296 e ss., existe um fosso no que concerne à literacia financeira entre os fiadores comuns, familiares ou amigos do devedor e os bancos, sendo certo que os bancos tendem a exigir garantias pessoais, sendo a assimetria contratual patente nestes casos.

⁸ Sobre a questão da sobregarantia, com algum desenvolvimento, JANUÁRIO DA COSTA GOMES, “*Segurança, Subgarantia e Sobregarantia Entre os Três “S” do Direito das Garantias*” in *Revista Jurídica da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa*, N.º 30, Lisboa, 2016, pp. 72 e ss.

⁹ JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *O Regime Geral da Fiança e os 50 Anos do Código Civil. Esboço Para Novas Soluções Face aos Novos Tempos in Código Civil/Livro do Cinquentenário, II*, Coimbra, 2019, p. 306, salienta que a fiança é um negócio de risco ou de perigo para o fiador.

¹⁰ ADRIANO VAZ SERRA, *Sub-Rogação nos Direitos do Credor*, Separata n.º 37 do Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, 1953, p. 7, ensinava, lapidariamente, que com a sub-rogação o terceiro é favorecido, pois adquire os direitos do credor; o credor também o é, porque se facilita a satisfação do seu crédito e, de igual modo, o devedor, porque se livra do credor exigente. Salienta este civilista, no mesmo escrito, pp. 35 e ss., ainda na esteira do Código de Seabra, que este diploma estabelecia um princípio geral de que a sub-rogação se verificava quando a dívida é paga por terceiro interessado no pagamento, de acordo com o seu artigo 779.º, n.º 1, a qual tinha, deste modo, grande amplitude.

É permitido ao fiador exigir a sua liberação, ou a prestação de caução para garantia do seu direito eventual contra o devedor, nos casos seguintes¹¹:

- a) Se o credor obtiver contra o fiador sentença executível;*
- b) Se os riscos da fiança se agravarem sensivelmente;*
- c) Se, após a assunção da fiança, o devedor se houver colocado na situação prevista na alínea b) do artigo 640.º;*
- d) Se o devedor se houver comprometido a desonerar o fiador dentro de certo prazo ou verificado certo evento e já tiver decorrido o prazo ou se tiver verificado o evento previsto;*
- e) Se houverem decorrido cinco anos, não tendo a obrigação principal um termo, ou se, tendo-o, houver prorrogação legal imposta a qualquer das partes.*

Compulsando cada uma das cinco alíneas transcritas, parece-nos particularmente interessante como objecto de estudo a alínea b), pelos múltiplos problemas que, logo à partida, nos apercebemos que a sua aplicação concreta no tráfego poderá acarretar, razão pela qual a elegemos como objeto central deste estudo.

Tendo em conta a potencial abrangência do tema central a que nos propomos desenvolver no presente escrito, cabe, desde já, proceder a uma rigorosa delimitação positiva e negativa do objecto de estudo.

Desta feita, no vertente estudo abordaremos a figura do direito de liberação do fiador nas fianças civis, exclusivamente nos casos em que os riscos da fiança se agravam sensivelmente, de acordo com a terminologia adoptada pelo legislador português.

¹¹ MIGUEL BRITO BASTOS, *Deveres Acessórios de Informação, em Especial, os Deveres de Informação do Credor Perante o Fiador*, in *Revista de Direito das Sociedades*, V, 1-2, Coimbra, 2013, p. 190, destaca que o perigo que a constituição da fiança acarreta para o fiador é mitigado pela atribuição, em determinadas circunstâncias, da possibilidade de o fiador se exonerar da fiança. O regime do artigo 648.º do Código Civil é precisamente uma das circunstâncias em que é atribuída ao fiador privilégios de liberação.

Enquanto forma potencial de extinção da fiança, procuraremos aquilatar as suas origens históricas e a sua concretização no Direito objectivo, em concreto no Direito comparado e no Direito português.

Procuraremos encontrar as raízes históricas da figura no nosso ordenamento jurídico, analisando o regime previsto no Código de Seabra de 1867, passando pelos Preparatórios que alicerçaram o actual Código Civil de 1966.

Analisaremos, também, o modo como a jurisprudência dos tribunais portugueses tem aplicado a figura do direito de liberação do fiador no tráfego jurídico nacional.

Trataremos, ainda, das matérias atinentes à alteração das circunstâncias, ao abuso de direito e à garantia geral das obrigações na perspectiva relacionada com a liberação do fiador.

Finalmente, tentaremos aquilatar a natureza jurídica do direito de liberação do fiador.

Fazendo, por fim, a delimitação negativa do objecto em estudo, cabe referir que não serão tratadas as matérias atinentes às restantes formas de liberação do fiador, previstas na nossa ordem jurídica e nas demais ordens jurídicas de Direito continental analisadas. De igual modo, não será tratado o direito de liberação nas fianças comerciais.

2. O DIREITO DE LIBERAÇÃO DO FIADOR – PRIMEIRA APROXIMAÇÃO À FIGURA

Tendo sido feita, no ponto anterior, uma delimitação do objecto de estudo, faremos, agora, uma aproximação preliminar à figura, a qual será amplamente desenvolvida aquando do tratamento da dogmática geral do direito de liberação do fiador¹².

Conforme vimos, e atendendo ao nosso objeto de estudo, iremos concentrar-nos somente na forma de liberação que entre nós é consagrada no artigo 648.º, alínea b), do Código Civil, isto é, na possibilidade de liberação do fiador quando os riscos da fiança se alteram sensivelmente.

¹² *Infra*, pp. 95 e ss.

A *ratio legis* da consagração deste regime legal prende-se com a possibilidade que o legislador pretendeu dar ao fiador de se exonerar da obrigação fidejussória, quando o conceito indeterminado *riscos da fiança se agravarem sensivelmente* se verificar no tráfego.

É, pois, um mecanismo que tem como objetivo proteger o fiador, não obstante a fiança ser um negócio de risco, permitindo a extinção da obrigação fidejussória por liberação, antes de o fiador ser demandado pelo credor para o cumprimento.

O direito de liberação do fiador insere-se nas relações internas, ou seja, nas relações entre o devedor e o fiador, sendo, contudo, o credor um elemento essencial para a sua concretização, como em seguida tentaremos demonstrar.

Feita esta primeira aproximação à figura, podemos, em seguida, proceder ao seu estudo aturado, principiando pela dogmática geral da fiança e, em seguida, pela demanda das suas raízes históricas, essenciais para a sua compreensão.

3. A FIANÇA NO QUADRO GERAL DAS GARANTIAS PESSOAIS – DOGMÁTICA GERAL

A análise aprofundada do direito de liberação do fiador que pretendemos encetar com este estudo carece, necessariamente, de uma análise, ainda que breve, da dogmática geral da fiança, circunscrita, porém, aos seus traços gerais.

A fiança¹³ é a única garantia pessoal regulada no Código Civil português de 1966, sendo o tronco central das diversas garantias pessoais, permitindo ou a sua recondução ou o seu afastamento, atendendo aos seus traços caracterizadores¹⁴.

¹³ Os estudos sobre a fiança são inabarcáveis. Entre nós, a obra de referência continua a ser a tese de doutoramento de JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida – Sobre o Sentido e o Âmbito da Vinculação Como Fiador*, Coimbra, 2000, 1433 pp. Antes da publicação da tese de doutoramento de JANUÁRIO DA COSTA GOMES, os Preparatórios do Código Civil de 1966, levados a cabo por ADRIANO VAZ SERRA, foram o estudo português que de forma mais aprofundada se debruçou sobre este instituto. Cfr. ADRIANO VAZ SERRA, *Fiança e Figuras Análogas*, BMJ, n.º 71, Lisboa, 1957, em particular, pp. 19 e ss. e, ainda, *Fiança (Algumas Questões), Garantia de Vícios na Venda em Execução*, Lisboa, 1960.

A fiança é tratada na civilística portuguesa, nas obras de carácter geral, sendo de referir, entre outros, FERNANDO PESSOA JORGE, *Lições de Direito das Obrigações*, II, 1.ª ed., Lisboa, 1969, pp. 3 e ss.; PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, I, (Artigos 1.º a 761.º), 4.º ed., Coimbra, 1987, pp. 643 e ss.; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, II, 7.ª ed., Coimbra, 1997, reimp. 2015, pp. 477 e ss.; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos III*, Coimbra, 2015, pp. 195 e ss.; MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, 2.ª ed., Coimbra, 2013, reimp. 2017, pp. 83 e ss.; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, X*, 2.ª ed. Coimbra, 2017, pp. 477 e ss.; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.ª ed., Coimbra, 2016, reimp., pp. 934 e ss.; LUÍS MENEZES

Verificámos *supra* que a fiança, apesar de estar alicerçada numa tradição milenar, continua a ter grande fulgor, sendo um instituto de aplicação corrente no tráfego jurídico.

Alumiados pela ideia-quadro de que a obrigação deve ser entendida como uma realidade complexa¹⁵, podemos dizer que o credor, quando celebra um contrato com o devedor, pretende que este cumpra integral e pontualmente, além das prestações acordadas e dos deveres acessórios a que está adstrito, a prestação principal do contrato (v.g. o pagamento).

O credor goza da totalidade do património do devedor: é a designada garantia geral de cumprimento¹⁶, consagrada no artigo 601.º do Código Civil português¹⁷, a qual não é, porém, uma garantia¹⁸ em sentido técnico jurídico¹⁹.

O credor, quando exige a constituição de uma fiança, pretende precaver-se de uma eventual insuficiência do património do devedor para satisfação do crédito da sua

LEITÃO, *Garantias das Obrigações*, 5.ª ed., Coimbra, 2016, pp. 113 e ss.; *Direito das Obrigações*, II, 11.ª ed., Coimbra, 2017, pp. 337 e ss.; *Comentário ao Código Civil, Direito das Obrigações, Das Obrigações em Geral* (Coordenação de José Brandão Proença, Lisboa, 2018, pp. 757 e ss.; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código Civil Comentado II – Das Obrigações em Geral*, 1.ª ed., Coimbra, 2021, pp. 736 e ss. Na Alemanha, as obras relativas à fiança são inabarcáveis em virtude da sua extensão, devendo citar-se, a título meramente indicativo: ENNECCERUS/LEHMAN, *Tratado de Derecho Civil – Derecho de Obligaciones*, II, 35.ª ed., Barcelona, 1933, pp. 800 e ss.; DIETER MEDICUS, *Tratado de las Relaciones Obligatorias*, I, Barcelona, 1995, pp. 611 e ss.; *Münchener Kommentar BGB – Schuldrecht Besonderer Teil III – Band 5 §§ 705 – 853*, 4.ª Auflage, München, 2004, pp. 2530 e ss.; DIETER MEDICUS/STEPHAN LORENZ, *Schuldrecht*, II, Besonderer Teil, 15.ª Auflage, 326 e ss.; PRURRING/WEGEN/WEINREICH, *BGB, Kommentar*, 11. Auflage, 2016, pp. 1686 e ss. No Direito italiano, entre tantos outros, ANTONIO SCIALOJA/MICHELE FRAGALI, *Commentario Del Codice Civile – Delle Obbligazioni*, 3.ª ed., Bologna, Roma, 1960, pp. 410 e ss.; PAOLO CEDON, *Commentario al Codice Civile*, IV, Artt. 1655.º-2059.º, 4.ª ed., Torino, 1999, pp. 1756 e ss.; GIORGIO CIAN/ALBERTO TRABUCCHI, *Commentario Breve al Codice Civile*, 1.ª ed., Padova, 1999, pp. 1936 e ss.; GIOVANNI BATTISTA PETTI, *La Fideiussione e le Garanzie Personali del Credito*, 1.ª ed., Padova, 2000.

¹⁴ Neste sentido, JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *A Fiança no Quadro das Garantias Pessoais – Aspectos de Regime in Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977, Volume III, Direito das Obrigações*, Coimbra, 2007, pp. 80 e ss.

¹⁵ Sobre a obrigação como realidade complexa, ver (por todos) ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, VI, 3.ª ed. Coimbra, 2019, pp. 337 e ss.

¹⁶ Com algum detalhe sobre a garantia geral, veja-se, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código Civil Comentado II – Das Obrigações em Geral*, 1.ª ed., Coimbra, 2021, pp. 655 e ss.

¹⁷ Este assunto será objecto de estudo neste escrito. *Infra*, pp. 118 e ss.

¹⁸ JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida – Sobre o Sentido e o Âmbito da Vinculação Como Fiador*, pp. 17 e ss., discute este ponto a propósito da questão da efectiva utilidade dogmática da figura da garantia geral ou garantia comum.

¹⁹ É este o entendimento de JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Segurança, Subgarantia e Sobregarantia Entre os Três “S” do Direito das Garantias*, in *Revista Jurídica da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa*, n.º 30, Lisboa, 2016, p. 72, na esteira dos estudos de ADRIANO VAZ SERRA.

titularidade²⁰, considerando que a garantia geral não é suficiente para garantir o cumprimento da obrigação principal do devedor

A fiança é exigida, tendencialmente, por credores diligentes e experientes, no sentido de potenciar a satisfação efectiva do seu crédito.

Assim sendo, com a constituição da fiança, o credor vê o seu direito de crédito reforçado, passando a dispor de dois patrimónios autónomos para concretizar o cumprimento da obrigação principal, ficando o fiador vinculado pessoalmente em caso de incumprimento do devedor originário.

A situação jurídica fidejussória tem um carácter triangular ou trilateral²¹, verificando-se a existência de três sujeitos: credor, devedor originário e fiador, os quais encetam entre si relações de carácter não homogéneo.

Na nossa ordem jurídica, o artigo 627.º, cuja epígrafe é “*Noção. Acessoriedade*”, acaba por não dar uma noção efectiva de fiança, contendo antes uma enunciação dos efeitos da fiança para o fiador²².

A acessoriedade²³ é um traço não só caracterizador da fiança²⁴, como um princípio geral de direito das garantias²⁵, levando a que a obrigação de fiança esteja em ligação directa e contínua com a obrigação principal subscrita pelo devedor originário desde o seu início.

A fiança é, deste modo, permeável às vicissitudes que se possam verificar na obrigação originária, subsistindo apenas esta garantia pessoal se tal obrigação se

²⁰ Conforme lapidarmente salienta JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *A Fiança no Quadro das Garantias Pessoais – Aspectos de Regime in* Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977, Volume III, Direito das Obrigações, Coimbra, 2007, p. 80.

²¹ MIGUEL BRITO BASTOS, *Deveres Acessórios de Informação, em Especial, os Deveres de Informação do Credor Perante o Fiador*, in *Revista de Direito das Sociedades*, V, 1-2, Coimbra, 2013, pp. 185 e ss. refere que a situação fidejussória desenha-se entre três sujeitos: credor fidejussório, devedor originário e fiador, cuja interacção trilateral nem sempre assume os mesmos moldes.

²² Com este entendimento, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos III*, Coimbra, 2015, pp. 196 e ss..

²³ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, X, pp. 440 e ss., ensina que a acessoriedade prevista na fiança é em sentido forte, uma vez que esta garantia pessoal, na sua constituição, configuração, manutenção, vicissitudes e execução segue o modelo da obrigação principal, salientando que a acessoriedade tem diversas manifestações, sendo uma delas o direito de o fiador exigir a sua libertação nos termos previstos no artigo 648.º do Código Civil.

²⁴ Sobre esta matéria, JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Pluralidade de Fiadores e Liquidação das Situações Fidejussórias*, in *Estudos de Homenagem da Faculdade de Direito ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, 90 Anos, Coimbra, 2007, pp. 804 e ss.

²⁵ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, X, pp. 172 e ss.

mantiver, não vingando a fiança caso se verifique a extinção daquela obrigação²⁶, independentemente do motivo que originou tal extinção (v.g. declaração de nulidade da obrigação principal ou cumprimento da obrigação principal).

É discutível na doutrina se a fiança deve ser constituída pela celebração de um contrato²⁷, ou se pode, de igual modo, ser constituída através de negócio jurídico unilateral²⁸.

A civilística tradicional defende que, aquando da constituição da fiança, surgem duas obrigações de natureza diversa: a do devedor – a principal – e a do fiador – a acessória²⁹ – ficando este constituído como devedor da dívida principal, constituída aquando da celebração do contrato entre o devedor e o credor³⁰.

Em sentido contrário, outros autores defendem que o fiador³¹ não é responsável pela dívida do devedor principal, encontrando-se, sim, adstrito ao cumprimento de uma dívida própria, isto é, a dívida da fiança.

²⁶ DIETER MEDICUS/STEPHAN LORENZ, *Schuldrecht*, II, *op. Cit.*, pp. 613 e ss., sufragavam que a dívida do fiador está “apoiada” na dívida principal, sendo acessória diante dessa, referindo que se podem diferenciar vários graus de acessoriedade (no nascimento, no âmbito da manutenção, da consecução e da extinção).

²⁷ JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *A Questão da Estrutura Negocial da Fiança Revisitada*, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Henrique Mesquita, I, Coimbra, 2006, pp. 875-897 e *O Regime Geral da Fiança e os 50 Anos do Código Civil. Esboço Para Novas Soluções Face aos Novos Tempos in Código Civil/Livro do Cinquentenário*, II, Coimbra, 2019, pp. 300 e ss., defende a natureza contratual da fiança, na esteira das soluções previstas nos códigos civis alemão, italiano, e brasileiro.

²⁸ Este era o entendimento, por exemplo, de GUILHERME MOREIRA e PAULO CUNHA, conforme refere ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, X, pp. 451 e ss., sufragando, de igual modo, este autor, que a fiança pode ser constituída através de negócio jurídico unilateral.

²⁹ Com este entendimento, por exemplo, ENNECCERUS/LEHMAN, *Tratado de Derecho Civil – Derecho de Obligaciones*, II, *op. Cit.*, pp. 800 e ss., defendia que o carácter particular da fiança advém do fim que prossegue, isto é, dar segurança a uma dívida alheia, sendo um negócio causal cuja eficácia depende da dívida principal, sendo certo que o fiador obriga-se a responder ao credor por uma dívida de outro. Mais recentemente, DIETER MEDICUS, *Tratado de las Relaciones Obligatorias*, I, *op. Cit.*, p. 611, propugnava que pelo contrato de fiança, o fiador obriga-se perante o credor a responder pelo cumprimento da dívida principal, nos termos do § 765 BGB.

Entre nós, é este, por exemplo, o entendimento de MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, 2.^a ed., Coimbra, 2017, pp. 88 e ss., que defende que na fiança existem duas obrigações: uma relativa ao devedor e outra ao fiador. A primeira obrigação tem carácter principal. Por sua vez, a segunda tem carácter acessório.

³⁰ Neste sentido. PEDRO ROMANO MARTINEZ/PEDRO FUZETA DA PONTE, *Garantias de Cumprimento*, 5.^a ed., Coimbra 2006, pp. 83 e ss., entendem que, relativamente ao fiador, verifica-se a responsabilidade pessoal pelo cumprimento de uma obrigação alheia, isto é, a obrigação do devedor originário.

³¹ Com este entendimento, JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, pp. 121 e ss. e *A Fiança no Quadro das Garantias Pessoais – Aspectos de Regime*, pp. 83 e ss., defende que a doutrina tradicional não deve proceder, uma vez que o fiador (apesar de não ser devedor principal) é também devedor não de uma dívida alheia, mas sim de uma dívida própria, a designada dívida da fiança ou dívida fidejussória.

Parece-nos, salvo melhor entendimento, que a par da dívida que surge na sequência da relação contratual encetada entre o credor e o devedor originário, surge uma nova dívida para o fiador, resultante da sua vinculação perante o credor: a dívida da fiança ou dívida fidejussória.

A dívida do devedor e a dívida do fiador mantêm-se, lado a lado, no decurso da relação fidejussória, alcançando esta teoria maior compreensão nos casos em que o fiador renuncia ao benefício da excussão prévia, podendo o credor, em tal circunstância, exigir o pagamento da obrigação principal quer ao devedor, quer ao fiador, já que subsistem duas dívidas distintas entre si.

JANUÁRIO DA COSTA GOMES³² defende que a fiança está alicerçada em quatro grandes pilares: *i.* a acessoriedade; *ii.* o fim de segurança ou garantia; *iii.* a subsidiariedade e *iv.* o risco inerente à celebração de fiança.

A acessoriedade³³ em causa, conforme referimos *supra*, tem a natureza de acessoriedade forte.

Trata-se de acessoriedade forte uma vez que a fiança apenas pode garantir a obrigação principal do devedor, não a podendo exceder, nem ser contraída em condições mais gravosas, sendo reduzida se a ultrapassar, conforme resulta do regime do artigo 631.º, números 1 e 2, do Código Civil³⁴.

A acessoriedade forte manifesta-se, ainda, pelo facto de a fiança não ser válida se a obrigação da qual depende também não o for, tendo o conteúdo da obrigação principal; pelos meios de defesa do fiador, previstos, entre nós, no artigo 637.º do Código Civil e pelo facto de se extinguir com a extinção da obrigação principal (artigo 651.º)

³² Com grande desenvolvimento, JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, pp. 116 e ss., e *A Fiança no Quadro das Garantias Pessoais – Aspectos de Regime*, pp. 89 e ss.

³³ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos III*, p. 197 fala numa acessoriedade genética e numa acessoriedade funcional. A primeira respeita à forma para a constituição da fiança, a qual não pode ser de nível inferior à forma da obrigação principal (artigo 628.º, n.º 1, do Código Civil), à sua validade e ao seu conteúdo. Por seu turno, a acessoriedade funcional reporta-se ao acompanhamento das vicissitudes da obrigação afiançada, aos meios de defesa que o fiador pode opor ao credor e à extinção da fiança.

³⁴ Refere ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código Civil Comentado II – Das Obrigações em Geral*, pp. 750-751, que o artigo 631.º, número 2, deve ser interpretado com cuidado, uma vez que uma leitura inicial poderia levar a que se interpretasse que o preceito em causa permitiria uma redução automática da fiança, o que não se verifica. O que se verifica é uma situação de redução ou conversão, nos termos do disposto nos artigos 292.º e 293.º, desde que os seus pressupostos de encontrem verificados.

Tratando agora do fim de garantia ou segurança da fiança, este pilar tem que ver com o facto de esta garantia pessoal ter como objectivo central potenciar o cumprimento efectivo da obrigação principal³⁵.

Apesar de o fim de garantia e de segurança da fiança ser uma característica genética desta garantia pessoal, a verdade é que este não pode ser entendido em termos absolutos, com o afastamento dos meios de tutela do fiador, sob pena de se pôr em causa o equilíbrio da relação jurídica fidejussória, equilíbrio esse que deve balizar qualquer relação jurídica, independentemente da sua natureza.

Relativamente à subsidiariedade, esta também é um princípio geral de direito das garantias³⁶.

No âmbito da fiança, a subsidiariedade em causa é de natureza forte directa, uma vez que, regra geral, o fiador apenas pode ser demandado para cumprir a sua obrigação fidejussória se o património do devedor original tiver sido esgotado, sem que se verificasse o cumprimento da obrigação principal. Trata-se, deste modo, do designado benefício da excussão prévia, o qual tem, porém, natureza supletiva³⁷.

Saliente-se, contudo, que a subsidiariedade³⁸ na fiança tem outras manifestações além do benefício da excussão prévia³⁹⁴⁰.

Tratando, por fim, do risco inerente à celebração da fiança, saliente-se que não se trata de um risco comum e normal aos negócios jurídicos celebrados pelas partes no tráfego jurídico, sendo, pelo contrário, um risco anormal e intensificado, uma vez que o fiador pode ter de vir a cumprir, ante o credor, a obrigação afiançada, sem ter a certeza,

³⁵ Cfr. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, pp. 117 e ss., e *A Fiança no Quadro das Garantias Pessoais – Aspectos de Regime*, pp. 91 e ss., defende, a propósito do fim de garantia ou segurança, que esta figura é, simultaneamente, uma garantia de cumprimento e uma garantia de solvência do devedor.

³⁶ Cfr. ensina, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, X*, pp. 184 e ss.

³⁷ Sobre a sugestão de alteração legislativa do regime do artigo 638.º do Código Civil, JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *O Regime Geral da Fiança e os 50 Anos do Código Civil. Esboço Para Novas Soluções Face aos Novos Tempos*, pp. 310 e ss.

³⁸ A subsidiariedade da fiança não tem, porém, um alcance automático, quando se verifica o incumprimento da obrigação principal. Assim sendo, o credor tem discricionariedade de escolha entre o devedor originário e o fiador para efectivação do seu crédito. Na circunstância de o credor escolher demandar primeiramente o fiador, este poderá, através de embargos de executado, invocar o benefício da excussão prévia, exigindo que se verifique a excussão, na sua totalidade, do património do devedor originário.

³⁹ Neste sentido, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, X*, pp. 444-445.

⁴⁰ DIETER MEDICUS, *Tratado de las Relaciones Obligatorias*, I, *op. Cit.*, pp. 614 e ss. e *Schuldrecht*, II, p. 333, ensinavam que o fiador pode negar a prestação, enquanto o credor não executar o património do devedor principal, salientando, porém, que tal exigência também traz algumas desvantagens para o fiador, uma vez que, nos termos do § 767/II BGB, responde pelos gastos desta execução.

nesse momento, que a sub-rogação nos direitos do credor⁴¹ tenha uma concretização efectiva na recuperação dos valores despendidos.

Parece-nos, todavia, que o risco inerente a esta garantia pessoal pode ser mitigado, quer no momento que antecede a constituição da fiança, quer no decorrer da relação jurídica fidejussória, devendo o garante, para o efeito, aquilatar, *ex ante*, com o maior rigor e detalhe possível, o risco que irá assumir e, *ex post*, acompanhar o modo de cumprimento do devedor da obrigação principal, no sentido de minorar o risco fidejussório.

Concretizando, o fiador, antes de se vincular à obrigação de fiança, e por referência à bitola de diligência do *bonus pater familias*⁴² aplicável na nossa ordem jurídica, deve avaliar a solvabilidade do devedor originário, verificando, de igual modo, todas as circunstâncias relevantes do caso concreto que lhe permitam expressar a sua declaração negocial e dar origem subsequente ao início da relação fidejussória entre as partes.

No decorrer da relação fidejussória, podem ocorrer riscos supervenientes, que apesar da aturada análise inicial de risco do fiador, se verificaram, os quais potenciam o cumprimento da obrigação fidejussória pelo garante.

Parece-nos que, em algumas situações limite, e sob pena de o cumprimento da obrigação afiançada, pelo fiador, violar os vectores base do sistema, que a aplicação do instituto da alteração das circunstâncias pode ser um caminho para se repor um equilíbrio possível na relação jurídica triangular encetada entre o credor, devedor e fiador⁴³.

O regime legal da fiança não contém, entre nós, nenhum preceito que afaste a possibilidade de aplicação do regime previsto no artigo 437.º do Código Civil, desde que os seus requisitos de aplicação se encontrem verificados. Contudo, atendendo às características genéticas desta garantia pessoal, mormente o seu fim de garantia e o risco

⁴¹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código Civil Comentado II – Das Obrigações em Geral*, p. 768, em comentário ao artigo 644.º, ensina que a sub-rogação e o direito de regresso são figuras distintas entre si, sendo certo que o actual Código Civil suprimiu as referências ao regresso a propósito da fiança. Com a sub-rogação, o fiador sub-ingressa na exacta posição do credor, na medida do seu pagamento.

⁴² Sobre a bitola de diligência do bom pai de família, veja-se CATARINA MONTEIRO PIRES, *Limites dos Esforços e Dispendios Exigíveis ao Devedor para Cumprir*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 76, Lisboa, 2016, pp. 110 e ss.

⁴³ JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, pp. 811 e ss., alerta para o facto de a doutrina e a jurisprudência alemãs, atendendo ao fim de garantia da fiança, afastam, maioritariamente, a possibilidade de o fiador recorrer ao instituto da alteração das circunstâncias para tornar a fiança ineficaz.

que lhe é inerente, a aplicação do regime da alteração das circunstâncias deve ser muito prudente⁴⁴.

O regime da alteração das circunstâncias e a sua eventual ligação com o direito de liberação do fiador irá ser objeto de tratamento autónomo no presente escrito⁴⁵.

A relação fidejussória tem, regra geral, um carácter dinâmico, duradouro e complexo, passando por várias fases ao longo da sua vigência.

Na doutrina germânica, BECKER-EBERHARD⁴⁶ autonomiza quatro fases da relação fidejussória a saber: 1) fase da constituição; 2) fase de segurança ou garantia; 3) fase de exercício; 4) fase da satisfação do crédito.

Esta fases foram desenvolvidas por este autor, tendo em conta a posição do credor na relação fidejussória⁴⁷.

Faremos, em seguida, uma breve análise de cada uma das fases da relação fidejussórias referidas no parágrafo antecedentes.

1) Fase da Constituição (*Errichtungsphase* ou *Entstehungsphase*). É nesta fase que se inicia a relação fidejussória, com a constituição da fiança pelo fiador.

2) Fase de Segurança ou de Garantia (*Sicherungsphase*). Nesta fase, a relação fidejussória encontra-se adormecida ou hibernada, relativamente ao fiador, uma vez que, tendencialmente, no momento imediatamente subsequente à fase de constituição, o devedor tende a cumprir.

Julgamos que na circunstância de o devedor originário cumprir integralmente a obrigação que contraiu junto do credor, as fases subsequentes supracitadas não têm aplicação.

⁴⁴ Cfr. salienta JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, p. 821.

⁴⁵ *Infra*, pp.157 e ss.

⁴⁶ Sobre as várias fases da relação fidejussória, na senda dos estudos de BECKER-EBERHARD, veja-se, com detalhe, JANUÁRIO COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, pp. 394 e ss. e *A Fiança no Quadro das Garantias Pessoais – Aspectos de Regime*, pp. 97 e ss.

⁴⁷ Cfr. ensina, JANUÁRIO COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, p. 398.

Neste caso, o risco fidejussório não se concretizou, não tendo o fiador sido demandado para cumprir, pelo que o credor apenas viu o seu direito de crédito reforçado, sem que tenha tido, porém, a necessidade de executar a garantia pessoal de que era titular.

3) Fase de Exercício (*Ausübungsphase*). Esta fase da relação fidejussória apenas se verificará se se assistir ao incumprimento da obrigação principal do devedor, com a subsequente execução da garantia, tarefa que se afigura simples, atendendo, geralmente, à natureza pecuniária da obrigação afiançada.

Verifica-se, de igual modo, uma dúplice responsabilidade.

Concretizando, o devedor originário é responsável pela dívida resultante do inadimplemento do contrato que celebrou com o credor. Por seu turno, o fiador é responsável por uma dívida própria, ou seja, a dívida da fiança ou a dívida fidejussória.

Nas situações em que foi convencionada a renúncia ao benefício da excussão prévia, o credor pode demandar, nas situações de incumprimento, quer o devedor, quer o fiador, não obstante o segundo poder deduzir embargos de executado.

4) Fase de Satisfação do Crédito (*Befriedigungsphase*). Nesta fase, extingue-se a fiança, uma vez que o fim de garantia foi verificado com o cumprimento, pelo fiador, da obrigação fidejussória a que, *ab initio*, se vinculou.

Cessam as relações entre o fiador e o credor, resultantes da satisfação do direito de crédito do segundo.

Conforme anteriormente indicado, BECKER-EBERHARD, desenvolveu as diferentes fases da relação fidejussória sob o prisma da posição credor, não tratando da posição subsequente do fiador, razão pela qual se afigura necessário completar o ciclo evolutivo da situação fidejussória, verificando o modo como o garante será ressarcido.

Deste modo, com o cumprimento da obrigação fidejussória, segue-se uma fase de ressarcibilidade e de liquidação⁴⁸, sob pena de a relação fidejussória, enquanto relação jurídica de carácter complexo, permanecer suspensa, sem a efectivação dos direitos de ressarcibilidade do fiador, por um lado, e sem a liquidação da relação fidejussória, por outro.

Esta fase tem, deste modo, um duplo objectivo.

Em primeiro lugar, é nesta fase que o fiador procurará ser ressarcido pelo cumprimento da obrigação fidejussória, através do exercício da sub-rogação nos direitos do credor⁴⁹.

Em segundo lugar, verificar-se-á a extinção da relação fidejussória, subsistindo, apenas, os deveres acessórios de conduta pós-eficazes⁵⁰, resultantes, na nossa ordem jurídica, do artigo 762.º, número 2, do Código Civil⁵¹.

A verificação desta fase, aplicada ao caso concreto, está sujeita à existência de património na esfera jurídica do devedor originário, que permita que a sub-rogação do fiador possa ser potenciada e concretizada.

A sub-rogação do fiador na posição credor é um dos principais remédios⁵² de que o fiador dispõe para reintegrar, na sua esfera jurídica patrimonial, os valores despendidos para cumprimento da dívida fidejussória⁵³.

⁴⁸ Cfr. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *A Fiança no Quadro das Garantias Pessoais – Aspectos de Regime*, p. 99, autonomiza esta fase da relação fidejussória, referindo que, após a satisfação do credor, segue-se a fase da liquidação da operação de garantia.

⁴⁹ Uma vez mais, sobre a sub-rogação, com detalhe, veja-se. ADRIANO VAZ SERRA, *Sub-Rogação nos Direitos do Credor*, Separata n.º 37 do Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, 1953, em especial, pp. 7 e ss.

⁵⁰ Com a extinção da fiança, credor, devedor e fiador estão sujeitas a deveres acessórios de lealdade, informação e segurança pós-eficazes, resultantes. Sobre esta matéria, com grande pormenor, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, 6.ª reimp., Coimbra, 2015, pp. 586 e ss. e *Da Pós-Eficácia das Obrigações*, in *Direito e Justiça* (1981-1986), II, Coimbra, 1991, pp. 109 e ss., defendendo, essencialmente, os vectores que concretizam a boa fé, em sede de pós-eficácia das obrigações são a confiança e a materialidade das situações em jogo. A confiança exige a tutela das expectativas provocadas pela celebração do vínculo obrigacional e o seu cumprimento. A materialidade exige que o cumprimento das obrigações não seja apenas de índole formal, não podendo o escopo contratual ser frutado, com o pretexto de que a prestação principal se extinguiu.

⁵¹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código Civil Comentado II – Das Obrigações em Geral*, p. 945, ensina que CARLOS MOTA PINTO, na sua tese de doutoramento, dispondo do regime previsto no artigo 762.º, número 2, do Código Civil, estabeleceu uma conexão entre a *culpa in contrahendo* e a pós-eficácia (*culpa post pactum finitum*).

⁵² Em Itália, o *Codice* prevê uma tutela dúplice do fiador em caso de cumprimento, prevendo o seu direito de regresso e a possibilidade de sub-rogação do garante na posição do credor, de acordo com o disposto nos artigos 1949.º e 1950.º. A civilística italiana tende a defender a natureza alternativa da aludida tutela do fiador. ANTONIO SCIALOJA/MICHELE FRAGALI, *Commentario Del Codice Civile – Delle Obligazioni*,

§ 2.º EVOLUÇÃO HISTÓRICA-COMPARATÍSTICA

4. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Existem institutos jurídicos em que é controvertido na doutrina a sua origem histórica⁵⁴.

No que concerne à figura ora em estudo, parece existir entendimento unânime no que diz respeito à sua origem no *Ius Romanum*⁵⁵, encontrando-se a sua consagração, em termos amplamente detalhados, no *Corpus Iuris Civilis*, sob a pena do Imperador Justiniano⁵⁶. Contudo, é possível verificar-se uma origem ainda mais remota e que faz

pp. 350 e ss., sufragam, contudo, que a sub-rogação do fiador absorve o seu direito de regresso. Entre nós, o direito de regresso aplica-se em sede de fiança, por exemplo, nas fianças plurais, nas quais um dos fiadores extingue a obrigação fidejussória ante o credor, dispondo, assim, de direito de regresso perante os outros co-fiadores.

Entre nós, conforme acima aflorado, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código Civil Comentado II – Das Obrigações em Geral*, p. 768, não se deve confundir direito de regresso com sub-rogação. No direito de regresso, tipicamente previsto no artigo 524.º, no âmbito da solidariedade passiva, o devedor solidário, que pague pelos outros devedores, para além da sua quota, tem um direito próprio do *solvens*. Na sub-rogação, é um meio de transmissão de obrigações que opera a favor do terceiro que satisfaça uma obrigação que, à partida, não é sua, sendo esta a situação que opera quando o fiador cumpre a obrigação principal, nos termos do disposto no artigo 644.º do Código Civil.

⁵³ JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *A Fiança no Quadro das Garantias Pessoais – Aspectos de Regime*, p. 99, chama a esta fase de liquidação da operação de garantia, semelhante à que se processa na solidariedade passiva, após a satisfação do credor comum.

⁵⁴ É o que se verifica, por exemplo, com o instituto jurídico do abuso de direito. Para mais desenvolvimentos sobre a origem romana ou sob a égide do liberalismo oitocentista ver FERNANDO CUNHA DE SÁ, *Abuso do Direito*, cit., pp. 48 e ss.

⁵⁵ JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida – Sobre o Sentido e o Âmbito da Vinculação Como Fiador*, 1.ª ed., Coimbra, 2000, p. 835, nota de rodapé 370, o Direito romano previa um mecanismo de liberação do fiador, permitindo assim que este se desvinculasse da fiança mesmo antes de ter pago citando, para o efeito, FREZZA. Mais refere que esta solução se manteve no comum, estando consagrado em algumas compilações legais antes da entrada em vigor do Código Napoleão, citando os §§ 356 a 362, do ALR. Conforme *infra* verificaremos, o Código Civil Prussiano consagrou o direito de liberação do fiador, no seu § 357.

⁵⁶ Sobre as origens do direito de liberação do fiador no direito romano e a sua consagração também no *Corpus Iuris Civilis*, ver por todos, MOACIR AMARAL SANTOS, *Da Fiança e de Alguns dos Benefícios do*

remontar o direito de liberação do fiador ao Império Romano do Ocidente⁵⁷, sob a égide dos imperadores Diocleciano e Maximiano, respetivamente, no século III d.C.⁵⁸.

No Direito romano⁵⁹ era permitido ao fiador lançar mão de uma *actione* contra o devedor para se libertar da fiança, em quatro casos concretos⁶⁰:

- i. Quando o fiador tivesse já sido condenado a pagar a dívida;
- ii. Quando o devedor começasse a dissipar o seu património;
- iii. Quando vencido o prazo em que o devedor se obrigou a desonerar o fiador, não o tivesse feito e
- iv. Quando o devedor protelasse demasiada e indubitavelmente o cumprimento da obrigação.

Os três primeiros casos que possibilitavam a liberação do fiador foram tratados pelos imperadores Diocleciano e Maximiano, sob a égide do período da historiografia romana designado por *Dominado*, que sob a constituição imperial comum C.4,35,10 determinava: “*Si pro ea contra quam supplicas fideiussor, seu mandator intercessisti, et neque condemnatus es, neque bona sua eam dilapidare postea coepisse comprobare possis, ut tibi iustum metuendi causam praebeat; neque ab initio ita te obllihgationem*

Fiador, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade De São Paulo*, N.º 49, São Paulo, 1954, pp. 325 e ss.. Este refere que no Direito romano, regra geral, o fiador teria direito de regresso perante o devedor, caso pagasse. Indica, porém, que não seria razoável nem de acordo com o princípio da equidade, que o fiador fosse forçado a pagar para depois reagir contra o devedor quando se revelasse evidente e que, caso assim actuasse, o seu sacrifício seria fatal, podendo o fiador, antes de pagar a dívida, reagir a fim de evitar um prejuízo certo.

⁵⁷ Ensinam BAUDRY-LACANTINERIE/ALBERT WAHL, *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*, Troisième Édition, Paris, 1924, p. 577, a propósito do ponto 2.º do artigo 2032.º da versão originária do *Code*, que o direito à liberação era previsto no Direito Romano.

⁵⁸ BERTRAND LANÇON, *O Estado Romano – Catorze Séculos de Modelos Políticos*, 1.ª ed., Sintra, 2003, pp. 80 e ss. refere que sob o consolado de Diocleciano, o controlo e o peso do estado se agudizaram, com o surgimento de uma verdadeira teocracia imperial. No ano de 285, apenas um ano após ter alcançado o poder, o Imperador Diocleciano agregou um César na pessoa de Maximiano, concedendo-lhe, em 286, o título de Augusto, confiando-lhe a parte oriental do império. Salienta que esta diarquia apenas tinha um precedente, o de Marco Aurélio, que partilhara o augustado com Lúcio Vero e depois com Cómodo.

⁵⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, X, 1.ª ed. Coimbra, 2015, p. 494, ensina que a prerrogativa de acção do fiador contra o devedor, antes de ter pago ao credor, é uma especialidade presente no Direito romano e desenvolvida no Direito Comum e na pré-codificação, tendo sido consagrada na versão originária do Código Napoleão.

⁶⁰ Cfr. MOACIR AMARAL SANTOS, *Da Fiança e de Alguns dos Benefícios do Fiador*, ob. Cit., p. 326, nota de rodapé 76 refere que a origem histórica da figura é tratada por DERNBURG, POTHIER, TROPLONG e WINDSCHEID.

suscepisse, ut eam possis et ante solutionem convenire, nulla iuris ratione, antequam satis creditori pro ea feceris, eam ad solutionem urgeri certum est”.

Por referência às quatro situações possíveis em que o fiador se poderia libertar da fiança durante o período romano, e atendendo ao objeto em estudo, conclui-se que apenas a segunda causa de exoneração do fiador tem ligação directa, ainda que remota, ao nosso estudo.

Fazendo uma sumária descrição das quatro situações *supra* descritas, cabe dizer que, no primeiro caso de liberação, era condição *sine qua none* que o fiador já tivesse sido condenado ao pagamento perante o credor, não bastando que este tivesse reclamado tal pagamento⁶¹.

Atendendo ao segundo caso, o que mais nos interessa, o mesmo verificava-se sempre que o devedor delapidasse o seu património, ficando desprovido de activos para cumprir com as obrigações a que estava adstrito – *cum certa bona sua dissipavit*⁶², ou seja, aquilo que na ordem jurídica contemporânea integraria, *mutatis mutandis*, uma situação de insolvência.

Na prática romana, não se exigia, para a sua aplicação, a “insolvência” do devedor, bastando a dissipação efetiva do seu acervo patrimonial – *neque poste abona sua dilapidari comprobare possis*⁶³

Tratando agora do terceiro caso, cabe dizer que o mesmo não se aplicava a todas as fianças, uma vez que exigia, aquando da constituição da fiança, que fosse convencionado entre o devedor e o fiador que o primeiro desoneraria o segundo em certo prazo de tempo.

Destarte, caso o prazo se vencesse, o fiador teria direito à sua liberação⁶⁴.

Por fim, e tratando a quarta situação, a mesma verificava-se quando, embora não houvesse prazo de vencimento da obrigação principal, o devedor, por largo período de tempo e de forma inadimplente, nada fazia para a solver junto do credor – *si diu in solutione réus cessabit*⁶⁵.

⁶¹ Vide, C., 4, 35, 10.

⁶² Cfr. D., 17, 1, 38.

⁶³ C., 4,35,10.

⁶⁴ Vide, C., 4, 35, 10.

⁶⁵ Vide, D.,17, 1, 38.

A doutrina de então designava o direito do fiador ase liberar da fiança, mesmo antes do pagamento por parte deste, como *beneficium liberationis*.

Todavia, tanto quanto nos é possível aferir das fontes romanas analisadas, o direito de liberação funcionava apenas na relação interna entre o fiador e o devedor, não sendo oponível ao credor, que não ficava, assim, com a sua posição jurídica afetada com tal posição jurídica activa do garante.

No Império Romano do Oriente, sob o comando do Imperador Justiniano, o direito de liberação inferia-se, numa primeira análise, numa das Constituições Imperiais⁶⁶ de Justiniano, em concreto, C.,2, 41,5: “*Melius est intacta iura servari, quam post causam vulneratam, remedium quaerere*”, isto é, em tradução livre, “*é melhor conservar intactos os direitos que procurar remédios quando sacrificados*”.

Em face de tal circunstância, defendia-se que era conforme ao direito que o fiador, antes de pagar a dívida perante o credor, pudesse agir, evitando um prejuízo que seria certo.

O Imperador Justiniano teve um papel muito importante no que à fiança diz respeito, deixando o seu cunho indelével não só na matéria aqui em estudo e atinente ao direito à liberação do fiador, como em outras áreas de extrema relevância desta garantia pessoal das obrigações⁶⁷.

⁶⁶ As constituições imperiais eram uma das fontes do Direito Romano, surgindo apenas sob a égide do período romano, nomeado como principado e definido pela historiografia como tendo principiado em 27. a.C. Conforme refere EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *Curso de Direito Romano*, Volume I, 1.^a ed., Cascais, 2009, pp. 417 e ss., as constituições imperiais correspondiam a *leges* em que se manifestava directamente a vontade unilateral do imperador. Refere ainda este romanista que as constituições imperiais tornaram-se a única do *Ius Romanum* (*ius novum*) porque, no plano político, foi possível vencer as resistências das demais fontes de direito existente num processo de burocratização e funcionalização e com a aceitação da comunidade, jurisprudentes, na qual o *princeps* concentra nas suas mãos a totalidade dos poderes públicos. As constituições imperiais foram ganhando maior importância ao longo dos séculos, uma vez que no século I apenas consistiam na determinação jurídica do imperador, não se tratando de uma fonte de direito propriamente dita. No século II, as constituições imperiais passaram a ser acatadas como fonte mediata de direito, com valor equiparado às leis, sendo só a partir do século III que estas passaram a ter força de lei e a ser fonte imediata de direito.

⁶⁷ De acordo com MOACIR AMARAL SANTOS, *Da Fiança e de Alguns dos Benefícios do Fiador*, ob. Cit., pp. 319 e ss., o Imperador Justiniano, considerando que o fiador apenas se obrigava subsidiariamente perante o credor da obrigação e que, por tal circunstância, deveria ser o devedor principal que, em primeiro lugar, deveria responder e ser demandado para cumprir com o contrato. Refere ainda que este imperador transformou, na espécie, o direito vigente, proferindo uma constituição imperial pela qual se exigia que os credores demandassem primeiramente o devedor principal: “*ut creditoris primo loco conveniant principalem*”. Ensina ainda este autor que Justiniano, ao promulgar esta constituição imperial apenas estava a repor uma lei antiga, caída em desuso por motivos ignorados, consagrando, em termos definitivos, o *beneficium excussionis*, que ainda vigora no regime jurídico da fiança na maioria dos países de Direito continental.

Voltando agora ao segundo caso de exoneração do fiador, o qual, quanto a nós, constitui o embrião do actual direito de liberação do fiador em estudo, merece destaque o D.17, 1, 28, do *Corpus Iuris Civilis*⁶⁸, inserido no Livro XVII, Título I.

Ora, tal preceito previa várias situações em que o fiador podia ser liberado da fiança, em momento anterior ao efectivo cumprimento da obrigação fidejussória a que se encontrava vinculado, por incumprimento do devedor perante o credor, sendo que interessa destacar, em concreto, o seguinte trecho: *dissipou quase de certeza os seus bens, tanto mais quando o fiador não tenha em casa o valor com que pagar ao credor e demandado logo o devedor com a acção de mandato*.

O direito de liberação do fiador manteve-se também no direito comum, mas não em todas as latitudes, conforme em seguida tentaremos demonstrar⁶⁹.

Mesmo antes da consagração do direito de liberação no *code* de 1804, que teve um impulso assinalável na difusão da figura em diversas ordens jurídicas, já o mesmo era previsto em codificações de matriz jusracionalista.

Com efeito, e como expoente máximo de tal circunstância, o ALR prussiano de 1794⁷⁰ previa tal figura, estando a mesma sistematicamente inserida em tal complexo normativo nos §§ 356 a 362 *Pflicht des Schuldners den Bürgen von der Bürgschaft zu befreien*.

Compulsando os parágrafos supracitados, concluímos que era o § 357 que previa a figura em estudo, o qual dispunha:

⁶⁸ Ver por todos, *El Digesto de Justiniano, Tomo I*, Pamploma, 1968, pp. 633 e ss.

⁶⁹ Mais uma vez, cita-se JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida – Sobre o Sentido e o Âmbito da Vinculação Como Fiador*, 1.ª ed., Coimbra, 2000, p. 835, nota de rodapé 370, que refere que o direito interno à liberação do fiador se manteve no direito comum.

⁷⁰ Cfr. FRANZ WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*, 4.ª ed., Lisboa, 2010 (tradução de ANTÓNIO MANUEL HESPANHA do original *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2.ª ed., 1967), pp. 365 e ss., o Código Civil Prussiano, a par do Código Civil Austríaco e dos códigos civis napoleónicos, são códigos civis de matriz jusracionalistas, de expressão iluminista, referindo que tais codificações se distinguem de todas as anteriores compilações de legislação levadas a cabo, uma vez que não tiveram como desiderato fixar, ordenar ou melhorar o direito já existente. Pelo contrário, o objetivo da sua consagração foi erigir uma planificação global da sociedade de então através da reordenação sistemática e inovadora da matéria jurídica. O ALR teve como autor material o jurista prussiano CARL GOTTLIEB SVAREZ. Uma das críticas ao ALR prende-se com a sua casuística tuteladora, tendo sido ultrapassado pelos códigos austríacos e, sobretudo, o *Code*, pela maior clareza lógica e abstracção destes dois últimos.

Auch vor Ablauf der Zahlungsfrist ist der Bürge berechtigt, auf Befreyung von der Bürgschaft, oder auf Sicherheitsbestellung anzutragen: wenn der Schuldner zu verschwenden anfängt, oder sonst in Verfall seines Vermögens geräth.

Feita esta excursão histórica, cabe concluir dizendo que o direito de liberação do fiador acabaria por ser consagrado nos principais códigos civis de direito continental, quer de matriz napoleónica, quer de matriz germânica, permanecendo, ainda hoje como direito vigente em tais ordens jurídicas.

5. DIREITO COMPARADO

5.1. ENQUADRAMENTO

Na análise de Direito comparado, analisaremos *infra* o direito de liberação conforme previsto no Direito francês, no Direito alemão, no Direito italiano e no Direito espanhol.

No que concerne às três primeiras ordens jurídicas referenciadas, a nossa escolha recaiu sobre as mesmas pela circunstância de o *Code* ter sido a fonte de inspiração do Código de Seabra de 1867, tendo o BGB e *Codice* inspirado, sobejamente, o Código Civil de 1966, designadamente o seu Livro II.

É também importante não esquecer a circunstância de os cultores da civilística transalpina e de além-Reno⁷¹ influenciarem, há muitos decénios, a doutrina portuguesa e a jurisprudência dos tribunais superiores nacionais.

⁷¹ Sobre a importância de GUILHERME MOREIRA na doutrina civilística portuguesa e a recepção da Pandectística no Direito nacional, ver por todos ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Teoria Geral do Direito Civil – Relatório*, Separata da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, 1988, pp. 131 e ss.; *Da Modernização no Direito Civil*, Coimbra, 2004, pp. 37 e ss.; *Tratado de Direito Civil, VIII*, 1.ª ed., Coimbra, 2010, pp. 361 e ss.; *Da Boa Fé no Direito Civil*, 6.ª reimp. Coimbra, 2015, pp. 24 e ss.; *Código Civil Comentado I – Parte Geral*, 1.ª ed., Coimbra, 2020, p. 35.

5.2. O DIREITO DE LIBERAÇÃO DO FIADOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO FRANCÊS

O *Code* de 1804⁷² consagrava, no seu primitivo artigo 2032.^{o73}, que o fiador, mesmo antes de pagar, podia agir contra o devedor, para ser por ele indemnizado, em cinco situações concretas, que aqui transcrevemos:

- 1) *Lorsqu'elle est poursuivie en justice pour le paiement;*
- 2) *Lorsque le débiteur a fait faillite, ou est en déconfiture;*
- 3) *Lorsque le débiteur s'est obligé de lui rapporter sa décharge dans un certain temps;*
- 4) *Lorsque la dette est devenue exigible par l'échéance du terme sous lequel elle avait été contractée;*
- 5) *Au bout de dix années, lorsque l'obligation principale n'a point de terme fixe d'échéance, à moins que l'obligation principale, telle qu'une tutelle, ne soit pas de nature à pouvoir être éteinte avant un temps déterminé.*

Atendendo ao objeto ora estudo, apenas interessa a segunda situação possibilitadora de aplicação da figura, isto é, *Lorsque le débiteur a fait faillite, ou est en déconfiture*⁷⁴.

⁷² ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Ciência do Direito e Metodologia Jurídica nos Finais do Século XX*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 48, Vol. III, Lisboa, 1988, p. 698, nota de rodapé 1, frisa que o Código Napoleão de 1804 tem os seus alicerces nos árduos trabalhos levados a cabo nos séculos antecedentes, por DOMAT, no século XVII, e por POTHIER, no século XVIII, sendo o corolário de uma poderosa tradição principiada pelo Humanismo e aperfeiçoada pelo influxo jusracionalista, tratando-se da primeira codificação.

⁷³ Sobre o direito de liberação do fiador, com profundidade de análise diversa, ver por todos: MM. LAHAYE, *Le Code Civil Annoté*, Paris, 1840, pp. 852 e ss.; POTHIER, *Tratado das Obrigações Pessoaes e Recíprocas nos Factos, Contractos, Convenções, &c.*, Lisboa, 1849 (tradução de Córrea Telles), pp. 383 e ss.; FÉLIX SAINT-PRIX, *Notes Élémentaires Sur Le Code Civil*, Tome Troisième, Paris, 1848, p. 327; ÉMILE ACOLLAS, *Manuel de Droit Civil*, Tome Troisième, Paris, 1871, pp. 571 e ss.; ED. FUZIER-HERMAN, *Codes Annotés Civil*, Tome Quatrième, Paris, 1898, pp. 733 e ss.; G. BAUDRY-LACANTINERIE/ALBERT WAHL, *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*, Troisième Édition, Paris, 1924, pp. 577 e ss.

Mais recentemente, ANDRÉ LUCAS, *Code Civil*, Paris, 2000, pp. 1028 e ss. refere que o artigo 2032.^o, do *Code* consagra uma espécie de “recurso antecipado”, aplicável nas relações internas entre o fiador e o devedor principal.

⁷⁴ ADRIANO VAZ SERRA, *Fiança e Figuras Análogas*, Boletim do Ministério da Justiça n.º 71, Lisboa, 1957, p. 197, no estudo comparatístico por si levado a cabo sobre a fiança, refere que o código francês admite o direito de liberação quando o devedor cai em falência ou está em *déconfiture*.

Destaque-se que a matéria da liberação do fiador não surgiu, *ex novo*, no *Code de 1804*, fazendo parte da tradição francesa anterior.

Com efeito, e como referia POTHIER⁷⁵, em momento anterior à entrada em vigor do *Code*, a L.10, Cod. Mandat reconhecia três casos em que o fiador podia, antes de pagar a sua dívida perante o credor, intentar acção contra o devedor a quem afiançou, para este o indemnizar, na esteira da solução já consagrada no Direito Romano.

Dizia este autor que a primeira situação se verificava quando o fiador era condenado a pagar, *si neque condemnatus est*, ou seja, no caso em que era demandado pelo credor para o cumprimento da obrigação fidejussória, tendo o devedor a obrigação de o exonerar da fiança.

A segunda situação verificava-se quando o devedor principal começasse a decair de bens, *neque postea bona sua dilapidare comprobare possis*, mesmo antes de o fiador ser demandado pelo credor, pelo incumprimento do devedor principal, sendo certo que este segundo que acabaria por ficar consagrado no número 2, do artigo 2032.º, do *Code*.

A terceira e última situação em que a liberação poderia operar era aquela em que o devedor se obrigou perante o fiador a exonerá-lo, tendo fixado para o efeito um prazo concreto.

Vencido esse prazo sem que a obrigação tivesse sido cumprida, o fiador poderia demandar directamente o devedor, apesar de o primeiro ainda nada ter pago ao credor, para que este lhe prestasse quitação ou lhe entregasse a quantia certa para pagar ao credor.

Mais à frente, POTHIER⁷⁶ referia que a L. 33, § 1, *Mandat* previa um quarto caso, *si diu res solutione cessavit*.

Deste modo, nesta quarta situação, mesmo que não tivesse sido convencionado cláusula expressa que obrigasse o devedor à desoneração do fiador em determinado

⁷⁵ Cfr. POTHIER, *Tratado das Obrigações Pessoaes e Recíprocas nos Factos, Contractos, Convenções*, ob. Cit., p. 383.

⁷⁶ Ver por todos, POTHIER, *Tratado das Obrigações Pessoaes e Recíprocas nos Factos, Contractos, Convenções*, ob. Cit., p. 384.

tempo, este poderia exigir a liberação, desde que a obrigação fidejussória durasse há tempo considerável⁷⁷.

Após a reforma francesa das garantias levada a cabo em 2006, o direito de liberação do fiador passou a estar previsto no artigo 2309.º do *Code*, nos mesmos moldes previstos no primitivo artigo 2032.º.

Na esteira da tradição romana, o artigo 2309.º do *Code* parece consagrar uma tutela meramente indemnizatória/compensatória.

Levando a cabo uma mera interpretação literal, parece que o preceito não permitia a extinção da obrigação fidejussória, uma vez que não prevê a desoneração efectiva do fiador.

Todavia, cabe desde já dizer que o artigo 2309.º, do *Code* consagra um verdadeiro direito de liberação do fiador ante o credor, na esteira do que defende a melhor doutrina francesa⁷⁸.

A doutrina gaulesa tende também a defender que a norma resultante da interpretação do actual artigo 2309.º tem natureza preventiva⁷⁹, tendo como *ratio legis* a tutela do fiador ante a futura e iminente insolvência do devedor principal, entendendo que se deve fazer uma interpretação restritiva de tal articulado, inerente à sua natureza excepcional, uma vez que o fiador ainda não foi demandado para o cumprimento da obrigação fidejussória⁸⁰, apenas podendo, igualmente, haver liberação nos casos expressamente previstos em tal preceito legal.

BAUDRY-LACANTINERIE⁸¹ defendia que a faculdade prevista no artigo 2032.º, do *Code* era um meio de tutela extraordinária, admitindo-se a sua aplicação das situações em se verificasse o perigo de insolvência do devedor principal, não se afigurando como

⁷⁷ A letra da lei não designava o que era tempo considerável. POTHIER, referia que BARTOLO, citando a Magna Glosa de Acúrsio, que tal período seria de dois ou três anos. Outros juristas consideravam tempo considerável o período de dez anos desde o momento da constituição da fiança. POTHIER dizia que não se podia definir um período de tempo concreto de carácter geral, tudo dependendo, assim, das circunstâncias do caso concreto

⁷⁸ Com tal entendimento, veja-se LAURENT AYNÈS, *Principes de Droit civil Français*, Tomo XXVIII, Paris, 1899, p. 258.

⁷⁹ Ainda sob a égide do artigo 2032.º do *Code*, BAUDRY-LACANTINERIE/ALBERT WAHL, *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*, Troisième Édition, Paris, 1924, p. 577, defendiam que este regime se tratava de um recurso antecipado, o qual exigia, porém, a falência do devedor.

⁸⁰ Neste sentido, PHILIPPE SIMLER, *Cautionnement, Garanties Autonomes, Garanties Indemnitaires*, 4.ª ed., Paris, 2008, p. 468.

⁸¹ BAUDRY-LACANTINERIE/ALBERT WAHL, *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*, Troisième Édition, Paris, 1924, p. 593.

sendo necessário para a aplicação deste regime a sua efetiva insolvência. Salientava este autor que, no antigo direito francês anterior à codificação e mesmo no antigo Direito romano, o fiador podia obter a sua liberação sempre que o devedor, de forma culposa, dissipasse os seus bens.

Contra tal entendimento, LOUIS GILLOUARD⁸² defendia que, atendendo à natureza excepcional do artigo 2032.º, do *Code*, esta só poderia ter aplicação concreta no tráfico se o fiador estivesse, efetivamente, num estado de insolvência, uma vez que apenas se se verificasse tal circunstância a *ratio* da tutela do fiador poderia operar.

A posição deste segundo autor, salvo melhor entendimento, não será de sufragar, uma vez que, atendendo às dificuldades de aplicação concreta que o direito de liberação do fiador tem, em termos práticos, no tráfico, exigir a quebra definitiva do devedor seria retirar da norma resultante da interpretação do actual artigo 2309.º do código civil francês qualquer efeito útil e aplicabilidade.

Alguma doutrina francesa defende, atendendo à qualificação que faziam do antigo artigo 2032.º do *Code*, enquanto recurso antecipado do fiador, que este, caso o credor agisse directamente contra o devedor, não mais poderia recorrer a este mecanismo legal de tutela⁸³, uma vez que a *ratio legis* deste preceito legal é precaver o garante contra a eventualidade de ter de pagar ao credor. Quando o credor age contra o devedor, em virtude do seu incumprimento, essa eventualidade desaparece.

Discute-se, também, na civilística francesa, se a tutela do fiador em análise tem natureza preventiva ou indemnizatória⁸⁴, não havendo uma posição unânime sobre este tema.

É também controvertido na doutrina francesa se o direito de liberação do fiador deverá operar no caso de a garantia pessoal ter sido constituída contra a vontade do devedor principal ou sem o seu conhecimento prévio. A doutrina gaulesa maioritária inclina-se no sentido de que não é possível o exercício de liberação do fiador caso o

⁸² LOUIS GILLOUARD, *Traité du Cautionnement et des Transactions - Livre III, titres XIV et XV du Code Civil, (Articles 2011 à 2058)*, deuxième édition, Paris, 1895, p. 356.

⁸³ É este o entendimento de BAUDRY-LACANTINERIE/ALBERT WAHL, *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*, p. 579.

⁸⁴ BAUDRY-LACANTINERIE/ALBERT WAHL, *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*, pp. 580 e ss., realçam que, geralmente, o mecanismo previsto pelo artigo 2032.º do *Code* é descrito como uma acção de indemnização, a qual, para estes autores, parece ser uma conclusão imprecisa, uma vez que este mecanismo tem como desiderato proteger o fiador contra eventualidades posteriores, não sendo uma indemnização que suponha a reparação de um dano.

devedor principal não tenha dado o seu assentimento ou se tenha pronunciado contra a sua constituição⁸⁵. O artigo 2309.º do *Code* tem uma grande relevância no tema em estudo, uma vez que, atendendo à influência que tal codificação teve em vários países⁸⁶, em mais do que um continente, fez com que o direito de liberação se difundisse por variadas latitudes em que o modelo da codificação napoleónica imperou⁸⁷.

A título meramente ilustrativo, podemos citar, no âmbito de exemplos integrados no modelo napoleónico da codificação, o caso do artigo 1843.º, do Código Civil espanhol de 1889⁸⁸, do artigo 2394.º do Código Civil colombiano de 1887⁸⁹, do artigo 2042.º do Código Civil hondurenho de 1906⁹⁰ e do artigo 2836.º do Código Civil mexicano de 1928⁹¹.

Conforme anteriormente referido, o direito de liberação do fiador, consagrado durante mais de duzentos anos no artigo 2032.º do *Code*, é agora, depois da

⁸⁵ Com tal entendimento, PHILIPPE SIMLER, *Cautionnement Garanties Autonomes, Garanties Indemnitaires*, ob. Cit., p. 412.

⁸⁶ A influência foi particularmente patente nos países latino-americanos. Sobre este tema, veja-se, com alguma profundidade, ALEJANDRO GUZMÁN ERITO, *A Influencia del Código Civil Francés en las Codificaciones Americanas*, Santiago do Chile, 2004, pp. 27 e ss., o qual refere que a influência do Código Napoleão se caracterizou, num primeiro período, compreendido entre 1808 e 1845, por uma imitação desse código civil, dando como exemplo os casos do Haiti (1825); Bolívia I (1830); Peru (1836); Costa Rica (1842); República Dominicana (1845) e Bolívia II (1845).

⁸⁷ Para uma análise detalhada do sistema napoleónico, ver FRANZ WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*, 4.ª ed., Lisboa, 2010 (tradução de António Manuel Hespanha do original *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2.ª ed., 1967), pp. 391 e ss. que refere que o *Code* apresentava uma estrutura rigorosa e transparente através de uma linguagem clara. Refere ainda este autor que, apesar de não romper com a tradição jurídica antecedente, este monumento jurídico tem um forte cunho anti-tradicionalista, servindo de exemplo de inspiração a nações que se começaram a moldar de acordo com os novos ideais revolucionários franceses e que viam em tal complexo normativo uma forma de luta contra opressões internas ou externas. Mais ensina que tal perfil vigoroso fez com que o *Code* se tornasse no diploma com mais êxitos no decorrer do século XIX. Com efeito, o impacto de tal texto legislativo sentiu-se, mormente, nos países latinos, tocados pela conquista napoleónica à cabeça Espanha e dos estados latino-americanos.

⁸⁸ Dispõe o artigo 1843.º do Código Civil espanhol que: “[...] El fiador, aun antes de haber pagado, puede proceder contra el deudor principal [...]». Neste complexo normativo, interessa destacar o número 2 de tal artigo: “[...] En caso de quiebra, concurso o insolvencia [...]”.

⁸⁹ O artigo 2394.º do Código Civil colombiano, cuja epígrafe é *Derechos del fiador*, determina que “[...] El fiador tendrá derecho para que el deudor principal le obtenga el relevo, o le caucione las resultas de la fianza, o consigne medios de pago en los casos siguientes: [...]». Atente-se, nesta codificação ao disposto no seu número 1: “[...] Cuando el deudor principal disipa o aventura temerariamente sus bienes [...]”. Da norma resultante da interpretação deste artigo resulta claro que o legislador colombiano se preocupou com o elemento volitivo da acção, no que se concerne ao resultado de falta de bens na esfera jurídica do devedor originário para a efectivação dos direitos do fiador, não se encontrando paralelo nas demais codificações analisadas.

⁹⁰ O Código Civil das Honduras, no seu artigo 2042.º, dispõe que “[...] El fiador, aun antes de haber pagado, puede proceder contra el deudor principal: [...]» , no seu número 2 “[...] En caso de quiebra, concurso o insolvencia [...]”.

⁹¹ Terminando o elenco das codificações de matriz napoleónica, o artigo 2836.º do Código Civil do México determina que: “[...] El fiador puede, aun antes de haber pagado, exigir que el deudor asegure el pago o lo releve de la fianza: II. Si el deudor sufre menoscabo en sus bienes, de modo que se halle en riesgo de quedar insolvente [...]”.

Ordonnance n.º2006-346 du 23 mars 2006 - art. 5 JORF 24 mars 2006, previsto no artigo 2309.º do *Code*, não tendo este preceito sido alterado, por referência à versão originária deste código civil.

Parece-nos, assim, que o legislador francês considerou que a solução consagrada em tal preceito legal, apesar da sua vetustez, se deveria manter em termos integrais, parecendo-nos que se perdeu uma oportunidade para dar outro fulgor ao preceito, não lhe tendo sido dado um cunho mais analítico e dotado de maior plasticidade de aplicação no tráfego.

O direito de liberação do fiador em terras francesas tem sido uma figura em discussão no tráfego, tendo a jurisprudência dos tribunais superiores franceses analisado e aplicado o regime do antigo artigo 2032.º, actual artigo 2309.º, do *Code*, em vários dos acórdãos que têm sido proferidos⁹².

5.3. O DIREITO DE LIBERAÇÃO DO FIADOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO ALEMÃO

Na Alemanha, a fiança está prevista no BGB⁹³, do § 765 ao parágrafo § 778, estando inserida, sistematicamente, no Livro II – *Recht der Schuldverhältnisse*, no Título 20, *Bürgschaft*.

⁹² A título meramente exemplificativo compulse-se o Acórdão da Cour de Cassation, Chambre Civile 1, de 03 de Janeiro de 1996, relativo ao processo 93-17348; Acórdão da Cour de Cassation, Chambre Commerciale, de 12 de Outubro de 1999, relativo ao processo 96-19663, que aqui se cita: [...] *Attendu que le CEPME reproche à l'arrêt d'avoir ainsi statué, alors, selon le pourvoi, d'une part, qu'aux termes de l'article 2032-2 du Code civil, la caution, même avant d'avoir payé, peut agir contre le débiteur pour être par lui indemnisée lorsque le débiteur a fait faillite ou est en déconfiture ; qu'il en résulte que la caution dispose, avant paiement, d'un droit propre personnel, distinct de celui appartenant au créancier, contre le débiteur principal ; que ce droit l'autorise à déclarer sa créance sans que puisse lui être utilement opposée l'absence de déclaration par le créancier [...]*.

Acórdão da Cour de Cassation, Chambre Commerciale, de 20 de Abril de 2017, relativo ao processo 93-17348, que aqui transcrevemos: [...] *Si aux termes de l'article 2309 du code civil la caution même avant d'avoir payé, peut agir contre le débiteur, pour être par lui indemnisée notamment lorsqu'elle est poursuivie en justice pour le paiement ou lorsque le débiteur a fait faillite, ou est en déconfiture [...]*.

Acórdão da Cour de Cassation, Chambre Commerciale, de 30 de Janeiro de 2019, relativo ao processo 17-22745, que também citamos: [...] *Qu'en statuant ainsi, alors que, la caution pouvant, même avant d'avoir payé, agir contre le débiteur principal dans les cas prévus par l'article 2309 du code civil, elle est fondée, au titre de son recours anticipé en indemnisation prévu par ce texte, à déclarer sa créance dans la procédure collective du débiteur, sans qu'il soit exigé qu'elle ait été appelée au préalable ni qu'elle ait exécuté son engagement, la cour d'appel a violé les textes susvisés [...]*. Estes três acórdãos estão disponíveis em www.legifrance.gouv.fr.

⁹³ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Ciência do Direito e Metodologia Jurídica nos Finais do Século XX*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, cit., p. 698, nota de rodapé 1, ensina que a segunda codificação traduz-se no BGB, alicerçada na Pandectística oitocentista e, principalmente, na obra de BERNHARD WINDSCHEID, tendo em conta as perspectivas juscientíficas abertas por SAVIGNY.

A fiança é uma figura jurídica usual em terras alemãs, estando os agentes do tráfico familiarizados com o seu regime jurídico⁹⁴.

O direito de liberação do fiador é consagrado no § 775 BGB, que, na sequência da relevante reforma de 2001/2002 do BGB, por meio da *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* – Lei para a Modernização das Obrigações, de 29 de Novembro de 2001⁹⁵ –, que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 2002, introduziu a epígrafe do articulado *Anspruch des Bürgen auf Befreiung*, traduzida livremente para *reivindicação do devedor à liberação*, ou *pretensão do fiador à liberação*, prevendo o legislador germânico quatro situações possibilitadoras da invocação deste regime jurídico por parte do fiador.

O § 775 BGB determina:

(1) Hat sich der Bürge im Auftrag des Hauptschuldners verbürgt oder stehen ihm nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag wegen der Übernahme der Bürgschaft die Rechte eines Beauftragten gegen den Hauptschuldner zu, so kann er von diesem Befreiung von der Bürgschaft verlangen:

1.wenn sich die Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners wesentlich verschlechtert haben;

2.wenn die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner infolge einer nach der Übernahme der Bürgschaft eingetretenen Änderung des Wohnsitzes, der gewerblichen Niederlassung oder des Aufenthaltsorts des Hauptschuldners wesentlich erschwert ist;

3.wenn der Hauptschuldner mit der Erfüllung seiner Verbindlichkeit im Verzug ist;

⁹⁴ Cfr. HEDEMANN, J. W., *Derecho de Obligaciones*, Volume III, tradução de Jaime Santos Briz, Madrid, 1958, p.469, referindo este autor, ainda, que o objectivo da fiança é o de reforçar o crédito do devedor principal.

⁹⁵ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A Modernização do Direito das Obrigações*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, I, Ano 62, Lisboa, 2002, disponível em www.oa.pt, refere que a reforma de 2001/2002 alterou dezenas de parágrafos do BGB na área referente ao Direito das Obrigações, salientando, inclusive, que tal reforma é a maior do sector desde a publicação daquele diploma.

4.wenn der Gläubiger gegen den Bürgen ein vollstreckbares Urteil auf Erfüllung erwirkt hat.

(2) Ist die Hauptverbindlichkeit noch nicht fällig, so kann der Hauptschuldner dem Bürgen, statt ihn zu befreien, Sicherheit leisten.

Alguns autores alemães⁹⁶ referem que a acessoriedade inerente à fiança é mitigada pela possibilidade de o fiador exigir a sua liberação total, desde que verificadas determinadas circunstâncias, reguladas no parágrafo § 775 BGB.

Analisando o regime do § 775 BGB, concluímos que este não tem natureza geral⁹⁷, uma vez que a letra da lei alemã parece limitar a possibilidade de liberação nos casos em que a fiança tenha sido assumida na sequência de um mandato do devedor, ou nos casos, mais raros, em que a fiança tenha sido prestada pelo fiador, na qualidade de gestor de negócios⁹⁸ e nos casos de gestão de negócios não autorizada, nos termos previstos no § 683 BGB.

Compulsando o preceito em causa, e atendendo ao objecto do nosso estudo, concluímos que revelará apenas a análise do número 1, do inciso (1), § 775 BGB, o qual permite a liberação do fiador, em tradução livre, *quando a situação patrimonial do devedor principal se tenha deteriorado essencialmente*⁹⁹.

O inciso (2), § 775 BGB, prevê a possibilidade de o devedor, em alternativa à liberação do fiador, nos casos previstos no inciso (1), constituir uma caução a favor do garante¹⁰⁰.

O direito de liberação aplica-se nas relações internas, isto é, nas relações entre o devedor e o fiador, não afectando a posição do credor¹⁰¹.

⁹⁶ Cfr. HEDEMANN, J. W., *Derecho de Obligaciones*, Volume III, p. 472 e ss.

⁹⁷ ENNECCERUS/LEHMAN, *Tratado de Derecho Civil – Derecho de Obligaciones*, II, p. 827, salientam, a propósito do direito à liberação do fiador, que este pode ser exercido nos casos em que exista mandato e na gestão de negócios não representativa.

⁹⁸ Sobre esta limitação no direito alemão, veja-se, JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida – Sobre o Sentido e o Âmbito da Vinculação Como Fiador*, p. 838.

⁹⁹ Conforme salienta, ECKART BRODERMANN, *BGB, Kommentar*, 11. Auflage, 2016, pp. 1686 e ss.

¹⁰⁰ Neste sentido, ENNECCERUS/LEHMAN, *Tratado de Derecho Civil – Derecho de Obligaciones*, II, pp. 831 e ss.

¹⁰¹ Cfr. HEDEMANN, J. W., *Derecho de Obligaciones*, Volume III, p. 473 e ss.

Os civilistas clássicos alemães sufragavam a natureza taxativa do § 775 BGB, pela circunstância de este regime jurídico ter como *ratio legis* tutelar o fiador em situações de perigo especiais para a sua esfera jurídica, predeterminadas pelo legislador, não se verificando o direito de liberação em outras situações além das consagradas naquele articulado legal¹⁰².

Resulta da interpretação do inciso 1, número 1, do § 775 BGB, que a forma de alcançar a liberação, por parte do devedor originário, é livre e inteiramente negociável pelas partes que compõem os vértices do triângulo fidejussório intervenientes nesta questão (devedor originário e fiador)¹⁰³.

Assim sendo, o legislador germânico concede uma grande margem de conformação da conduta do devedor no que concerne ao desiderato de liberação do fiador, podendo aquele, dentro dos limites impostos pelo bloco de legalidade vigente, actuar livremente, praticando todos os actos materiais idóneos a alcançar a exoneração do garante da obrigação fidejussória.

Na Alemanha, o facto de a fiança ser prestada a título gratuito não obsta a que o direito de liberação subsista¹⁰⁴.

Densificando o inciso 1, número 1, do § 775 BGB, cabe salientar, conforme *supra* afluído, que é condição essencial para a verificação da liberação do fiador a deterioração financeira do devedor originário, em certa medida após a adopção da garantia, pondo em perigo o direito de sub-rogação do garante fiador.

A verificação desta circunstância pode dever-se, não só à natureza e extensão das obrigações assumidas recentemente pelo devedor originário, mas também ao levantamento de um empréstimo ou a diligências judiciais de execução de antigas

¹⁰² Com este entendimento ENNECCERUS/LEHMAN, *Tratado de Derecho Civil – Derecho de Obligaciones*, II, *op. Cit.*, pp. 831 e ss. Apesar de não ser totalmente claro, DIETER MEDICUS, em *Tratado de las Relaciones Obligatorias*, I, *op. Cit.*, p. 616 e DIETER MEDICUS/STEPHAN LORENZ, *Schuldrecht*, II, *op. Cit.*, p. 334, parecem defender a natureza taxativa das situações possibilitadoras de invocação do direito de liberação.

¹⁰³ Conforme refere a doutrina alemã em HABERSACK, *Münchener Kommentar BGB – Schuldrecht Besonderer Teil III – Band 5 §§ 705 – 853*, 4. Auflage, Munchen, 2004, pp. 1016 e ss., o parágrafo 775 BGB tem uma natureza negocial.

¹⁰⁴ JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida – Sobre o Sentido e o Âmbito da Vinculação Como Fiador*, p. 845, ensina que, na Alemanha, o carácter gratuito do mandato previsto no § 662 BGB, não impede a aplicação do regime da liberação a todos os casos de gestão, incluindo a “entgeltliche Geschäftsbesorgung”, do § 675 BGB.

obrigações¹⁰⁵. O comportamento comercial do devedor originário poderá também ser relevante se conduzir a uma perda de credibilidade no tráfego jurídico, potencializando o incumprimento das obrigações que tem de cumprir, quer perante o credor da relação jurídica concreta em causa, quer perante credores terceiros.

De referir que por referência aos activos do devedor originário, pode também atender-se a uma perspectiva fundamentada de obtenção, por si, de um empréstimo junto de terceiros, caso o seu risco patrimonial se intensifique. Todavia, tal perspectiva não constitui um requisito nos termos do inciso 1, número 1, do § 775 BGB, mas pode dar origem a uma perturbação da base contratual.

Exemplificando¹⁰⁶, se o devedor for uma sociedade comercial, o incumprimento do contrato garantido não resultará numa possibilidade de liberação imediata do garante, se o património dos accionistas pessoalmente responsáveis (v.g. através de aval), continuar a oferecer a segurança necessária ao efectivo cumprimento daquele direito de crédito.

Neste caso, o fiador nada tem a temer, pelo que, à partida, não terá legitimidade para requerer a sua liberação.

Conforme já referido, a forma de liberação do garante é livre para o devedor, sendo certo que este deverá realizar um pedido expreso para a liberação da garantia anteriormente prestada.

Caso o devedor originário não acate o pedido de liberação do garante, de acordo com a declaração de vontade por este proferido em tal sentido, o fiador poderá recorrer ao mecanismo legal previsto no § 887 ZPO alemã¹⁰⁷.

É importante salientar que o garante fiador só pode pedir a liberação da fiança por si prestada, nos termos do número 1, antes da data de vencimento da dívida principal, e não quando o direito de crédito do credor já é exigível¹⁰⁸.

Em caso de insolvência do devedor principal, o garante pode exercer o seu direito

¹⁰⁵ HABERSACK, *Münchener Kommentar BGB – Schuldrecht Besonderer Teil III – Band 5 §§ 705 – 853*, 4. auflage, Munchen, 2004, pp. 1013 e ss.

¹⁰⁶ Veja-se o referido exemplo em HABERSACK *Münchener Kommentar BGB – Schuldrecht Besonderer Teil III – Band 5 §§ 705 – 853*, 4. auflage, Munchen, 2004, p. 1013.

¹⁰⁷ Sobre este tipo de acção, veja-se com grande desenvolvimento, URS GRUBER, *Münchener Kommentar Zivilprozess-ordnung – §§ 511 – 945*, 3. auflage, Munchen, 2007, pp. 2188 e ss.; DIRK OLZEN, *ZPO Kommentar*, 7. auflage, 2015, pp. 2283 e ss.

¹⁰⁸ HABERSACK, *Münchener Kommentar BGB*, p. 1015.

de liberação, de acordo com a *Insolvenzordnung (InsO)*, Lei da Insolvência Alemã de 1994.

5.4. O DIREITO DE LIBERAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO ITALIANO

5.4.1. O REGIME JURÍDICO DO ARTIGO 1919.º DO CODICE DE 1865

No *Codice Civile* de 1865, (revogado pelo Codice de 1942, actualmente em vigor na República Italiana), a matéria da liberação do fiador era prevista no seu artigo 1919.¹⁰⁹.

Dispunha o artigo 1919.º que *Il fideiussore, anche prima di aver pagato può agire contro il debitore per essere da lui rilevato,*

- 1.º *Quando sia convenuto giudizialmente pel pagamento;*
- 2.º *Quando il debitore sia fallito o si trovi in istato di non solvenza;*
- 3.º *Quando il debitore siasi obbligato di liberalro dalla sicurtà in un tempo determinato, e questo sia scaduto;*
- 4.º *Quando il debito sia divenuto esigibile per essere scaduto il termine convenuto pel pagamento;*

¹⁰⁹ ANTONIO SCIALOJA/MICHELE FRAGALI, *Commentario Del Codice Civile – Delle Obligazioni*, op. Cit., pp. 411 e ss. chamam a atenção para o facto de o regime previsto no *Codice* de 1865. Apesar de este conceder uma tutela ao fiador, por meio da sua liberação, não previa quais os meios concretos o fiador dispunha contra o devedor, em sede de demanda judicial, rematando, contudo, que a interpretação razoável permitia ao fiador demandar o devedor judicialmente para exigir a sua liberação ou para prestar garantia idónea.

5.º Al termine di anni dieci, quando l'obbligazione principale non abbia un termine fisso per la scadenza, purchè l'obbligazione principale non fosse di tal natura da non potersi estinguere prima di un tempo determinato, come accade riguardo alla tutela, o non vi fosse convenzione in contrario.

Na vigência do antigo *Codice*, alguns autores excluía a liberação do fiador nos casos em que a fiança tivesse sido prestada exclusivamente no interesse do credor, ou contra a vontade do devedor, em virtude da inexistência que se verificava, nestes casos, de relação entre o devedor e o fiador¹¹⁰.

Analisando cada uma das cinco situações supracitadas, concluímos que para o nosso estudo apenas releva a segunda, isto é, a possibilidade de liberação do fiador quando o devedor esteja falido ou em estado de não solvência.

Este preceito legal tem similitude com o regime legal previsto no artigo 2032.º do *Code*, não sendo alheia a circunstância de este diploma ter tido fortemente inspirador da primeira codificação italiana¹¹¹.

5.4.2. O REGIME JURÍDICO DO ARTIGO 1953.º DO CODICE DE 1942

Na ordem jurídica italiana, a fiança é regulada no *Codice*, de 1942, em concreto no artigo 1936.º ao artigo 1957.º, estando inserida, sistematicamente, no Livro IV – *Delle obbligazioni*, no Capítulo XXII – *Della Fideiussione*¹¹².

O direito de liberação é previsto no artigo 1953.º do *Codice*, cuja epígrafe é *Rilievo del Fideiussore*, ou seja, exoneração do fiador, tipificando o legislador transalpino diferentes situações em que o fiador pode fazer valer tal direito.

¹¹⁰ JANUÁRIO COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, p. 839 refere que CAMPOGRANDE, na codificação anterior, excluía a ação de relevação na circunstância de a fiança ter sido prestada, unicamente, no interesse do credor, por não haver vínculo com o fiador, uma vez que não havia qualquer vínculo entre o devedor e o fiador. Este direito estava, de igual modo, excluído nos casos em que a fiança tivesse sido prestada contra a sua vontade, ainda que no seu interesse.

¹¹¹ LUÍS CORREIA DE MENDONÇA, *As Origens do Código Civil de 1966: Esboço Para Uma Contribuição*, in *Análise Social*, Vol. XVIII (72-73-74), Lisboa, 1982, pp. 829 e ss., salienta que o *Codice* de 1865, fruto do movimento da reunificação italiana sob a égide do *Risorgimento*, teve influência directa do Código Civil francês, ao contrário do Código Civil italiano de 1942, em que a grande influência foi do BGB alemão e do ZGB suíço.

¹¹² Para uma análise clássica, com grande desenvolvimento, ver por todos, ANTONIO SCIALOJA/MICHELE FRAGALI, *Commentario Del Codice Civile – Delle Obbligazioni*, op. Cit., em especial, pp. 415 e ss.

As situações nas quais o fiador tem direito à sua liberação são as seguintes:

- 1) *quando è convenuto in giudizio per il pagamento;*
- 2) *quando il debitore è divenuto insolvente;*
- 3) *quando il debitore si è obbligato di liberarlo dalla fideiussione entro un tempo determinato;*
- 4) *quando il debito è divenuto esigibile per la scadenza del termine;*
- 5) *quando sono decorsi cinque anni, e l'obbligazione principale non ha un termine, purché essa non sia di tal natura da non potersi estinguere prima di un tempo determinato.*

O regime previsto pelo legislador italiano permite ao fiador, mesmo antes de ter sido demandado pelo credor, ou seja, em momento anterior à demanda para cumprimento da obrigação fidejussória, agir contra o devedor, exigindo-lhe a sua liberação ou, na falta desta liberação, exigir que este lhe preste as garantias necessárias para acautelar a satisfação do seu direito de regresso¹¹³.

O exercício do direito de liberação pode ser levado a cabo de forma extrajudicial, mediante a emissão de declaração negocial dirigida ao devedor, através da qual lhe é exigido, de forma alternativa, ou a liberação ou a prestação de garantia, podendo o devedor, no âmbito da sua autonomia privada, escolher qual o caminho a seguir, cumprindo a sua obrigação ante o fiador, independentemente da escolha levada a cabo¹¹⁴.

Atendendo ao objecto do presente estudo, releva apenas o número 2, do artigo 1953.º do *Codice*, que prevê como situação típica de liberação do devedor *quando il debitore è divenuto insolvente*.

¹¹³ ADRIANO VAZ SERRA, *Fiança e Figuras Anómalas*, op. Cit., p. 216, nos preparatórios, estudou o direito de liberação na ordem jurídica italiana, indicando, em respeito, o artigo 1953.º do *Codice* no qual este dispositivo legal considerava o fiador como tendo o direito de agir contra o devedor para que lhe consiga a liberação ou, na falta dela, preste as garantias necessárias para lhe assegurar a satisfação dos eventuais direitos de regresso.

¹¹⁴ ANTONIO SCIALOJA/MICHELE FRAGALI, *Commentario Del Codice Civile – Delle Obligazioni*, p. 412, salientam que a garantia pode ter natureza pessoal ou natureza real relevando, sim, que esta seja idónea a garantir o cumprimento perante o credor.

Destaque-se que o artigo 1953.º do *Codice*, permite ao fiador actuar contra o devedor em qualquer uma das cinco hipóteses estabelecidas no preceito, para que este preste caução suficiente com vista a assegurar o seu direito de regresso.

Nestes termos, a liberação da obrigação fidejussória tem como desiderato comum a garantia da tutela dos interesses fiador, impedindo assim a lesão de tais interesses.

A doutrina entende que esta norma tem uma natureza supletiva, podendo ser afastada pelas partes, no âmbito da sua autonomia privada, mediante declaração negocial expressa nesse sentido, sufragando, de igual modo, a sua natureza taxativa e não meramente exemplificativa, resultando, assim, que as cinco situações de liberação previstas no artigo 1953.º sejam as únicas que permitem invocar o direito de liberação¹¹⁵.

Esta norma é a concretização material de um princípio fundamental do Direito italiano em sede de fiança, o *favor fideiussoris*, que impõe que haja esta tutela preventiva do fiador contra o perigo de concretização efectiva do seu direito de regresso¹¹⁶ perante o devedor originário.

No direito italiano, o fiador não tem de recorrer aos tribunais judiciais para alcançar a sua liberação, podendo interpelar extrajudicialmente o devedor originário, proferindo uma declaração de vontade através da qual lhe exija a sua exoneração da obrigação fidejussória, sendo certo que a concreta liberação poderá ser alcançada de diversos modos¹¹⁷.

A concretização extrajudicial do direito de liberação pode ser atingida de várias maneiras¹¹⁸:

1) O devedor paga directamente ao credor, com a subsequente extinção da obrigação afiançada, levando à necessária extinção da garantia pessoal, em virtude do princípio da acessoriedade da fiança;

¹¹⁵ Com este entendimento, BATTISTA PETTI, *La Fideiussione e le Garanzie Personali del Credito*, Cit., pp. 189 e ss.

¹¹⁶ Conforme refere PAULO CEDON, *Commentario al Codice Civile*, IV, artt. 1655.º-2059.º, Roma, 1999, p. 1760.

¹¹⁷ Cfr. ANTONIO SCIALOJA/MICHELE FRAGALI, *Commentario Del Codice Civile – Delle Obligazioni*, p. 413.

¹¹⁸ Neste sentido, ANTONIO SCIALOJA/MICHELE FRAGALI, *Commentario Del Codice Civile – Delle Obligazioni*, p. 413.

2) O devedor intercede junto do credor para que renuncie à fiança de que é titular. Quando se acorda ou promete a não utilização da garantia verifica-se um *pactum de non petendo*.

Na circunstância de o devedor não satisfazer a pretensão exigida pelo fiador, este poderá recorrer, nos termos do disposto no artigo 671.º do *Codice de Procedura Civile*, a uma providência cautelar conservatória, para acautelar o seu direito de regresso¹¹⁹.

Alguma doutrina transalpina¹²⁰ defende que o fiador tem direito à execução específica, a qual está, porém, dependente do consentimento do credor para a sua concretização efectiva, não estando este vinculado à libertação do fiador.

Contudo, civilistas como FRAGALI E RAVAZZONI¹²¹ reconduzem a libertação do fiador a uma acção cautelar ao seu alcance, enquanto meio de tutela preventivo do seu direito de sub-rogação. Estes autores entendiam, de igual modo, que o direito previsto no artigo 1953.º do *Codice* se verifica mesmo nas circunstâncias em que a fiança tenha sido prestada sem o conhecimento do devedor originário ou contra a sua vontade, em virtude de a oposição do devedor não ser apta a impedir a constituição da fiança, razão pela qual a norma tem um carácter geral, aplicável a todas as fianças.

A natureza do direito de libertação no ordenamento jurídico italiano é discutida pela doutrina e pelos tribunais superiores, sendo difícil esboçar¹²² uma construção unitária desta figura.

¹¹⁹ Cfr. BATTISTA PETTI, *La Fideiussione e le Garanzie Personali del Credito*, Cit., pp. 189 e ss. ANTONIO SCIALOJA/MICHELE FRAGALI, *Commentario Del Codice Civile – Delle Obligazioni*, p.412, também salientam que se o devedor não concretizar a libertação do fiador este poderá recorrer ao arresto enquanto meio de conservação da garantia patrimonial.

¹²⁰ É o caso de ANTONIO SCIALOJA/MICHELE FRAGALI, *Commentario Del Codice Civile – Delle Obligazioni*, op. Cit., p. 413.

¹²¹ Cfr. ensinam ANTONIO SCIALOJA/MICHELE FRAGALI, *Commentario Del Codice Civile – Delle Obligazioni*, pp- 419 e ss.

¹²² Esta questão é brevemente abordada por GIORGIO CIAN/ALBERTO TRABUCCHI, *Commentario Breve al Codice Civile*, Padova, 1999, p. 1953, destacando que, tendo em conta a diversidade das situações previstas no artigo 1953.º do *Codice*, não é possível uma definição unitária sobre a natureza jurídica desta figura, sendo certo, porém, que boa parte da doutrina transalpina é a favor da natureza cautelar desta acção. ANTONIO SCIALOJA/MICHELE FRAGALI, *Commentario Del Codice Civile – Delle Obligazioni*, op. Cit., pp. 417 e ss., ensinavam ainda que, tendo em conta a variedade do conteúdo do direito de libertação, há que defender uma natureza preventiva ou cautelar.

5.5. O DIREITO DE LIBERAÇÃO DO FIADOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO ESPANHOL

O Código Civil Espanhol de 1889 insere-se no modelo da codificação de matriz napoleónica, prevendo, no seu artigo 1843.º, a matéria do direito de liberação do fiador¹²³, em moldes semelhantes aos previstos no artigo 2032.º do *Code*.

Determina o artigo 1843.º do Código Civil Espanhol o seguinte:

El fiador, aun antes de haber pagado, puede proceder contra el deudor principal:

1.º Cuando se ve demandado judicialmente para el pago.

2.º En caso de quiebra, concurso o insolvencia.

3.º Cuando el deudor se ha obligado a relevarle de la fianza en un plazo determinado, y este plazo ha vencido.

4.º Cuando la deuda ha llegado a hacerse exigible, por haber cumplido el plazo en que debe satisfacerse.

5.º Al cabo de diez años, cuando la obligación principal no tiene término fijo para su vencimiento, a menos que sea de tal naturaleza que no pueda extinguirse sino en un plazo mayor de los diez años.

En todos estos casos la acción del fiador tiende a obtener relevación de la fianza o una garantía que lo ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia en el deudor.

Analisando este artigo, concluímos que apenas relevará para o nosso estudo o número dois do preceito agora transcrito.

¹²³ Sobre o direito de liberação no ordenamento jurídico espanhol, ver por todos, JOSE CASTAN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español Comum Y Foral – Tomo Cuatro – Derecho de Obligaciones*, 10.ª ed., Madrid, 1977, pp. 740 e ss.; JOSÉ PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, Volumen II, Contratos en Particular 2.ª ed., Barcelona, 1982, pp. 587 e ss.; MANUEL ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil Español II – Derecho de Obligaciones*, 11.ª ed., Barcelona, 2001, pp. 535 e ss.

A doutrina espanhola trata da matéria do direito de liberação do fiador na relação entre o fiador e o devedor principal, sendo um direito que assiste ao fiador, antes de ele ter cumprido perante o credor¹²⁴, consistindo num regime que o legislador consagrou com o desiderato de proteger o fiador em diversas situações em que este, tendo sido pago, não conseguira que a sua sub-rogação da posição jurídica do credor tivesse efeito útil¹²⁵.

O artigo 1843.º não se refere a qualquer indemnização a que o fiador tivesse direito a receber pelo devedor principal, apesar de o Projecto do Código Civil Espanhol de 1851, o prever no seu artigo 1757.º¹²⁶, bem como artigo 23.º, do Livro IV, do Anteprojecto do Código Civil Espanhol de 1882/1888.

ANNA CASANOVA MUSSONS¹²⁷, ensinava que não obstante a redação prevista nos textos que deram origem ao Código Civil Espanhol, o mesmo não poderia consagrar nenhum tipo de tutela indemnizatória, uma vez que a *ratio legis* do preceito visava, exactamente, evitar que tal dano se produzisse na esfera jurídica do fiador.

Trata-se, pois de um meio preventivo de tutela do fiador, mesmo antes de ter cumprido perante o credor.

¹²⁴ Neste sentido, JOSÉ PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, Volumen II, Contratos en Particular, pp. 607 e ss.

¹²⁵ A jurisprudência espanhola tem aplicado o artigo 1843.º, do seu código civil, em múltiplos arestos por si proferidos, citando-se, a título meramente exemplificativo, o acórdão proferido pela Audiencia Provincial Civil de Madrid de 04 de Dezembro de 2014, relativo à sentença nº 456 / 2014, no qual foi dito lapidariamente e pela sua relevância transcrevemos: “(...) Por ello, sólo hemos de reconocer, cuando haya actuado de buena fe, lo que no ha ocurrido en este caso, el derecho de cada fiador a ser garantizado conforme a lo dispuesto en el art. 1843 CC citado conforme a la interpretación que hace del mismo la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo, expresada entre otras en las sentencias de 17 de octubre de 1990, 6 de octubre de 1995 y 21 de octubre de 2003 (EDJ 2003/130269), y según la cual el fiador tiene una doble acción, exigir la relevación de la fianza, o una garantía, una contrafianza que le ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia en el deudor (...)”; ou o acórdão do Supremo Tribunal de 20 de Julho de 2018 relativo ao processo 598/2015, que também aqui parcialmente citamos: “(...) Este precepto legitima al fiador para, en determinados casos que enumera, aun antes de haber pagado, dirigirse contra el deudor para “obtener relevación de la fianza o una garantía que lo ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia en el deudor (...)” “(...) En realidad, la relevación de la fianza sólo se podría dar por el pago del deudor o porque este último llegara a un acuerdo con el acreedor beneficiario de la garantía, para que accediera a relevar al fiador. Como esto último depende del acreedor y el fiador no tiene acción frente a él, la acción de relevación se reconduce ordinariamente a la pretensión alternativa de que el deudor otorgue una garantía, real o personal, que proteja el derecho de regreso del fiador (...)”. Ambos estes acórdãos estão disponíveis em <http://www.poderjudicial.es>.

¹²⁶ Assim, dispenha o Projecto do Código Civil Espanhol de 1851, que “El fiador puede, aun antes de haber pagado, reclamar del deudor que le indemnice o releve de la fianza: 2.º Cuando el deudor se declara en quiebra, o hay temores fundados de que se declare, o comienza a disipar su fortuna.”

¹²⁷ ANNA CASANOVA MUSSONS, *La Relación Obligatoria de Fianza*, 1.ª Ed., Barcelona, 1984, pp. 149 e ss.

JOSE CASTAN TOBEÑAS¹²⁸ referia, em relação ao artigo 1843.º, número 2, do Código Civil Espanhol, que, caso o devedor principal entre em insolvência e o credor nada faça, poderá o fiador intervir naquele processo de insolvência, tomando a posição do credor na reivindicação do crédito e, caso consiga ser pago, entregar tal valor àquele, liberando-se da fiança, sem prejuízo, contudo, da posição jurídica do credor.

Assim sendo, concluímos que, caso o fiador apenas consiga recuperar parcialmente o crédito da titularidade do credor, no âmbito da insolvência do devedor, ou caso não consiga obter qualquer tipo de ressarcimento, como julgamos ser comum acontecer nas situações concretas do tráfego jurídico espanhol, a obrigação fidejussória originária mantém-se nos seus exactos termos, tendo o fiador de a cumprir integralmente.

Atendendo à redacção do artigo 1843.º, número 2, a doutrina espanhola discute se para a aplicação deste regime legal é necessário que o devedor esteja efectivamente em situação de insolvência, nos termos do disposto no artigo 2.º, da Ley 22/2003, de 9 de julio.

O Tribunal Supremo Espanhol tem entendido que para que o fiador possa exercer o seu direito de liberação, não se afigura necessário a insolvência do devedor principal, sendo apenas necessário que se assista a uma notória diminuição do seu património, que obste que este cumpra a sua obrigação perante o credor, sendo também este o caminho que parece ter sido seguido pela doutrina espanhola¹²⁹.

O conceito de insolvência consagrado no artigo 1843.º, número 2, do Código Civil Espanhol é, pois, entendido pela doutrina espanhola como um conceito quadro, o qual abrangerá situações em que se assiste a uma modificação superveniente da situação patrimonial do devedor, por referência ao momento da constituição da obrigação fidejussória, como ocorrerá, por exemplo, se este começar a dissipar de forma fraudulenta os bens que integram a sua esfera jurídica patrimonial.

Parece-nos que outro entendimento não seria possível, uma vez que, a fazer-se interpretação diferente do preceito, no sentido de exigir a insolvência do devedor, o

¹²⁸ JOSE CASTAN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español Comum Y Foral – Tomo Cuatro – Derecho de Obligaciones*, p. 746.

¹²⁹ ANNA CASANOVA MUSSONS, *La Relación Obligatoria de Fianza*, p. 96, indicava que para que o regime do artigo 1843.º, número 2, do Código Civil Espanhol se aplique não é necessário que a insolvência do devedor principal tenha sido decretada judicialmente, devendo apenas esta ser actual e efectiva impossibilitando-o de cumprir com a obrigação principal perante o credor.

mesmo ficaria despedido de qualquer efeito útil para o fiador, o que não foi o objectivo do legislador espanhol com a sua consagração.

A civilística espanhola discute se a necessidade de existência de uma relação jurídica entre o fiador e o devedor é condição para a que liberação possa operar, em virtude de o Título XIV do Código Civil Espanhol (artigos 1822.º a 1857.º) nada dispor nesse sentido.

Atendendo a que o artigo 1823.º, número 2, do Código Civil Espanhol, consagra a possibilidade de constituição de fiança mesmo contra a vontade do devedor.

Por seu turno, o artigo 1838.º daquele diploma consagra uma indemnização ao fiador que haja cumprido com a obrigação fidejussória, tendo este preceito legal aplicação mesmo nas fianças nas quais o devedor não tenha dado o seu consentimento.

Ante os artigos 1823.º, número 2 e artigo 1838.º, do Código Civil Espanhol, a doutrina defende que o direito de liberação se aplica mesmo nas fianças nas quais o devedor não se tenha pronunciado ou naquelas constituídas contra a sua vontade¹³⁰.

Parece-nos que, nos casos em que o devedor não tenha prestado o seu consentimento na constituição da fiança, a liberação do garante será mais difícil de alcançar, em virtude de o seu exercício estar inteiramente dependente da conduta do primeiro, o qual, tendencialmente, não será diligente na obtenção da exoneração da obrigação fidejussória, sendo certo que os putativos encargos inerentes à liberação do fiador poderão ter sido uma das circunstâncias que espoletaram a recusa da aceitação da constituição da garantia.

A civilística espanhola também discute se o artigo 1843.º, do seu código civil, tanto se aplica às fianças constituídas a título oneroso como às constituídas a título gratuito, defendendo a maioria da doutrina a aplicabilidade deste regime independentemente da natureza da fiança¹³¹, o que nos parece ser o entendimento mais correcto.

¹³⁰ Em sentido contrário, CARMEN ARIJA SOUTULLO, *Las Acciones de Liberación y Cobertura en la Fianza*, 1.ª ed., Valencia, 2001, pp. 56 e ss.

¹³¹ É este, por exemplo, o entendimento de DELGADO ECHEVARRÍA, *La fianza en Elementos de Derecho civil*, 2.ª ed., Barcelona, 1986. pp. 349 e ss.

§ 3.º A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA

6. O DIREITO DE LIBERAÇÃO NO CÓDIGO DE SEABRA

No Código de Seabra de 1867, a fiança era regulada no Capítulo X – Da Caução ou garantia dos contratos, Secção I – Da Fiança¹³², do artigo 818.º ao artigo 854.º¹³³

A fiança era entendida como uma garantia especial pessoal, a par da solidariedade passiva e da indivisibilidade¹³⁴.

No Código de Seabra¹³⁵, na sua sub-secção III “Dos efeitos da fiança em relação ao fiador”, era previsto, no artigo 844.º o seguinte:

¹³² Sobre a fiança, na vigência do Código de Seabra, JOSÉ TAVARES, *Os Princípios Fundamentais do Direito Civil*, I, 2.ª ed., Coimbra, 1929, pp. 572 e ss. Este autor ensinava que na fiança se verificava uma responsabilidade pessoal de um terceiro para a garantia da solvabilidade do devedor.

Os caracteres principais da fiança eram a sua acessoriedade e a sua subsidiariedade. A acessoriedade corporizava-se na circunstância desta garantia pessoal depender da validade da obrigação principal. A subsidiariedade concretizava-se na circunstância de apenas na falta de cumprimento do devedor principal e, por consequência, apenas depois de serem excutidos todos os bens deste, ser chamado o fiador – o designado *benefitium excussionis*.

¹³³ Veja-se, ainda, ao estilo exegetico, característico da codificação oitocentista, a anotação ao artigo 844.º do Código de Seabra, por JOSÉ DIAS FERREIRA, *Código Civil Portuguez Anotado*, II, 2.ª ed., Coimbra, 1895 pp. 298 e ss. e pp. 244 e ss., no qual, atendendo ao número 2 do artigo 844.º, referia que este regime legal é assim porque não pode negar-se ao fiador o direito de tomar as precauções e medidas necessárias para evitar quaisquer prejuízos.

¹³⁴ HUMBERTO LOPES, *Da Extinção da Fiança*, in *Jornal do Fôro*, Ano 24, Lisboa, 1960, p. 129, fazia referência a essa circunstância.

O fiador pode, ainda antes de haver pago, exigir, que o devedor pague a dívida, ou o desonere da fiança, nos seguintes casos:

1.º Se for demandado judicialmente pelo pagamento;

2.º Se o devedor decair de fortuna, e houver o risco de insolvência;

3.º Se o fiador ausentar-se do reino;

4.º Se o devedor se tiver obrigado a desonerar o fiador em tempo determinado, que já tenha ocorrido;

5.º Se a dívida se tornar exigível pelo vencimento do prazo;

6.º Se houverem decorrido dez anos, não tendo a obrigação principal tempo prefixo, e o fiador o não ter por título oneroso.

§ unico. No caso do n.º 5 poderá também o fiador exigir, que o credor proceda contra o devedor, ou contra elle proprio, admittindo-lhe o beneficio da excussão; e se o credor assim não fizer, não responderá o fiador pela insolvencia do devedor.

O direito de liberação do fiador¹³⁶ ora em estudo era previsto no ponto 2.º, do artigo 844.º, podendo o fiador, antes de haver pago, exigir que o devedor pagasse a dívida ou o desonerasse da fiança, se o devedor decaísse de fortuna e houvesse risco de insolvência¹³⁷.

O Código de Seabra¹³⁸, de matriz napoleónica, teve como fonte inspiradora para o seu artigo 844.º¹³⁹, o artigo 2032.º do Código Napoleão, tendo os dois preceitos grande similitude¹⁴⁰.

¹³⁵ Fazendo uma referência histórica aos antecedentes do actual artigo 648.º do Código Civil português, em concreto, ao regime do artigo 844.º do Código de Seabra, EVARISTO MENDES, *Comentário ao Código Civil, Direito das Obrigações, Das Obrigações em Geral*, p. 838.

¹³⁶ ADRIANO VAZ SERRA, *Fiança (Algumas Questões) Garantia de Vícios na Venda em Execução*, Lisboa, 1960, pp. 56 e ss., salienta que o artigo 844.º admite, em alguns casos, o direito de liberação do fiador.

¹³⁷ GUILHERME ALVES MOREIRA, *Instituições do Direito Civil Português, II Das Obrigações*, 2.ª ed., Coimbra, 1925, pp. 317 e ss. ensinava que o credor titular da garantia pessoal pode deixar de levar a cabo as providências necessárias para evitar os prejuízos que podem resultar para o fiador, pela verificação da insolvência do devedor principal. Esta prerrogativa legal tinha como objectivo evitar os prejuízos na esfera jurídica do fiador em momento anterior ao pagamento.

¹³⁸ Sobre a matéria da liberação, no período anterior ao Código de Seabra, CORRÊA TELLES, *Digesto Português*, I, nova edição revista, Lisboa, 1909, pp. 57 e ss.

¹³⁹ AMÉRICO DA SILVA CARVALHO, *Extinção da Fiança*, Lisboa, 1959, p. 189, referia, expressamente, que o artigo 844.º do Código Civil se inspirou no Código Civil francês.

No período da pré-codificação oitocentista, e tendo por referência a análise que realizámos às principais fontes normativas aplicáveis¹⁴¹ a este período¹⁴², mormente, as Ordenações Afonsinas¹⁴³, as Ordenações Manuelinas¹⁴⁴ e as Ordenações Filipinas¹⁴⁵, concluímos que a liberação do fiador não era prevista em terras lusitanas¹⁴⁶, antes da entrada em vigor do Código de Seabra.

O direito de liberação, na vigência do Código de Seabra, caso fosse concretizado, permitia que se alcançasse a extinção da fiança¹⁴⁷.

O direito de liberação do fiador operava quer nas fianças de natureza civil, quer nas fianças de natureza comercial¹⁴⁸.

¹⁴⁰ Cfr. FRANZ WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno, op. Cit.*, p. 394, refere que o *Code* teve um enorme impacto nos países latinos, primeiramente nos países conquistados no âmbito das guerras napoleónicas ou dos seus países irmãos (Holanda, Itália e Espanha), afirmando-se como modelo para código civis e comerciais ulteriores, sobretudo em Itália, Portugal e noutros estados latino-americanos.

¹⁴¹ Conforme salientam RUY DE ALBUQUERQUE/MARTIM DE ALBUQUERQUE, *História do Direito Português*, Vol. II, Lisboa, 1983. pp 36 e ss. as Ordenações Afonsinas ocupam, na galeria das fontes do direito nacional, um lugar extremamente importante pelo significado que revestiram na tentativa de reduzir o direito pátrio a um corpo devidamente sistematizado e ordenado.

¹⁴² NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português – Fontes de Direito*, 4.ª ed., Lisboa, 2006, pp. 299 e ss., por referência à época das Ordenações (cerca de 1446-1750), ensina, detalhadamente, que a partir do século XV, assistiu-se à necessidade de proceder à compilação das várias fontes de direito aplicáveis, não se conseguindo aferir, muitas vezes, quais as leis vigentes e quais haviam sido derogadas. Verifica-se, igualmente, a necessidade de delimitar o âmbito de aplicação do Direito romano e do Direito canónico e a sua relação com o direito português.

¹⁴³ As Ordenações Afonsinas de 1446, consagravam o instituto jurídico da fiança, no seu Livro IV, mas sem que a matéria da liberação fosse tratada. No Título LIII, ponto 3, era consagrado o benefício da excussão prévia em sede de fiança, importante forma de tutela do garante. Assim, era determinado: “[...] Dizemos, que non deve feer demandado o fiador em nenhum cafo, ataa que o principal devedor non feja primeiramente demandado, e condapnado, e feita a eixecuçom em feus bees affi moviis, como de raiz; e feita affi a dita eixecuçom, em aquello, que fe nom póde aver pelos bees do principal devedor, poderá feer demandap o fiador [...]”.

¹⁴⁴ As Ordenações Manuelinas de 1513 também são omissas relativamente ao direito de liberação do fiador prevendo, tal qual se verificava nas Ordenações Afonsinas, um importante meio de tutela do fiador, no seu Livro IV, Título XLVI, isto é, o benefício da excussão prévia do fiador. Assim, determinava-se no seu ponto I: “[...] E dizemos que non deue feer demandado o fiador em ninhuu cafo, atee que o principal devedor nom feja primeiramente demandado, e condenado, e feita execuçom em feus bens [...]”.

¹⁴⁵ De igual modo, nas Ordenações Filipinas de 1603, as quais vigoraram até à entrada em vigor do Código de Seabra, também o direito de liberação não era previsto no seu texto.

O Livro V, Título LIX, das Ordenações Filipinas, previa o benefício da excussão prévia do fiador, dispondo: “[...] O fiador não dever ser demandado em algum caso, até que o principal devedor seja primeiro demandado, e condenado, e feita a dita execuçom [...]”.

¹⁴⁶ Nos demais diplomas extravagantes que dispunham sobre a matéria da fiança, salientam-se as Leis Extravagantes de Duarte Nunes Leão, de 1569, as quais regulavam, amplamente, esta garantia pessoal e nas quais a matéria da liberação do fiador não era, igualmente, prevista.

¹⁴⁷ Ensinava AMÉRICO DA SILVA CARVALHO, *Extinção da Fiança*, Lisboa, 1959, pp. 171 e ss., que na vigência do Código de Seabra, o devedor tem a obrigação de desonerar o fiador. Ressalvava este autor que o fiador nem sempre conseguir a extinção da obrigação da fiança, por meio do exercício desse direito liberatório.

¹⁴⁸ JOSÉ TAVARES, *A Fiança no Direito Comercial*, Coimbra, 1896, pp. 108 e ss., ensinava que mesmo antes de pagar, o fiador podia apresentar uma acção contra o devedor, exigindo-lhe a alternativa de pagar ou exigir que o devedor o desonerasse da fiança, nos casos do artigo 844.º do Código Civil, destacando

Na doutrina desenvolvida sob a esteira do Código de Seabra, alguns autores criticam o regime previsto no seu artigo 844.º, número 2.

Assim, CUNHA GONÇALVES¹⁴⁹ realçava que o credor, estando seguro com a fiança, não terá, certamente, nenhum tipo de preocupação com a situação de insolvência do devedor e não procurará antecipar a cobrança da dívida nos termos do disposto no artigo 741.º.

Salientava, de igual modo, que, atendendo ao facto de a desoneração da fiança só se dar com o assentimento do credor, e este só consentir tal desoneração depois de ter sido pago ou se lhe for concedida outra garantia segura, este preceito legal não representava mais do que uma pura fantasia do legislador francês, que o legislador português replicou, de forma acrítica.

HUMBERTO LOPES¹⁵⁰ referia que o artigo 844.º, número 2, do Código de Seabra, tinha como suporte uma situação de decaimento de fortuna do devedor, de tal ordem que gerava o risco da sua insolvência. Destaca este autor que se o devedor nada fizer após ter sido interpelado pelo fiador para a sua exoneração ou o credor não aceitar a aludida exoneração, haverá uma pálida sombra de possibilidade de pagamento de perdas e danos pelo devedor ao fiador.

No âmbito da fiança, e na esteira das relações entre devedor e fiador, PAULO CUNHA destringia dois momentos e duas situações diferentes¹⁵¹:

- i. os direitos que o fiador pode exercer contra o devedor antes de concretizar a sua responsabilidade e
- ii. os direitos que o fiador pode exercer contra o devedor, mas depois de ter pago a dívida em seu lugar.

que tais direitos, obrigações e suas respectivas acções se verificavam na fiança comercial genérica, nos termos previstos no artigo 3.º do Código Comercial, não se aplicando, porém, ao aval por serem inconciliáveis com a natureza particular do contrato de cambio.

¹⁴⁹ LUÍS DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, V, Coimbra, 1933, p. 205

¹⁵⁰ HUMBERTO LOPES, *Da Extinção da Fiança*, p. 355.

¹⁵¹ PAULO CUNHA, *Da Garantia nas Obrigações*, II, Lisboa, 1938/1939, pp. 63 e ss.

Para este civilista, o direito de liberação do fiador, previsto no artigo 844.º do Código de Seabra, integrava o primeiro momento acima descrito, destacando que os seis números previstos no articulado legal em causa permitiam ao fiador o benefício de não ter de aguardar a demanda pelo credor para cumprimento da obrigação para agir contra o devedor.

O fiador podia, deste modo¹⁵², exigir ao devedor que praticasse todos os actos necessários para pagar a dívida, ou o desonerasse, através da celebração de um novo contrato com o credor, pelo estabelecimento de uma nova fiança, pela prestação de garantias reais ou por qualquer outro meio, através do qual o fiador fique livre de responsabilidade¹⁵³.

Deslindado o regime legal previsto no número 2 do artigo 844.º do Código de Seabra, resultava que, para o exercício do direito de liberação, o devedor deveria encontrar-se numa situação económica efectivamente pior do que aquela que vivenciava aquando da constituição da obrigação principal, tendo recorrido o legislador oitocentista a dois conceitos – “decair de fortuna” e “risco de insolvência” –, no sentido de permitir ao intérprete aplicador, na circunstância do caso concreto, preenchê-los, sendo que os mesmos estão restringidos às situações de pioramento da situação económica do devedor originário.

A doutrina defendia¹⁵⁴ que o regime do artigo 844.º, n.º 2, do Código de Seabra, não exigia que o devedor estivesse em estado de insolvência para que a tutela prevista por este preceito legal pudesse ser exercida, em virtude de que se o fiador tivesse de aguardar pela insolvência efectiva do devedor, nenhuma relevância teria a sua liberação.

Averiguando o conteúdo do direito de liberação no Código de Seabra, cabe referir que a *ratio legis* deste preceito tem que ver, essencialmente, com a colocação do fiador em situação de este não ver reflectida na sua esfera jurídica danos de cariz patrimonial, antes mesmo da demanda, pelo credor, para efectivação da garantia pessoal de fiança de que é titular.

¹⁵² PAULO CUNHA, *Da Garantia nas Obrigações*, II, Lisboa, 1938/1939, p. 64.

¹⁵³ A doutrina verificou, e bem, que o artigo 844.º do Código de Seabra, apesar de atribuir um direito ao fiador, não previu a forma como o fiador poderia exercer tal direito. Defendia-se que se o devedor não pagasse a dívida, nem o desonerasse da fiança, podia exigir o depósito da dívida da titularidade do credor, defendendo que as garantias eventuais que o devedor pudesse prestar não atingiam o fim de segurança tão forte, como aquele que se alcança com o depósito da quantia devida, em virtude de tais garantias poderem diminuir ou o devedor cair numa situação de insolvência.

¹⁵⁴ Neste sentido, AMÉRICO DA SILVA CARVALHO, *Extinção da Fiança*, *op. Cit.*, p. 177.

Contudo, o regime do direito de liberação não consagrava qualquer tutela indemnizatória¹⁵⁵, em virtude de no concreto momento da relação fidejussória, o fiador ainda não ter tido qualquer dano, mormente porque ainda não havia sido demandado para pagamento da obrigação principal pelo credor, razão pela qual não teria direito a ser ressarcido pelos danos patrimoniais.

A doutrina defendia que, se o fiador conseguisse que o devedor pagasse a dívida ao credor, ou se este desonerasse o fiador da fiança, esta obrigação extinguir-se-ia¹⁵⁶. Todavia, se o credor não desse o seu assentimento à liberação, a obrigação de fiança permanecia.

Na vigência do Código de Seabra, a civilística portuguesa analisava a necessidade da existência de uma relação jurídica entre o devedor e o fiador que justificasse a verificação do direito de liberação.

A doutrina defendia que o direito de liberação do fiador só operaria se existisse uma relação jurídica entre o fiador e o devedor, considerando-se não existir tal direito na esfera jurídica do fiador se a fiança tivesse sido prestada com a oposição do devedor originário, se o fiador apenas se tivesse obrigado no interesse do credor, e não do devedor, e se a fiança tivesse sido prestada com *animus donandi*¹⁵⁷.

7. OS PREPARATÓRIOS DE ADRIANO VAZ SERRA E O SEU ANTEPROJECTO PARA O CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS DE 1966

Os Preparatórios de ADRIANO VAZ SERRA, concretizados em milhares de páginas de estudos, tiveram um papel essencial e singular no actual Código Civil de 1966, revelando-se sobretudo essenciais para as soluções consagradas no seu actual Livro II, atinente às obrigações em geral¹⁵⁸. Este civilista analisou com grande detalhe¹⁵⁹, com

¹⁵⁵ AMÉRICO DA SILVA CARVALHO, *Extinção da Fiança, op. Cit.*, p. 191.

¹⁵⁶ AMÉRICO DA SILVA CARVALHO, *Extinção da Fiança, op. Cit.*, p. 192.

¹⁵⁷ AMÉRICO DA SILVA CARVALHO, *Extinção da Fiança, op. Cit.*, p. 195 e ss., elencava as diferentes situações na esteira dos ensinamentos de ADRIANO VAZ SERRA, nos quais o Fiador não teria direito à liberação da garantia pessoal por si prestada, nos termos do disposto no artigo 844.º do Código Civil.

¹⁵⁸ Por referência ao objecto de estudo, ver por todos, ADRIANO VAZ SERRA, *Fiança e Figuras Análogas*, pp. 179 e ss.

¹⁵⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código Civil Comentado I – Parte Geral*, 1.ª ed., Coimbra, 2020, pp. 611 e ss., a propósito da análise da preparação do Código Civil de 1966, destaca que a comparação entre os Preparatórios do negócio jurídico entregues a RUI DE ALARCÃO e os Preparatórios relativos ao Direito das obrigações, confiadas a VAZ SERRA, mostram a presença de estilos diferentes, tendo este segundo civilista optado por estudos maciços com profunda análise do Direito comparado, redigindo articulados

um elevado nível dogmático e numa perspectiva comparatística¹⁶⁰ os diversos institutos jurídicos, recorrendo, maioritariamente, às lições do Direito alemão e do Direito italiano, não obstante ter analisado, em algumas matérias, outros ordenamentos jurídicos, tendo tal análise sido feita de um ponto de vista crítico¹⁶¹.

ADRIANO VAZ SERRA, após ter analisado com rigor o instituto jurídico da fiança, nas suas múltiplas valências, no seu estudo *Fiança e Figuras Análogas*, propõe o seguinte articulado atinente à liberação do fiador, no seu artigo 24.^o¹⁶² (Direito à liberação ou à prestação de caução):

1. *O fiador pode exigir do devedor a sua liberação, ou a prestação de caução para garantia do seu eventual direito contra o mesmo devedor, nos seguintes casos:*
2. *Se os riscos do fiador se tornam bastante mais sérios do que na data em que se obrigou.*

A proposta de ADRIANO VAZ SERRA previa ainda um importante número 3, o qual determinava:

O direito de que trata este artigo não tem lugar quando entre o devedor e o fiador, não existir uma relação que o justifique.

meticulosos e alargados . Ao contrário do primeiro que redigiu os articulados com breves justificações de motivos.

¹⁶⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código Civil Comentado I – Parte Geral*, 1.^a ed., Coimbra, 2020, p. 36, destaca que os trabalhos preparatórios de VAZ SERRA cobrem a área nuclear do Direito das obrigações, representando muitos milhares de páginas de investigação e divulgação em muitas áreas que, depois do seu estudo, pouco ou nada foram estudadas.

¹⁶¹ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, II, Parte Geral – Negócio Jurídico*, 4.^a ed. Coimbra, 2020, pp. 67 e ss., indica que o primeiro impulso para a substituição do Código de Seabra de 1867, por um novo Código Civil, foi dado por ADRIANO VAZ SERRA, Ministro da Justiça em 1944 e, posteriormente, Presidente da Comissão de Reforma. Este autor realça os importantes estudos e extensíssimos estudos de Adriano Vaz Serra, na feitura dos anteprojectos, na área das obrigações, e o seu papel central no Código Civil de 1966, propondo a designação do *Código Vaz Serra*.

¹⁶² ADRIANO VAZ SERRA, *Fiança e Figuras Análogas*, p. 304.

ADRIANO VAZ SERRA foi encarregado de redigir o Anteprojecto do Livro II do actual Código Civil¹⁶³.

Compulsando a proposta de redacção de ADRIANO VAZ SERRA¹⁶⁴ prevista no seu Anteprojecto, em concreto, no seu artigo 204.º, sob a epígrafe: *Direito à liberação ou à prestação de caução*, este tinha o seguinte teor, no segmento que interessa a este estudo:

O fiador pode exigir do devedor a sua liberação, ou a prestação de caução para a garantia do seu eventual direito contra o mesmo devedor, nos seguintes casos:

2.º Se os riscos do fiador se tornarem bastante mais sérios do que na data em que se obrigou ou se, existindo já nessa data, eram ignorados, sem culpa sua, pelo mesmo fiador

O número 3 do artigo 204.º do Anteprojecto determinava que: *o direito, de que trata este, não tem lugar quando, entre o devedor e o fiador, não existir relação que o justifique.*

Na 1.ª Revisão Ministerial de 1962¹⁶⁵, o direito de liberação estava consagrado no artigo 634.º, cuja epígrafe era a prevista nos trabalhos preparatórios, *ipsis verbis*. Este artigo dispunha o seguinte:

Ao fiador é permitido exigir a sua liberação ou a prestação de caução para garantia do seu direito de eventual regresso contra o devedor, nos seguintes casos:

b) Se os riscos da fiança se agravarem de forma sensível.

¹⁶³ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, II, Parte Geral – Negócio Jurídico*, 4.ª ed. Coimbra, 2020, pp. 66 e ss.

¹⁶⁴ ADRIANO VAZ SERRA, *Direito das Obrigações* (com Excepção dos Contratos em Especial) Anteprojecto, Lisboa, 1960, pp. 154-156.

¹⁶⁵ Ver por todos, *Código Civil Livro II, Direito das Obrigações (1.ª Revisão Ministerial)*, Lisboa, 1962, p. 116.

Verificou-se, assim, uma alteração substancial ao conteúdo do preceito legal em análise, tendo sido suprimido o trecho “*ou se, existindo nesta data, eram ignorados, sem culpa sua, pelo mesmo fiador*”.

A nosso ver, a alteração ao preceito em análise levada a cabo pela pena do Ministro da Justiça, ANTUNES VARELA, foi de elevada extensão, tendo em conta que, atendendo à proposta inicial de ADRIANO VAZ SERRA, o fiador gozava do direito de liberação ou à prestação de caução, mesmo que os riscos do fiador fossem sérios *ab initio*, apesar de serem desconhecidos sem culpa.

A proposta prevista no Anteprojecto de ADRIANO VAZ SERRA parecia tutelar de forma mais intensa o fiador do que a redacção que acabou por ficar consagrada no actual Código Civil, uma vez que, mesmo sendo o fiador diligente e cumprindo com os deveres de cuidado no tráfego aquando da assunção da garantia pessoal a que está adstrito, poderá desconhecer, sem culpa, os riscos concretos inerentes àquele negócio de risco.

O direito de liberação está, actualmente, previsto no artigo 648.º do Código Civil de 1966, sendo que a redacção definitiva vigente apenas se corporizou na 2.ª Revisão Ministerial de 1965¹⁶⁶, no seu artigo 648.º (Direito do fiador à liberação ou à prestação da caução), o qual determinava o seguinte:

É permitido ao fiador exigir a sua liberação, ou a prestação de caução para garantia do seu direito eventual contra o devedor, nos casos seguintes:

b) Se os riscos da fiança se agravarem sensivelmente.

Verificamos, deste modo, que a 2.ª Revisão Ministerial apenas corporizou uma alteração de forma por comparação à letra do artigo 634.º da 1.ª Revisão Ministerial, alterando-se a locução: “*se os riscos da fiança se agravarem de forma sensível*” para “*se os riscos da fiança se agravarem sensivelmente*”.

¹⁶⁶ Ver por todos, *Código Civil Livro II, Direito das Obrigações (2.ª Revisão Ministerial)*, Lisboa, 1965, pp. 94 e 95

Atendendo à letra dos preceitos atinentes à liberação do fiador consagradas quer no Anteprojecto de VAZ SERRA, quer nas 2 Revisões Ministeriais de ANTUNES VARELA, resulta clara a superioridade dogmática do preceito, afastando-se da natureza de cariz mais compreensiva prevista no artigo 844.º do Código de Seabra, tendo-se adoptado um articulado com um carácter mais analítico, com recurso a conceitos abertos e indeterminados¹⁶⁷.

8. O DIREITO DE LIBERAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE 1966 – O REGIME DO ARTIGO 648.º, ALÍNEA B)

O direito de liberação ou à prestação de caução está, conforme por nós já dito, consagrado no artigo 648.º do Código Civil, sendo certo que apenas trataremos da possibilidade de liberação consagrada na alínea b), isto é, quando *os riscos da fiança se agravarem sensivelmente*.

Conforme anteriormente referenciado, comparando o teor do preceito legal actualmente vigente na nossa ordem jurídica com o número 2 do artigo 844.º do Código de Seabra, verifica-se a sua superioridade legística e dogmática¹⁶⁸, prevendo-se uma cláusula aberta, imbuída de conceitos indeterminados – “riscos da fiança” e “agravamento sensível” – interligados entre si como um todo e que permitem ao intérprete–aplicador ampliar a tutela concedida ao fiador.

Amplia-se a possibilidade de aplicação deste regime jurídico, além das situações do agravamento patrimonial da situação do devedor, às quais o anterior regime não dava guarida¹⁶⁹, na esteira do regime legal consagrado no artigo 2032.º, do Código Napoleão.

¹⁶⁷ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, X, p. 496 e ss. é particularmente crítico em relação à supressão do preceito proposto por ADRIANO VAZ SERRA, que previa a necessidade de ligação entre o devedor e o fiador para que a liberação pudesse operar e os problemas que a solução legal acarretavam no tráfego jurídico nacional, desaproveitando-se, deste modo, o avanço do BGB como fonte inspiradora de ADRIANO VAZ SERRA, mas abandonado por ANTUNES VARELA.

¹⁶⁸ JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, p. 856, refere que o legislador se afastou, de forma intencional, do teor da redacção do número 2, do artigo 844.º do Código de Seabra, optando por uma fórmula mais elástica, tendo por inspiração o número 3 do artigo 506.º do Código Civil suíço.

¹⁶⁹ Cfr. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, I, (Artigos 1.º a 761.º), *ob. Cit.*, pp. 664 e ss., referem que a fórmula utilizada pelo legislador de 1966 (liberação do fiador ou prestação de caução para garantia do eventual a direito deste) é mais clara e rigorosa do que a expressão usada no artigo 844.º do Código de Seabra: pagamento da dívida ou desoneração da fiança.

A doutrina nacional tende a considerar que o elenco previsto no artigo 648.º do Código Civil não tem carácter taxativo, podendo as partes, no âmbito da sua autonomia privada, convencionar outros fundamentos para o direito de liberação, com eficácia *inter partes*¹⁷⁰.

Sufragamos tal entendimento, uma vez que as partes do negócio, em cumprimento do princípio da autonomia privada, pilar do Direito civil, e desde que cumpram com o bloco de legalidade vigente, mormente as normas resultantes dos artigos 280.º e seguintes do Código Civil, podem, validamente, convencionar situações de liberação do fiador além daquelas que se encontram consagradas no artigo 648.º, as quais, a verificar-se, atribuirão legitimidade ao garante para exigir a sua exoneração perante o devedor.

Densificando o preenchimento dos conceitos indeterminados *supra* elencados, resulta, com cristalina certeza, que estes terão sempre um carácter essencialmente patrimonial. Outro caminho não seria possível, atendendo ao ramo de Direito em que nos movemos e aos interesses em jogo.

Procurando deslindar o conceito de “riscos da fiança” e de “agravamento sensível”, que deverão ser objeto de análise simultânea, parece-nos que o seu preenchimento deverá partir do ponto prévio de que a fiança é um negócio de risco.

No que se refere ao “agravamento sensível”, afigura-se decisivo aferir, *ab initio*, quais foram os meandros que nortearam a constituição da fiança, uma vez que tal análise será como que condição *sine qua none* para que se possa constatar se, por referência ao momento da constituição das fianças, os “riscos da fiança” se agravaram de forma sensível¹⁷¹.

Entendemos que o agravamento sensível dos riscos da fiança, na sua máxima extensão, se prenderá com o risco de incumprimento da obrigação do devedor perante o credor, numa constelação determinada de casos. A título meramente exemplificativo, refira-se a situação de alienação fraudulenta do património do devedor ou uma quebra abrupta não culposa dos bens que integram a sua esfera jurídica; nas fianças solidárias, a morte do co-fiador sem ter deixado herdeiros; a desvalorização patrimonial abrupta ou a

¹⁷⁰ É o caso de JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, pp. 852 e ss., que defende o elenco do artigo 648.º do Código Civil como sendo não taxativo.

¹⁷¹ Nem sempre tal análise se afigurará fácil, conforme *infra*, pp. 146 e ss., tentaremos demonstrar.

destruição dos bens sob os quais incidiam direitos reais de garantia, constituídas em momento contemporâneo à constituição da fiança ou a declaração judicial de invalidade de outras garantias constituídas ao mesmo tempo do que a fiança e que também garantiam o cumprimento da obrigação.

Mas nem sempre terá de ser assim, uma vez que, ao contrário do que é expressamente previsto no ordenamento jurídico francês, italiano e espanhol, por exemplo, onde a liberação do fiador está intrinsecamente ligada à ideia de quebra ou insolvência do devedor, o legislador português não escolheu, e a nosso ver bem, essa lição do direito comparado.

Entendemos, deste modo, que tudo dependerá do que foi discutido e convencionado entre as partes aquando da constituição da fiança e da obrigação afixada, uma vez que o conceito de “risco sensível” parece-nos ser livremente moldável entre as partes, no âmbito da sua autonomia privada, ainda que não façam, em sede de negociação da fiança, referência directa ao regime do artigo 648.º, alínea b), do Código Civil.

É esta, para nós, a única solução interpretativa possível para o regime previsto no preceito legal em estudo, pois, caso contrário, a liberação estaria sempre ligada à ideia de quebra e insolvência do fiador, o que não parece ter sido o objetivo do legislador nacional, tanto assim que VAZ SERRA¹⁷² tinha pleno conhecimento da solução impressa na ordem jurídica francesa e italiana, bem como do regime previsto no Código de Seabra de matriz napoleónica, e não a adotou nos seus Preparatórios, sendo certo que a solução que acabou por ser consagrada e que vigora actualmente entre nós também não seguiu tal caminho.

Deste modo, podem as partes conformar, no âmbito da sua autonomia privada, o que entendem por alteração dos riscos sensíveis da fiança, definindo situações que nada têm que ver com a degradação do património do fiador e que integrarão, de igual modo, a figura em estudo. As partes apenas estão limitadas ao cumprimento da legalidade vigente, razão pela qual a sua convenção não pode violar nenhuma norma injuntiva vigente ou qualquer princípio geral de Direito civil.

¹⁷² ADRIANO VAZ SERRA, *Fiança e Figuras Análogas*, op. Cit., pp. 179 e ss., refere logo no início do seu estudo que os códigos civis, de um modo geral, reconhecem o direito dos fiadores, em certas circunstâncias, em exigir a sua liberação ou a prestação de caução, analisando, depois de tratar do regime previsto no Código de Seabra, as soluções consagradas no Direito alemão, no Direito suíço, no Direito francês e no Direito italiano, conforme anteriormente por nós referido.

Imagine-se como exemplo hipotético demonstrativo da fundamentação *supra* exposta a situação na qual o fiador se constitui como garante do devedor para o cumprimento de uma obrigação civil uma vez que eram sócios de uma sociedade comercial por quotas, na qual desenvolviam a actividade de construção de relógios e o fiador pretendia auxiliar o seu sócio, em virtude da relação que tinham. Suponha-se que ambos retiravam todos os seus rendimentos do exercício de tal actividade comercial e que o fiador, antes de se ter vinculado, convencionou expressamente com o devedor que apenas constituía tal garantia pessoal para ajudar o seu sócio e que, caso este transmitisse a sua quota a um terceiro, deixando de ter contacto com o fiador, tal seria para si um risco intenso não disposto a suportar e que deveria, por isso, desencadear a sua libertação imediata.

Neste caso, se o devedor celebrasse um contrato de cessão de quotas com um terceiro, julgamos que o fiador teria legitimidade para requerer junto daquele a sua libertação, uma vez que se verifica uma alteração sensível dos riscos da fiança, por referência à convenção destas duas partes do triângulo fidejussório, mesmo que, objectivamente, o devedor não ficasse numa situação económica mais periclitante.

Ainda por referência ao exemplo exposto no parágrafo antecedente, parece-nos que a solução é justificável, uma vez que, a partir da saída do devedor da sociedade, este deixará de poder acompanhar de forma directa a evolução do seu património, os negócios por si praticados ou as novas obrigações assumidas, razão pela qual o fiador diligente pretendeu acautelar tal situação.

Assim sendo, poderá haver situações em que, apesar do devedor conseguir ainda cumprir, em termos objectivos, a sua obrigação perante o credor, uma vez que o seu património ainda é suficiente para o fazer, se verifique uma alteração de risco sensível da fiança.

O agravamento sensível dos riscos da fiança poderá ter natureza subjectiva ou objectiva.

Terá natureza subjectiva quando o devedor originário, ou terceiro, por causa que lhes seja imputável, praticam, a título de dolo ou negligência, uma conduta que desencadeia que os riscos da fiança se agravem e de forma sensível.

Por oposição terá natureza objectiva quando a sua verificação se dá por causa à qual a vontade do devedor é totalmente alheia. A configuração de exemplos mais comuns no tráfego será aquela em que se verifica um pioramento das condições de cumprimento da obrigação, por referência aos exemplos supracitados.

Ressalve-se que apesar de os dois conceitos que temos vindo a analisar se tenham de analisar de forma conjunta, a verdade é que para que o direito de liberação possa operar no tráfego é necessário que se verifique, de forma cumulativa, uma alteração dos riscos da fiança e que tal situação constitua, por si só, um agravamento sensível.

Tratam-se, pois, de dois conceitos indeterminados, geneticamente dependentes entre si, sem os quais o direito de liberação não pode operar.

Deste modo, não releva qualquer agravamento do risco da fiança: o mesmo terá de ter, necessariamente, uma natureza especialmente sensível e intensa, suscetível de espoletar a aplicação do regime jurídico em estudo.

8.1. O DIREITO À PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO NO ÂMBITO DO ARTIGO 648.º DO CÓDIGO CIVIL

O artigo 648.º, número 1, do Código Civil, determina que é permitido ao fiador exigir a sua liberação ou a prestação de caução¹⁷³.

Para que se possa concretizar o regime previsto no artigo 648.º, número 1, do Código Civil, afigura-se essencial compreender, em traços gerais, o regime substantivo e adjectivo da prestação de caução¹⁷⁴.

¹⁷³ Sobre a prestação de caução no âmbito do regime do artigo 648.º do Código Civil, JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, pp. 850-851.

¹⁷⁴ Sobre a caução, com nível de profundidade de análise diversa, PAULO CUNHA, *Da Garantia nas Obrigações*, II, pp. 5 e ss.; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, X, pp. 617 e ss.; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, II, pp. 471 e ss.; PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, I, (Artigos 1.º a 761.º), pp. 640 e ss.; MARIA VAZ TOMÉ, *Comentário ao Código Civil, Direito das Obrigações, Das Obrigações em Geral*, pp. 623 e ss.; RUI PINTO, *Código de Processo Civil, Vol. II*, 1.ª ed., Coimbra, 2018, pp. 796 e ss.; MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, pp. 79 e ss.; DIOGO CASTANHEIRA PEREIRA, *Prestação de Caução, in Processos Especiais*, Vol. I, Lisboa, 2020, pp. 117 e ss.; PEDRO ROMANO MARTINEZ/PEDRO FUZETA DA PONTE, *Garantias de Cumprimento*, pp. 73 e ss.; JOSÉ FERREIRA GOMES/TIAGO SOARES DA FONSECA, *Código Civil Comentado II – Das Obrigações em Geral*, pp. 724 e ss.; ABRANTES GERALDES/PAULO PIMENTA/PIRES DE SOUSA, *Código de Processo Civil Anotado, Vol. II*, Coimbra, 2020, pp. 345 e ss.

Assim sendo, a prestação de caução é regulada, do ponto de vista substantivo, no capítulo VI do Código Civil, Livro II, relativo às garantias especiais das obrigações, em concreto, nos artigos 623.º a 626.º¹⁷⁵.

Por seu turno, no direito adjectivo, a prestação de caução é regulada nos artigos 906.º a 915.º do Código de Processo Civil, enquanto processo declarativo especial.

A caução não era consagrada, de forma autónoma no Código de Seabra¹⁷⁶, apesar de alguns artigos dispersos deste diploma previrem a possibilidade de prestação de caução¹⁷⁷, surgindo, no actual Código Civil, sob a pena de ADRIANO VAZ SERRA.

Conforme refere ANTUNES VARELA¹⁷⁸, caução, numa acepção ampla, é sinónimo de segurança ou de garantia especial da obrigação, servindo para abranger, genericamente, todas as situações em que a lei ou a estipulação das partes exige a prestação de qualquer garantia especial, sem determinação da sua espécie.

Assim sendo, caução pode ser designada como a garantia que é prestada para assegurar o pontual cumprimento de determinadas obrigações, regra geral, de natureza futura ou de montante aproximado¹⁷⁹.

Relativamente às diferentes modalidades de caução, atendendo ao critério da sua fonte, estas podem ser de natureza legal, de acordo com o disposto no artigo 623.º, ou de natureza convencional ou judicial, de acordo com o disposto no artigo 624.º. Enquanto que a caução de natureza legal resulta da existência de um determinado preceito legal que a preveja, a caução de natureza convencional resulta da autonomia privada e de determinado negócio jurídico que as vincule nesse sentido. Por fim, a caução de natureza judicial resulta de determinada disposição judicial.

¹⁷⁵ PEDRO ROMANO MARTINEZ/PEDRO FUZETA DA PONTE, *Garantias de Cumprimento*, p. 74, defendem que a caução constitui uma garantia mista, sendo um *tertium genus* entre as garantias pessoais e as garantias reais, apesar de as categorias “garantias pessoais” e “garantias reais” excluírem qualquer tipo de combinação.

Com o mesmo entendimento, DIOGO CASTANHEIRA PEREIRA, *Prestação de Caução, in Processos Especiais*, Vol. I, p.119 e JOSÉ FERREIRA GOMES/TIAGO SOARES DA FONSECA, *Código Civil Comentado II – Das Obrigações em Geral*, p. 728.

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, X*, p. 657, fala do carácter híbrido da caução.

¹⁷⁶ Sobre a caução sob a égide do Código de Seabra, HUMBERTO LOPES, *Da Extinção da Fiança*, pp. 149 e ss.

¹⁷⁷ Cfr. JOSÉ FERREIRA GOMES/TIAGO SOARES DA FONSECA, *Código Civil Comentado II – Das Obrigações em Geral*, p. 724.

¹⁷⁸ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, II, p. 472.

¹⁷⁹ Sobre a noção de caução, JOSÉ FERREIRA GOMES/TIAGO SOARES DA FONSECA, *Código Civil Comentado II – Das Obrigações em Geral*, p. 725.

Relativamente à espécie de caução na qual esta se concretize, a caução pode ser real se tiver por objecto uma garantia real, ou pessoal, se tiver por objecto uma garantia pessoal¹⁸⁰.

No que concerne à caução legal, a caução pode ser exigida por lei¹⁸¹ ou autorizada por lei¹⁸².

A maioria da doutrina portuguesa dá como exemplo de caução autorizada por lei o regime do artigo 648.º do Código Civil¹⁸³, não obstante alguns autores considerarem que este regime prevê um caso de obrigação legal de prestar caução¹⁸⁴.

Tomando posição, na circunstância de se verificar uma situação de alteração sensível dos riscos da fiança, o fiador poderá exigir ao devedor que este o exonere da obrigação fidejussória, através da sua liberação.

O fiador pode também, de forma alternativa¹⁸⁵, exigir que o devedor lhe preste caução.

A *ratio legis* do artigo 648.º do Código Civil, entendida em termos globais, pretende conceder uma tutela preventiva ao fiador, de modo a que o risco fidejussório não se concretize e que o direito à sub-rogação não fique obliterado de qualquer efeito útil em virtude de ruína do devedor.

Parece-nos que a tutela prevista no artigo 648.º do Código Civil tem natureza alternativa, o que significa que o fiador pode escolher, de forma discricionária, atendendo aos seus interesses concretos, se pretende a sua liberação da obrigação

¹⁸⁰ JOSÉ FERREIRA GOMES/TIAGO SOARES DA FONSECA, *Código Civil Comentado II – Das Obrigações em Geral*, p. 726.

¹⁸¹ São exemplos de caução exigida por lei as hipóteses as seguintes situações previstas nos Código Civil: artigo 93.º (curadoria provisória); artigo 1223.º (renda perpétua); artigo 1465.º (usufruto constituído sobre dinheiro e usufruto de capitais levantados). No Código de Processo Civil: artigo 733.º, 1, a), relativo à prestação de caução para suspensão dos embargos de executado; 647.º, número 4, para a suspensão dos efeitos do recurso de apelação. No Código das Sociedades Comerciais: artigo 396.º, relativamente à caução a prestar pelos administradores das sociedades anónimas.

¹⁸² Cfr. refere, de forma sintética, MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, p. 80.

¹⁸³ Neste sentido, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, II, p. 473; DIOGO CASTANHEIRA PEREIRA, *Prestação de Caução*, p. 120 e ss.; JOSÉ FERREIRA GOMES/TIAGO SOARES DA FONSECA, *Código Civil Comentado II – Das Obrigações em Geral*, p. 727 e ss.

¹⁸⁴ MARIA VAZ TOMÉ, *Comentário ao Código Civil, Direito das Obrigações, Das Obrigações em Geral*, p. 835, integra o regime do artigo 648.º nos casos em que existe, legalmente, uma obrigatoriedade de prestar caução.

¹⁸⁵ JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, p. 850, ensina que o fiador, credor do direito à liberação, pode começar por exigir ao devedor a sua liberação, passando, em seguida, por exigir a prestação de caução e vice-versa.

fidejussória ou se a pretende manter, exigindo apenas que o devedor lhe preste caução, no sentido de proteger o alcance prático da sua sub-rogação, caso o credor o demande futuramente.

Nos casos em que o fiador exija ao devedor a prestação de caução, esta tem natureza obrigatória.

Pergunta-se se, nos casos em que o fiador exige a prestação de caução ao devedor, este tem legitimidade para a recusar, alegando que o pode liberar.

Esta questão é particularmente compreensível nos casos em que a verificação de alterações sensíveis dos riscos da fiança tem natureza convencional e não esteja relacionada, exclusivamente, com o pioramento da solvabilidade do devedor. Ora, nestes casos, o devedor conseguirá, com maior facilidade, atingir a liberação do fiador, podendo a prestação de caução exigida pelo fiador causar-lhe determinados constrangimentos.

Podemos alegar que sendo permitido ao fiador atingir a sua liberação, este tem uma tutela de cariz mais intensa, uma vez que se assiste à extinção da obrigação fidejussória, o que não se verificara nos casos em que o devedor lhe presta, exclusivamente, caução.

Parece-nos, contudo, que a escolha sobre o direito de liberação ou a prestação de caução cabe, em exclusivo, ao fiador e não ao devedor, uma vez que essa alternativa prevista no artigo 648.º do Código Civil é estabelecida no interesse único do garante e não do devedor¹⁸⁶.

Atendendo a que o artigo 648.º do Código Civil não identifica a espécie de caução a prestar pelo devedor ao fiador, ter-se-á de aplicar o disposto no artigo 623.º do Código Civil¹⁸⁷, o qual determina que *se alguém for obrigado ou autorizado por lei a prestar caução, sem se designar a espécie que ela deve revestir, pode a garantia ser prestada por meio de depósito de dinheiro, títulos de crédito, pedras ou metais preciosos, ou por penhor, hipoteca ou fiança bancária.*

¹⁸⁶ Este é o entendimento de JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, p. 850.

¹⁸⁷ DIOGO CASTANHEIRA PEREIRA, *Prestação de Caução*, p. 121, refere que sempre que a caução imposta ou autorizada pela lei não identifique a espécie, o artigo 623.º, número 1, do Código Civil, determina que a garantia deve ser prestada por meio de garantias especiais pré-determinadas, sendo certo que o preceito legal em causa apenas considera idóneas duas garantias reais (hipoteca e penhor) e uma garantia pessoal (fiança bancária).

A caução prestada através de depósito bancário, títulos de crédito, pedras ou metais preciosos terá de ser havida como penhor, atendendo ao regime previsto no artigo 666.º, número 2, do Código Civil.

A escolha do modo de prestar caução cabe ao fiador, não obstante esta ter de ser idónea atendendo ao conteúdo concreto da relação fidejussória em causa¹⁸⁸, considerando a doutrina que a caução pode ser prestada, regra geral, de forma unilateral, sem necessidade de comunicação ou consentimento prévio do credor¹⁸⁹.

Parece-nos, contudo, que atendendo às relações encetadas entre o fiador e o devedor no decorrer da relação fidejussória, e atendendo a que o pedido de prestação de caução foi requerido pelo fiador, no âmbito do regime do artigo 648.º do Código Civil, o devedor lhe deve comunicar, obrigatoriamente, o tipo de caução que pretende prestar, informação essa que, inclusivamente, se afigura essencial para que o fiador possa aquilatar a idoneidade da caução que o devedor pretende prestar e possa agir em conformidade, caso esta não o seja.

Alguma doutrina parece defender que caução a prestar pelo devedor está sujeita à taxatividade prevista no artigo 623.º do Código Civil¹⁹⁰, defendendo outros autores que o regime previsto neste articulado legal deve ser objeto de interpretação extensiva, de molde a abranger outras garantias especiais das obrigações que não se aplicavam no tráfico, no momento da elaboração e entrada em vigor do Código Civil de 1966¹⁹¹. Referem, ainda, que o mesmo raciocínio se deverá aplicar ao regime da fiança bancária, devendo ser feita uma interpretação extensiva e actualista, de maneira a permitir que a prestação de caução seja feita através de fiança ou garantia bancária prestada por outras entidades financeiras ou reguladas¹⁹².

¹⁸⁸ MARIA VAZ TOMÉ, *Comentário ao Código Civil, Direito das Obrigações, Das Obrigações em Geral*, p. 835, indica que a escolha do modo de prestação de caução cabe ao obrigado, bastando-lhe prestá-la, não se afigurando necessário declarar a sua escolha ao credor.

¹⁸⁹ , JOSÉ FERREIRA GOMES/TIAGO SOARES DA FONSECA, *Código Civil Comentado II – Das Obrigações em Geral*, p. 729.

¹⁹⁰ Este parece ser o entendimento de JOSÉ FERREIRA GOMES/TIAGO SOARES DA FONSECA, *Código Civil Comentado II – Das Obrigações em Geral*, p. 729.

¹⁹¹ MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, p. 81, a propósito do artigo 623.º do Código Civil, ensina que o legislador mencionou apenas quaisquer garantias reais e pessoais, porque eram essas as modalidades de garantias que compunham o elenco das garantias especiais previstas aquando da feitura do Código Civil. Entende este autor que atendendo ao elemento teleológico, nada obstará a que se incluam, de igual modo, um penhor de créditos.

Com igual entendimento, DIOGO CASTANHEIRA PEREIRA, *Prestação de Caução*, p. 122.

¹⁹² Cfr. DIOGO CASTANHEIRA PEREIRA, *Prestação de Caução*, p. 122, em especial a nota de rodapé número 24.

Parece-nos que deve proceder o entendimento de que a caução a prestar não está sujeita a um regime de taxatividade, podendo o devedor prestar, apenas e tão só, a caução que seja idónea ao fim em causa, isto é, a tutela do fiador.

Relativamente à prestação de caução através de fiança, parece-nos que nos casos em que o devedor pretenda recorrer a este meio, o fiador, tomando conhecimento prévio desta circunstância, tem legitimidade para solicitar que aquele, em vez de prestar fiança nesses termos, preste nova fiança junto do credor do devedor originário, uma vez que, através da constituição de nova fiança, conseguirá atingir, de imediato, a sua libertação e subsequente extinção da relação fidejussória.

Apesar de o devedor ter discricionariedade de escolha no modo através do qual pretende prestar caução, a verdade é que esta pode, atendendo à relação fidejussória em causa e aos valores em jogo, não ser idónea atendendo ao escopo de garantia que lhe é inerente.

Pode ainda verificar-se a situação de o fiador, após requerer ao devedor que este lhe preste caução ao abrigo do regime do artigo 648.º e artigo 623.º, ambos do Código Civil, nada faça, tendo uma conduta de total omissão e negligência.

Nestes casos, em virtude do princípio da hétero-tutela que vigora na nossa ordem jurídica, o fiador deve recorrer à acção declarativa especial de prestação de caução, prevista nos artigos 906.º a 915.º do Código de Processo Civil¹⁹³, a qual é uma prestação de caução de natureza provocada¹⁹⁴ e forçada, resultante do incumprimento do devedor da sua obrigação de caucionar.

No seu requerimento inicial, o fiador deve alegar os factos alicerçados na lei que lhe conferem o direito de lançar mão da referida acção especial, o que constitui a causa de pedir desta acção. Deve ainda proceder à justificação do valor que deve ser caucionado pelo devedor, podendo ainda, eventualmente, indicar a modalidade de caução a se verificar.

Deste modo, o fiador deve explicitar as circunstâncias que lhe permitem recorrer ao mecanismo alternativo previsto no artigo 648.º do Código Civil, sendo certo que, no

¹⁹³ ABRANTES GERALDES/PAULO PIMENTA/PIRES DE SOUSA, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. II, pp. 345 e ss.

¹⁹⁴ DIOGO CASTANHEIRA PEREIRA, *Prestação de Caução*, p. 124, refere que a prestação de caução pode ser provocada pelo credor, de acordo com o disposto no artigo 906.º, do Código de Processo Civil ou espontânea, pelo obrigado, de acordo com o previsto no artigo 913.º do Código de Processo Civil.

caso concreto em estudo, está relacionado com alterações sensíveis dos riscos da fiança, devendo assim o fiador alegar em juízo os factos essenciais que demonstrem a verificação cabal dessa circunstância.

As provas devem ser apresentadas aquando da submissão do requerimento inicial do fiador, independentemente da sua natureza documental, testemunhal¹⁹⁵.

A prestação da caução em causa não está dependente da certeza ou liquidez da obrigação de pagamento a garantir, uma vez que atendendo ao momento concreto da relação fidejussória, não se consegue aferir, por um lado, se os riscos inerentes à fiança se irão efetivamente verificar e, por outro lado, caso se verifiquem, qual será o montante global dos prejuízos do fiador, resultantes do cumprimento da obrigação afiançada.

Após a apresentação do requerimento inicial pelo fiador, o devedor, na qualidade de requerido, é citado, nos termos do disposto no artigo 907.º, número 1, do Código de Processo Civil, para deduzir oposição ou oferecer caução idónea, devendo, ainda, oferecer provas.

Devidamente citado, o devedor pode assumir uma de quatro posições distintas¹⁹⁶:

- 1) Ter uma posição omissiva, não apresentando contestação ao requerimento inicial do fiador;
- 2) Contestar a obrigação de caucionar;
- 3) Contestar o montante a caucionar, nos termos indicados pelo fiador no seu requerimento inicial;
- 4) Prestar caução ou referir os moldes em que a pretende prestar.

No que se refere à primeira situação, e tendo o devedor sido devidamente citado¹⁹⁷, a revelia por falta de impulso processual consubstanciada na falta de apresentação de contestação é considerada operante, com a subsequente aplicação do regime do artigo 910.º do Código de Processo Civil.

¹⁹⁵ ABRANTES GERALDES/PAULO PIMENTA/PIRES DE SOUSA, *Código de Processo Civil Anotado, Vol. II*, p. 346 chama à colação que é supletivamente aplicável a esta acção especial, o regime do processo comum de declaração.

¹⁹⁶ Sobre a conduta que o requerido pode ter, ver, por todos, DIOGO CASTANHEIRA PEREIRA, *Prestação de Caução*, p. 126.

¹⁹⁷ Nos casos em que o devedor não tenha sido devidamente citado, verifica-se um caso de revelia não operante, aplicando-se o regime do artigo 908.º do Código de Processo Civil.

Deste modo, os factos alegados pelo fiador, no seu requerimento inicial, consideram-se confessados, nos termos do disposto no artigo 567.º, n.º 1, do Código de Processo Civil.

Contrariamente ao que resulta do processo declarativo comum, em que após o tribunal decretar a revelia operante, notifica as partes para, nos termos do disposto no artigo 567.º, n.º 2, do Código de Processo Civil, alegarem, por escrito, no processo especial de prestação de caução, não se verifica essa faculdade neste tipo de processo especial.

O tribunal, não obstante considerar confessados os factos alegados pelo fiador, não tem, necessariamente, de julgar procedente por provado o pedido de prestação de caução por si formulado contra o devedor.

Destarte, o tribunal apenas deve julgar procedente o pedido de prestação de caução se os factos invocados no requerimento inicial forem idóneos a integrar uma situação que integre alterações sensíveis dos riscos da fiança, nos termos previstos no artigo 648.º, alínea b), do Código Civil.

Na circunstância de o tribunal julgar pela procedência do pedido formulado pelo fiador, fixa a caução, devolvendo-lhe o processo para que este indique o modo através do qual a caução deverá ser prestada, conforme resulta do regime previsto no artigo 910.º do Código de Processo Civil¹⁹⁸.

Destaque-se, porém, que a inércia do devedor e subsequente aplicação do regime do artigo 910.º do Código de Processo Civil não confere ao fiador o direito de determinar livremente o modo de prestação da caução, estando este limitado às modalidades previstas no quadro legal, nos termos previstos no artigo 623.º, número 2, do Código Civil.

Nos casos em que o devedor contesta a obrigação de caucionar, este pode apresentar defesa por excepção, invocando excepções de natureza dilatória¹⁹⁹ ou

¹⁹⁸ Neste sentido, ABRANTES GERALDES/PAULO PIMENTA/PIRES DE SOUSA, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. II, p. 345.

¹⁹⁹ O devedor poderá invocar excepções dilatórias nominadas, nos termos previstos no artigo 577.º do Código de Processo Civil, como a nulidade de todo o processo, a falta de personalidade ou de capacidade judiciária das partes, a litispendência ou o caso julgado. Poderá sempre invocar excepções dilatórias não nominadas, atendendo à circunstância do caso concreto.

peremptória²⁰⁰ e, de forma alternativa ou cumulativa, impugnar os factos alegados pelo fiador no seu requerimento inicial.

No que concerne à defesa por impugnação, o devedor pode tentar demonstrar que, no caso *sub judice*, não se verificam alterações sensíveis dos riscos da fiança nos termos alegados pelo fiador no seu requerimento inicial. Assim, nos casos em que tal circunstância esteja relacionada com o alegado agravamento da situação patrimonial do devedor, este pode vir demonstrar a juízo que tal alegação não tem fundamento, sendo a sua solvabilidade semelhante àquela que se verificava aquando do início da relação fidejussória e que esteve na origem da determinação do risco fidejussório pelo fiador. Nas situações em que as alterações sensíveis dos riscos da fiança tenham base convencional, isto é, que resultem de determinações concretas encetadas entre o fiador e o devedor e não estejam relacionadas, em exclusivo, com a quebra patrimonial do segundo, o garante pode também demonstrar que tais circunstância não se encontram verificadas.

O tribunal aprecia o mérito da causa, por meio de recurso à prova sumária, conforme resulta do artigo 908.º, número 1, do Código de Processo Civil. A ser julgado procedente por provado o pedido de prestação de caução, segue-se, em seguida, o regime dos artigos 908.º, número 2, artigo 909.º e 910.º, todos do Código de Processo Civil²⁰¹.

No caso de o devedor apresentar contestação, através do qual não ponha em causa a verificação de alterações sensíveis dos riscos da fiança, atendendo àquela concreta relação fidejussória, mas apenas e tão só impugnar o valor da caução indicada pelo fiador, tem de se aplicar o regime previsto no artigo 907.º, número 2, do Código de Processo Civil. Neste caso, o devedor tem, obrigatoriamente, de especificar o modo como pretende prestar a caução, sob pena de o tribunal não admitir a impugnação deduzida pelo devedor.

Nas situações em que o devedor se limita a impugnar o valor a caucionar indicado pelo fiador, o regime aplicável é o da revelia, nos termos supracitados.

²⁰⁰ As exceções peremptórias em causa que podem ser invocadas pelo devedor são de múltipla ordem, nos termos previstos no artigo 576.º, número 3, do Código de Processo Civil.

²⁰¹ Cfr. DIOGO CASTANHEIRA PEREIRA, *Prestação de Caução*, p. 128.

O tribunal, após ouvir o fiador e atendendo à oposição do devedor, fixa o valor da caução, através de julgamento de prova sumária, nos termos previstos no artigo 908.º, número 3, do Código de Processo Civil²⁰².

Por fim, na quarta situação acima indicada, o devedor pode prestar caução ou indicar os moldes em que a pretende caucionar, bem como o montante peticionado pelo fiador no seu requerimento inicial²⁰³.

No caso de o devedor oferecer hipoteca ou consignação de rendimentos, nos termos previstos no artigo 907.º, número 3, do Código de Processo Civil, deve apresentar logo certidão do respetivo registo provisório e dos encargos inscritos sobre os bens, bem como a certidão do seu rendimento coletável, se o houver.

O fiador, oferecida a caução ou indicado o modo como o devedor a pretende prestar, pode, nos termos previstos no artigo 909.º do Código de Processo Civil, no prazo de 15 dias, impugnar a idoneidade da caução, devendo, para o efeito, oferecer as provas de que dispuser²⁰⁴.

O tribunal, antes de proferir decisão, deve dar oportunidade ao devedor de exercer o seu direito ao contraditório.

Na circunstância de o tribunal decretar a inidoneidade da caução, este devolve ao fiador o direito de indicar o modo como esta deve ser prestada, conforme determina o artigo 910.º do Código de Processo Civil²⁰⁵.

Em sentido contrário, caso o tribunal considere a caução idónea²⁰⁶, cabe ao devedor comprovar a sua prestação, na eventualidade de não o ter feito até àquele

²⁰² ABRANTES GERALDES/PAULO PIMENTA/PIRES DE SOUSA, *Código de Processo Civil Anotado, Vol. II*, p. 347, referem que a suficiência do valor da caução afere-se através do montante do crédito do requerente, o qual pode englobar capital, juros e despesas, em decorrência de norma específica ou de convenção das partes. A idoneidade da fiança é avaliada atendendo às finalidades que lhe estão associadas.

²⁰³ DIOGO CASTANHEIRA PEREIRA, *Prestação de Caução*, p. 129, indica que a caução a prestar deve cobrir, além do valor do crédito, também o montante dos acessórios.

²⁰⁴ DIOGO CASTANHEIRA PEREIRA, *Prestação de Caução*, p. 130, ensina que a idoneidade da caução é prestada de forma sumária, nos termos previstos no artigo 294.º e 295.º do Código de Processo Civil.

²⁰⁵ Será também devolvido ao fiador o direito a indicar o modo de prestação de caução, também nos casos em que o devedor se encontrar em revelia operante (artigo 910.º do Código de Processo Civil) ou não indicar o modo como pretende prestar caução.

²⁰⁶ A idoneidade deve ter também em linha de conta o disposto no artigo 909.º, número 2, do Código de Processo Civil.

momento processual, sendo a prestação apreciada ao abrigo do artigo 911.º do Código de Processo Civil²⁰⁷.

Por referência ao nosso estudo, a idoneidade da caução está relacionada com o fim de garantia que lhe está subjacente, razão pela qual aquilatar a sua idoneidade está dependente, necessariamente, da análise da obrigação afiançada e do *quantum* dos prejuízos que a concreta alteração sensível dos riscos da fiança pode espoletar na esfera jurídica do fiador, sendo certo que a nossa ordem jurídica não determinou critérios para aferir tal idoneidade.

A decisão judicial que determine a procedência da acção especial de prestação de caução intentada pelo fiador e que fixe o valor a caucionar tem natureza recorrível, nos termos gerais do processo civil, previstos nos artigos 629.º, número 1 e 644.º, número 1, alínea a), ambos do Código de Processo Civil, sendo, de igual modo, recorrível a decisão que aprecie a idoneidade ou a espécie da caução, de acordo com os mesmos preceitos legais indicados.

Após o termo da acção de prestação de caução e de ter sido determinado o seu valor e a sua espécie, o devedor deverá proceder ao depósito dos bens ou à sua entrega, sendo certo que, caso se trate de hipoteca ou consignação de rendimentos, é efectuado o seu registo.

A efectivação da prestação de caução pelo devedor, tal qual se verifica com o direito de libertação do fiador por verificação de alterações sensíveis dos riscos da fiança, deparar-se-á, no caso concreto, com inúmeras dificuldades²⁰⁸, que num ponto próprio deste escrito procuraremos tratar²⁰⁹, mormente nos casos em que as alterações sensíveis em causa estejam relacionadas com o agravamento da solvência do devedor para fazer face à obrigação a que se vinculou perante o credor.

²⁰⁷ Sobre esta matéria, ver por todos, ABRANTES GERALDES/PAULO PIMENTA/PIRES DE SOUSA, *Código de Processo Civil Anotado, Vol. II*, p. 348.

²⁰⁸ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código Civil Comentado II – Das Obrigações em Geral*, p. 772, pergunta, de forma lapidar, a propósito do artigo 648.º do Código Civil e da caução prevista neste articulado legal, onde irá o devedor em dificuldade arranjar-lá.

²⁰⁹ *Infra*, pp. 110 e ss.

Não obstante a circunstância acima indicada, se o devedor não prestar ao fiador a caução determinada pelo tribunal, há que aplicar o regime previsto no artigo 912.º do Código de Processo Civil²¹⁰.

Concretizando, nos casos em que a caução incida sobre imóveis ou coisas móveis sujeitas a registo, o fiador pode, nos termos do disposto no artigo 912.º, número 1, do Código de Processo Civil, requerer: 1) a aplicação da sanção especialmente prevista na lei; 2) requerer o registo de hipoteca e/ou da consignação de rendimento; 3) ou outra cautela idónea.

O primeiro meio de tutela prevista no artigo 912.º, número 1, do Código de Processo Civil, tem que ver com a aplicação de uma sanção pecuniária compulsória, nos termos do disposto no artigo 829.ºA do Código Civil, por cada dia de atraso do devedor na efectivação da caução.

Através do segundo meio de tutela referenciado, o fiador pode requerer que o tribunal, oficiosamente, promova junto da competente conservatória do registo predial ou conservatória do registo automóvel os registos necessários.

Por fim, através do terceiro meio alternativo, o fiador pode requerer outra cautela idónea, podendo, por exemplo, recorrer a um arresto.

Na circunstância de a caução incidir sobre coisas móveis ou direitos não susceptíveis de hipoteca, o fiador pode, nos termos do disposto no artigo 912.º, número 2, do Código de Processo Civil, requerer que se proceda à sua apreensão, o qual ficará à guarda de um fiel depositário, aplicando-se as regras previstas nos artigos 764.º e seguintes do Código de Processo Civil.

Nos casos em que existe falta de prestação de caução, nos termos previstos no artigo 912.º e seguintes do Código de Processo Civil, o tribunal aquilatou, de alguma forma, a existência de bens ou direitos susceptíveis de serem objeto de caução, tendo o devedor, por causa que lhe é imputável, não caucionado.

²¹⁰ ABRANTES GERALDES/PAULO PIMENTA/PIRES DE SOUSA, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. II, p. 350.

8.2. OS DEVERES DE CUIDADO DO FIADOR E A FORMA DE COMUNICAÇÃO AO DEVEDOR PARA O EXERCÍCIO DA SUA LIBERAÇÃO

A concretização da liberação do fiador por verificação de alterações sensíveis dos riscos da fiança é potenciada se este cumprir com determinados deveres de cuidado, sem os quais a posição jurídica activa de que é titular poderá ficar comprometida.

Concretizando, se o fiador actuar apenas na designada fase de exercício (*Ausübungsphase*)²¹¹, ou seja, na fase em se assiste ao incumprimento da obrigação perante o credor, as suas hipóteses de atingir o fim de liberação serão muito remotas.

Por oposição, se na fase de segurança ou de Garantia (*Sicherungsphase*) o fiador for diligente e procurar indagar, quer junto do devedor, quer junto do credor, o modo como a obrigação tem vindo a ser cumprida e como tem sido a evolução do património do devedor, conseguirá salvaguardar-se de forma mais intensa no sentido de accionar, supervenientemente, os meios que tem ao seu dispor para potenciar a sua liberação e subsequente exoneração da obrigação fidejussória.

Cumprindo tais deveres de cuidado, o fiador, apercebendo-se de que os riscos da fiança se agravaram de forma sensível, terá de proferir uma declaração de vontade²¹² que segue ao conhecimento do devedor, através da qual lhe transmita a vontade que tem em que este o libere.

O Código Civil é omissivo no que se refere à forma de comunicação ao devedor para efectivação da liberação do fiador, razão pela qual ter-se-á de recorrer à regra geral consagrada na nossa ordem jurídica de que, salvo disposição em contrário, a validade da declaração negocial não depende da observância de forma especial, nos termos gerais previstos no artigo 219.º, do Código Civil²¹³.

²¹¹ Para maiores desenvolvimentos sobre as várias fases da fiança, ver, *supra*, pp. 21 e ss.

²¹² MARIA RAQUEL REI, *Da Interpretação da Declaração Negocial no Direito Civil Português*, Lisboa, 2010, pp. 14 e ss. destaca que na ordem jurídica portuguesa o legislador adoptou uma concepção ampla de declaração negocial podendo ter, ou não, destinatários, resultar de palavras ou comportamento verbais e ser expressa ou tácita.

²¹³ Uma vez mais, MARIA RAQUEL REI, *Da Interpretação da Declaração Negocial no Direito Civil Português*, p. 54, chama à colação que a norma resultante da interpretação do artigo 219.º do Código Civil contida significa que, em princípio, não é necessário que a declaração negocial revista uma exteriorização específica, sendo certo que o legislador possa não escolher este caminho, como acontecia no passado.

Ressalve-se que mesmo que a fonte da obrigação fidejussória tenha revestido forma especial, a declaração de liberação continuará sempre a estar sujeita a liberdade de forma²¹⁴.

Existe liberdade de forma da declaração de vontade a proferir pelo fiador, razão pela qual este poderá comunicar a sua intenção de liberação da fiança, oralmente, por carta, por fax, por e-mail ou através de qualquer outra forma não excluída por lei²¹⁵.

Por uma razão de segurança e de prova em juízo, parece ser razoável, não obstante a liberdade de forma em vigor, que deverá o fiador recorrer à forma escrita para proferir a sua declaração de vontade.

Em caso de máxima cautela, o fiador poderá sempre recorrer à notificação judicial avulsa, a realizar por agente de execução, nos termos do disposto no artigo 79.º, do Código de Processo Civil, fazendo uso de um meio mais solene de conhecimento da sua declaração de vontade.

A declaração de vontade para o exercício da liberação proferida pelo fiador tem natureza expressa e um destinatário concreto – o devedor –, sendo certo que nada impede o garante de também comunicar ao credor que pretende exercer a sua liberação, nos termos do disposto no artigo 648.º, alínea b), do Código Civil.

O fiador pode, desde logo, estabelecer um prazo para a concretização da sua liberação, podendo propor soluções concretas ao devedor, que potenciem a sua liberação, as quais, porém, não o limitam na sua actuação de exercício concreto da exoneração do garante, por aplicação do regime do artigo 648.º, alínea b).

²¹⁴ A título meramente exemplificativo, se o fiador se constitui como garante de um mútuo de valor superior a €25,000,00, o qual reveste forma especial nos termos do disposto no artigo 1143.º, do Código Civil, ou seja, escritura pública, a declaração de vontade proferida pelo fiador para o exercício da sua liberação da obrigação fidejussória não terá de cumprir tal forma especial, mantendo-se a regra geral da liberdade de forma.

²¹⁵ Parece não ser de excluir a possibilidade de o devedor e o fiador convencionarem, ao abrigo do disposto no artigo 223.º, do Código Civil, que a comunicação para o exercício do direito de liberação deva revestir forma escrita, só produzindo efeitos mediante envio de carta registada com aviso de recepção ou envio de *e-mail* com registo de envio e de recepção.

8.3. O GRAU DE DILIGÊNCIA DEVIDA PELO DEVEDOR NA CONCRETIZAÇÃO EXTRAJUDICIAL DA LIBERAÇÃO DO FIADOR

O direito de liberação do fiador, no caso em estudo, não carece, regra geral, de exercício judicial, podendo o fiador invocar este meio de exoneração da obrigação fidejussória directamente junto do devedor, sem a necessidade de recurso aos tribunais judiciais, podendo este cumprir voluntariamente a obrigação a que está adstrito.

Destarte, quando o devedor recebe a declaração de vontade proferida pelo fiador, através da qual este lhe transmite que pretende a sua liberação, poderá ter uma de duas condutas hipoteticamente configuráveis: 1) agir de boa fé e ter uma conduta diligente, através da qual pratique todos os actos materiais e recorra a todos os meios que tem ao seu dispor para potenciar a liberação do fiador; 2) agir de má fé, com culpa, quer a título de dolo, quer a título de negligência, incrementando o risco vivenciado e sentido pelo fiador, podendo simplesmente assumir uma conduta omissiva, nada fazendo.

A delimitação do comportamento devido pelo devedor no exercício liberatório do fiador deverá ter em conta, em primeira linha, o critério disposto no artigo 487.º, número 2, do Código Civil, isto é, o critério de diligência do *bonus pater familiae*²¹⁶.

Todavia, a existência de um padrão abstracto de análise da diligência da conduta do devedor não impede uma concretização atendendo às circunstâncias do caso concreto, podendo ser exigível ao devedor um incremento da diligência que lhe é exigível²¹⁷.

²¹⁶ FERNANDO PESSOA JORGE, *Ensaio Sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, 1.ª ed., Coimbra, 1999, reimpressão, pp. 336 e ss., a propósito da delimitação do comportamento devido pelo devedor no cumprimento da obrigação, ensina que devemos ter em atenção, como critério ou padrão, a diligência psicológica do *bonus pater familias*. Se o agente não agiu como este agiria, omitiu o comportamento que lhe era devido, quer actuando com dolo, quer actuando com simples culpa.

Outro caminho poderia ter sido escolhido pelo legislador nacional. Assim, conforme ensinava ADRIANO VAZ SERRA, *A Culpa do Devedor ou do Agente*, BMJ 68, Lisboa, 1957, pp. 13, ss e p. 21, o critério da diligência *in concreto ou quam in suis* não dá à responsabilidade do devedor uma base certa, podendo acarretar para o credor uma responsabilidade mais rigorosa, sem que haja razão concreta.

²¹⁷ Com tal entendimento, CATARINA MONTEIRO PIRES, “Limites dos Esforços e Dispendios Exigíveis ao Devedor para Cumprir”, *in Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 76, Lisboa, 2016, pp. 110 e ss., refere que o projeto de VAZ SERRA era mais extenso do que o texto legal e determinava o seguinte: “o tipo do bom pai de família é um tipo adaptável às várias situações, devendo ter-se em conta a relação em causa, a categoria do devedor, o seu estado ocasional e as demais circunstâncias”.

Nas Revisões Ministeriais, o preceito gizado por ADRIANO VAZ SERRA não se manteve, sendo certo que apesar da actual redacção do artigo 487.º, número 2, a doutrina não tem extraído uma ideia substancialmente diferente daquela que havia sido preconizada por ADRIANO VAZ SERRA.

No que se refere ao primeiro cenário hipotético referenciado, entendemos que o primeiro passo lógico que o devedor deverá praticar se prende com a avaliação de todos os activos que integram o seu património, no sentido de aferir se tem algum bem que consiga dar de garantia em substituição da fiança primitiva.

Caso o devedor conclua que tem a hipótese de constituir uma hipoteca ou dar de penhor um bem seu, deverá, de imediato, apresentar tal proposta junto do credor, no sentido de aferir o seu assentimento sobre a criação de uma nova garantia real e extinção da garantia pessoal até então existente.

Na circunstância de inexistirem bens ou, a existirem, estes não serem idóneos à substituição da fiança, o devedor deverá, tendo em conta o ciclo de pessoas singulares e colectivas com as quais se relaciona, aferir se estas estão disponíveis para substituir o fiador primitivo, atribuindo-lhes alguma situação jurídica de vantagem que os alicie a integrar aquela posição de garante, à partida perigosa.

Caso o devedor não consiga alcançar nenhuma das duas vias acima referidas, deverá, em último recurso, encetar negociações com o credor, pedindo-lhe que este exonere o fiador, o que, à partida, será difícil de se verificar no tráfego, podendo gerar, aliás, medo no credor, caso o incumprimento ainda não se tenha verificado.

Apenas uma conduta padrão semelhante à que expusemos nos parágrafos antecedentes demonstrará a boa fé do devedor no sentido de alcançar ou, pelo menos, potenciar a liberação, levando a que este não possa vir a ser demandado judicialmente pelo fiador caso este não atinja, sem culpa, o desiderato de liberação pretendido pelo regime jurídico do artigo 648.º, alínea b), do Código Civil²¹⁸.

É importante salientar que o grau de diligência devido ao devedor na concretização da liberação do fiador pode ser intensificado ou agravado por convenção das partes no decorrer da relação fidejussória²¹⁹, pelo que, a verificar-se tal

²¹⁸ Conforme refere ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil, cit.*, pp. 1229 e ss., a diligência corresponde à medida de esforço ou colaboração que é exigível ao devedor no cumprimento das suas obrigações, estando esta noção ligada à boa fé. O bom pai de família é um padrão jurídico de actuação correspondente à actuação do homem normal, colocado nas circunstâncias do sujeito. Sobre o critério de bom pai de família, ver ainda CATARINA MONTEIRO PIRES, “Limites dos Esforços e Dispêndios Exigíveis ao Devedor para Cumprir”, pp. 105 e ss.

²¹⁹ CATARINA MONTEIRO PIRES, “Limites dos Esforços e Dispêndios Exigíveis ao Devedor para Cumprir”, p. 118, diz que a diligência no cumprimento de determinada obrigação é possível de conformação entre as partes podendo estas determinar um agravamento. Salienta que a doutrina tem sufragado a possibilidade de consagração de cláusulas de agravamento da responsabilidade do devedor e

circunstância, a diligência do devedor não será aferida pelo critério geral do artigo 487.º, número 2, do Código Civil, mas sim pelo critério mais gravoso definido entre o devedor e o fiador²²⁰.

O devedor deverá ir colocando o fiador a par das acções por si praticadas no sentido de alcançar a liberação, sendo também relevante recolher toda a prova relevante por si praticada, uma vez que poderá ser essencial para demonstrar em juízo que tudo fez para conseguir a liberação do fiador, não tendo, contudo, conseguido alcançar esse fim.

Para atingir a liberação do fiador, o devedor não está vinculado a nenhum prazo pré-determinado legalmente, nem ao prazo determinado por parte do fiador, tendo de o fazer em prazo razoável. O conceito de prazo razoável é de natureza indeterminada, uma vez que dever-se-á sempre atender à situação do caso concreto, existindo situações em que a conduta do devedor deverá ser mais célere do que em outras situações específicas do tráfego.

Ressalve-se, contudo, que o prazo na concretização da liberação deverá ser tão mais célere quanto mais intensa for a alteração sensível do risco da fiança.

Na circunstância de o devedor, recebida a declaração de vontade proferida pelo fiador, nada fazer, não praticando a conduta que lhe cabe, não restará outra alternativa ao garante que não o recurso às instâncias judiciais para o exercício da liberação da fiança que a nossa ordem jurídica lhe concede.

8.4. A CONCRETIZAÇÃO JUDICIAL DA LIBERAÇÃO DO FIADOR

Apesar de o fiador não ter de recorrer necessariamente aos tribunais judiciais para que o exercício à sua liberação se verifique, nos moldes que tentámos demonstrar *supra*, nos casos em que o devedor não pratique a conduta adequada, o fiador terá, necessariamente, de invocar em juízo a posição jurídica activa de que é titular.

que o artigo 487.º, número 2, permite a elevação do critério da diligência, de acordo com o contrato concreto que une as partes.

²²⁰ Por uma questão de cautela da posição do fiador, mormente por motivos essencialmente probatórios em juízo, as partes deverão convencionar por escrito o agravamento do grau de diligência no exercício da liberação.

Atendendo aos interesses em causa, entendemos que o meio mais eficaz e expedito de tutela do fiador será recorrer à tutela cautelar²²¹, nos termos do disposto nos artigos 362.º e seguintes do Código de Processo Civil²²², uma vez que aguardar pelo desfecho da decisão definitiva poderá significar que o seu direito de liberação fique obliterado de qualquer efeito útil²²³.

É facto assente na processualística que as providências cautelares têm como requisitos base o *periculum in mora* e o *o fonus boni iuris*²²⁴.

O *periculum in mora* é um elemento constitutivo do procedimento cautelar, devendo o requerente demonstrar em juízo o perigo ou iminência de sofrer algum dano na sua esfera jurídica, que a composição definitiva do litígio não salvaguardaria, sendo

²²¹ É este, por exemplo, o entendimento da doutrina italiana citando-se, entre outros, BATTISTA PETTI, *La Fideiussione e le Garanzie Personali del Credito*, Cit., pp. 189 e ss., e ANTONIO SCIALOJA/MICHELE FRAGALI, *Commentario Del Codice Civile – Delle Obligazioni*, p.412.

²²² RITA BARBOSA DA CRUZ, “O Arresto”, in *O Direito*, ano 132.º, Lisboa, 2000, p. 107, refere que apenas com a reforma do Código de Processo Civil de 1961, provocada pelo Decreto-Lei n.º 180/06, de 25 de Setembro, é que se consolidou, definitivamente, a figura do procedimento cautelar através da atribuição de uma autonomia e sistematização reclamada, há muito, pela processualista portuguesa. Com maior desenvolvimento e explicação do regime após a reforma e vicissitudes antecedentes, ver por todos, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, X, pp. 409 e ss.

²²³ Por tal circunstância, ensina MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2.ª ed., Lisboa 1997, pp. 226 e ss., que a regulação de determinados litígios não se compadece com a espera do proferimento da sentença pelo tribunal, sendo por vezes necessário alcançar uma composição provisória do litígio antes do proferimento da decisão definitiva, sendo tal necessário para se alcançar uma utilidade da decisão e alcançar uma real tutela jurisdicional.

²²⁴ Ente tantos outros autores possíveis de se citar, por ordem cronológica, ANTUNES VARELA/MIGUEL BEZERRA/SAMPAIO E NORA, *Manual do Processo Civil*, 2.ª ed., Coimbra, 1985, pp. 22 e ss.; ARTUR ANSELMO DE CASTRO, *Direito Processual Civil Declaratório*, Vol. I, 1.ª ed., Coimbra, 1981, pp. 129 e ss.; MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, cit., pp. 232 e ss.; JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A Ação Declarativa Comum – À Luz do Código de Processo Civil de 2013*, 4.ª ed., Coimbra, 2017, pp. 151 e ss.

De ressaltar que MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, cit., p. 234, refere que existe um terceiro requisito necessário à análise do mérito da providência cautelar, i. e., o designado interesse processual, uma vez que este requisito processual tem carácter geral. Com maior detalhe, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, “As Partes”, *o Objecto e a Prova*, 1.ª ed., Lisboa, 1995, pp. 97 e ss., diz que o interesse processual desdobra-se num interesse em demandar atinente ao autor e num interesse em contradizer, referente ao réu, sendo certo que este aquilata-se pelas vantagens que decorrem da tutela jurisdicional para a parte activa da acção. Por seu turno, o interesse em contradizer resulta na não concessão dessa tutela ao autor e avalia-se pelas desvantagens que são impostas em juízo ao réu pela atribuição daquela tutela à contraparte. Refere ainda este processualista que tem de haver uma necessidade de tutela jurisdicional e uma adequação do meio judicial à tutela pretendida.

ANTUNES VARELA/MIGUEL BEZERRA/SAMPAIO E Nora, *Manual do Processo Civil*, cit., p. 179, definem interesse processual como a necessidade de usar do processo, de instaurar ou fazer prosseguir a acção.

Não existe unanimidade na processualística nacional se o interesse processual é um pressuposto processual. Neste sentido, DIOGO CASTANHEIRA PEREIRA, *O Interesse Processual na Acção Declarativa*, 1.ª ed., Coimbra, 2011, em especial as suas conclusões, pp. 191 e ss., critica o entendimento maioritário da doutrina e jurisprudência nacionais ao qualificar o interesse processual como pressuposto processual, salientado que a falta de interesse processual leva à absolvição da instância numa fase processual. Nesta, o tribunal poder-se-ia pronunciar sobre o mérito do pedido. Porém, acrescenta ainda a discricionariedade não fundamentada dos tribunais na determinação do interesse processual.

que a sua inexistência obstará, necessariamente, ao deferimento da tutela cautelar requerida em juízo.

Atendendo ao objecto do nosso estudo, na circunstância de o fiador pretender exercer o seu direito de liberação e o devedor não encetar a conduta devida, existirá, claramente, uma situação de *periculum in mora*, uma vez que se assiste a um potencial perigo para a esfera jurídica do fiador, que resulta da forte probabilidade ou, pelo menos, da potenciação de incumprimento do devedor ante o credor, com a subsequente demanda do garante para cumprimento da obrigação fidejussória.

Assim, o primeiro requisito base para que o fiador possa lançar mão de um procedimento cautelar encontra-se preenchido.

No que concerne ao requisito do *fumus bonis iuris*, este prende-se com a probabilidade da existência da posição jurídica invocada vir a ser julgada procedente. Deve, assim, existir a aparência ou verosimilhança de uma posição jurídica activa da titularidade do requerente que careça de tutela jurisdicional²²⁵.

Apesar de o fiador estar vinculado apenas a um grau de prova assente na mera justificação, a verdade é que conseguirá provar em juízo, com grande facilidade, parecidos, a existência da posição jurídica activa corporizada no direito de liberação de que é titular, razão pela qual também este segundo requisito para o decretamento do procedimento cautelar se encontra verificado.

Cabe aferir agora se o fiador tem ao seu dispor um procedimento cautelar especificado ou, pelo contrário, terá de recorrer ao procedimento cautelar comum, em virtude de vigorar nesta sede um princípio de subsidiariedade, resultante da interpretação do artigo 362.º, número 3, do Código de Processo Civil²²⁶.

Percorrendo o catálogo dos procedimentos cautelares especificados consagrados na nossa ordem jurídica, nos artigos 377.º a 409.º do Código de Processo Civil,

²²⁵ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, cit., p. 233, ensina que, em virtude da *summaria cognitio* (apreciação sumária), o grau de prova exigido para o decretamento da providência cautelar será a mera justificação. No mesmo sentido, ANTUNES VARELA/MIGUEL BEZERRA/SAMPAIO E NORA, *Manual do Processo Civil*, cit., p. 25.

²²⁶ Cfr. refere MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, cit., p. 242, ainda sob a vigência do Código de Processo Civil de 1961, mas ainda com total actualidade sob o domínio do Código de Processo Civil de 2013, que as providências não especificadas só podem ser requeridas quando mais nenhuma outra providência nominada prevista no elenco legal não possa ser utilizada no caso concreto.

concluimos que cada um deles tem um desiderato diferente, atendendo à tutela que proporcionam ao seu requerente²²⁷.

No âmbito do elenco legal dos procedimentos cautelares especificados, encontra-se aquele que determina que o credor que tenha justificado receio de perder a garantia patrimonial do seu crédito pode requerer o arresto de bens do devedor (artigo 391.º, do Código de Processo Civil).

Trata-se, pois, da providência cautelar de arresto²²⁸, a qual, enquanto providência de garantia, tem como objectivo garantir a realização de uma pretensão, dando efeito útil à execução, enquanto reflexo do princípio da tutela jurisdicional efectiva, pilar do nosso processo civil.

O arresto é também consagrado no artigo 619.º a 622.º, do Código Civil, razão pela qual o intérprete terá de aplicar, harmonicamente, quer as normas de direito substantivo, previstas neste diploma, quer as normas de direito adjectivo, consagradas no Código de Processo Civil.

Através do arresto, o requerente peticiona em tribunal a apreensão judicial dos bens do devedor ou dos bens que hajam sido transmitidos a terceiros, caso tenha sido impugnado tal negócio translativo (artigo 619.º, número 2, do Código Civil), devendo aquele demonstrar a probabilidade de existência do seu crédito e o justo receio de perda da sua garantia patrimonial²²⁹ para cumprimento do crédito de que é titular.

Compulsados os requisitos gerais da tutela cautelar, nos termos expostos, teremos de verificar quais os requisitos concretos do procedimento cautelar agora em análise.

Concretizando, os pressupostos específicos do arresto são *o justo receio da perda da garantia patrimonial e a provável existência do crédito*.

²²⁷ O arresto e o arrolamento são providências cautelares que visam a garantia de um direito. Por seu turno, a restituição provisória da posse, o embargo de obra nova e a suspensão de deliberações sociais instituem uma regulação provisória da situação jurídica em causa. Por fim, os alimentos provisórios e o arbitramento de reparação provisória, antecipam a tutela jurídica pretendida pelo requerente.

²²⁸ Sobre o arresto, ver por todos, por ordem cronológica, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, cit., pp. 235 e ss.; RITA BARBOSA DA CRUZ, *O Arresto*, in *O Direito*, ano 132.º, pp. 123 e ss.; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Garantia das Obrigações*, 4.ª ed., Coimbra, 2012, pp. 80 e ss. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, X, 1.ª ed. Coimbra, 2015, pp. 404 e ss.

²²⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, X, p. 404, ensina que o arresto, a par da acção de nulidade, da acção sub-rogatória e da impugnação pauliana é uma quarta forma de protecção da garantia geral.

Atendendo ao primeiro requisito destacado, e por referência ao nosso objecto de estudo, parece-nos que o fiador poderá recorrer a este procedimento cautelar especificado, em concretização do direito de liberação de que é titular, caso o devedor comece a dissipar o património de que é titular ou realize vendas fraudulentas com o objectivo de o prejudicar, uma vez que tal conduta do devedor é susceptível de colocar em causa o seu património e a concretização da exoneração do fiador. Há, deste modo, um justo receio da perda da garantia patrimonial do fiador²³⁰.

No que se refere à demonstração da existência provável do crédito do fiador, esta questão é mais complexa, carecendo de uma análise mais detalhada.

Com efeito, e pela pureza dos conceitos jurídicos, o fiador não é titular de um direito de crédito perante o devedor, ficando apenas, em caso de cumprimento perante o credor, espoletado pelo incumprimento do devedor, sub-rogado nos direitos deste, nos termos do disposto no artigo 644.º, do Código Civil. Passa, assim, a ter um crédito perante o devedor, através do qual o poderá demandar.

Nesta fase da relação fidejussória, este crédito será, quando muito, futuro²³¹, uma vez que ainda não existe na esfera jurídica do fiador, sendo certo que pode, inclusivamente, ainda nem ter havido incumprimento pelo devedor.

Para a jurisprudência dos tribunais superiores, tal circunstância obstará, desde logo, a que este procedimento cautelar pudesse ser deferido.

²³⁰ RITA BARBOSA DA CRUZ, “O Arresto”, in *O Direito*, ano 132.º, pp. 124, por referência à jurisprudência pelos tribunais superiores, indica que os tribunais superiores exigem para o decretamento do arresto que sejam demonstrados, cabalmente, factos demonstrativos de que o devedor se quer desfazer do seu património, com frustração do cumprimento da obrigação que têm perante o credor requerente da providência, sendo certo que, só por si, o incumprimento culposo da obrigação não gera a possibilidade de decretamento do arresto. Não se verifica, ainda, justo receio de perda da garantia patrimonial, na senda do que JOSÉ ALBERTO DOS REIS defendia, se o pagamento da dívida estiver assegurado por uma garantia de natureza especial, pessoal ou real.

²³¹ RITA BARBOSA DA CRUZ, “O Arresto”, in *O Direito*, ano 132.º, pp. 127 refere que em relação ao crédito futuro, a jurisprudência entende que este não é admissível no arresto. Neste sentido veja-se o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de Maio de 2018, relativo ao processo 948/03.0TBTVN-D.C1, Relator Artur Dias, cujo teor parcialmente se transcreve: “[...] Embora em sede de procedimento cautelar baste que se conclua pela séria probabilidade da existência do crédito, tem de tratar-se de crédito actual, constituído, vigente e não de crédito futuro, hipotético, eventual (ainda que provável) [...]” e também o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 08 de Janeiro de 2019, relativo ao processo 12428/18.5T8LSB.L1-7, Relator José Capacete, que aqui citamos: “[...] para o preenchimento do requisito atinente à probabilidade da existência do crédito, terá de estar em causa um crédito já constituído, actual, e não de crédito futuro, hipotético ou meramente eventual [...]”, ambos os arestos consultáveis em www.dgsi.pt.

Todavia, julgamos que a interpretação feita pelas instâncias judiciais nacionais sobre esta matéria não poderá proceder, atendendo aos interesses em jogo e à própria *ratio* do artigo 648.º, alínea b), do Código Civil.

O legislador nacional consagrou, entre nós, o princípio da tutela jurisdicional efectiva, o qual tem assento constitucional, designadamente no artigo 20.º, número 5, da Constituição da República Portuguesa²³².

Este princípio dotado de força constitucional impõe, entre muitas outras determinações que nesta sede não relevam, que haja um livre acesso aos tribunais²³³ para tutela dos direitos das pessoas singulares e das pessoas colectivas e que as normas que modelam o seu acesso, bem como a interpretação que destas é feita, não seja concretizada de molde a criar entraves que obstaculizem esse acesso de forma não admissível, desprotegendo as partes das posições jurídicas de vantagem de que são titulares.

Ora, não permitir ao fiador recorrer ao procedimento cautelar de arresto, em virtude da inexistência de um crédito certo e presente, desprotegeria a sua posição de garante, já frágil pela sua própria natureza, esvaziando, por completo, o efeito útil do regime legal previsto no artigo 648.º, alínea b), do Código Civil.

Tal aconteceria uma vez que o fiador não goza de qualquer outro meio processual ao seu alcance que o proteja da alienação culposa dos bens do devedor para se escapular ao cumprimento da liberação do fiador quando os seus pressupostos de aplicação se encontram preenchidos e o garante exige a sua concretização.

A interpretação dos tribunais superiores portugueses, aplicada em concreto à matéria em estudo, acabaria por dar cobertura à conduta inadimplente e culposa do devedor na fuga ao cumprimento, ou, pelo menos, à potenciação da liberação do fiador, ante a falta de tutela jurisdicional concreta para o proteger, originando, certamente, possíveis casos de recurso a formas de autotutela, proibidas pela nossa ordem jurídica.

²³² Sobre o princípio da tutela jurisdicional efectiva na ordem jurídica portuguesa, ver por todos, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed., Coimbra 1993, pp. 163 e ss. ,

²³³ Cfr. refere GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra, 2003, pp. 273 e ss., que o direito de acesso aos tribunais encontra-se diretamente relacionado com o princípio do Estado de Direito, constituindo, aliás, a proteção jurídica por via judiciária uma das dimensões essenciais daquele princípio.

Parecem improceder os argumentos aventados de que o arresto corporiza uma ingerência unilateral na esfera jurídica do requerido, no nosso caso, na esfera do devedor originário, apenas justificável por um direito existir e que neste caso, tal direito não existiria.

Assim, pensamos que o fiador é titular de uma posição jurídica activa de vantagem que tem a sua fonte no artigo 648.º, alínea b), do Código Civil, que lhe permite agir contra o devedor.

Apesar de não existir ainda um crédito efectivo da titularidade do fiador, a verdade é que, se o arresto não for decretado, as hipóteses de concretização da liberação do fiador, quando o devedor age dolosamente, dissipando o seu património, são inexistentes, provocando-lhe danos irreparáveis.

Por oposição, os putativos danos que o fiador possa causar ao devedor pelo uso indevido do procedimento de arresto parecem ficar salvaguardados, desde logo, pela aplicação do instituto da litigância de má fé, nos termos do disposto no artigo 542.º, do Código de Processo Civil, e pelo regime do artigo 621.º, do Código Civil, que consagra a responsabilidade do credor quando o arresto for julgado injustificado, e este não tenha agido com a prudência normal devida, causando danos no devedor²³⁴.

É importante não esquecer, também, que a finalidade específica do procedimento cautelar de arresto é a de *garantir a realização de uma pretensão e assegurar a sua execução*, conforme lapidarmente nos ensina MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA²³⁵, independentemente de ser um crédito ou qualquer outra posição jurídica activa como aquela resultante da interpretação do artigo 648.º, alínea b), do Código Civil.

Ante o exposto, a interpretação adequada do artigo 392.º, número 2, do Código de Processo Civil, permite que o fiador possa intentar procedimento cautelar de arresto contra o devedor²³⁶.

²³⁴ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, I, (Artigos 1.º a 761.º), 4.º ed., Coimbra, 1987, pp. 638 e ss., salientam que a solução impressa pelo legislador português teve como fonte inspiradora o artigo 96.º do Código de Processo Civil italiano.

²³⁵ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, cit., p. 235.

²³⁶ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, X, p. 407, salienta que o arresto é, na prática, a forma mais eficaz, no que tange à defesa conservatória da garantia geral. Se o arresto fosse vedado ao fiador, a garantia geral do património do fiador ficaria despedida de efeito útil.

Ultrapassado este primeiro obstáculo, verificamos que o artigo 392.º, número 2, do Código de Processo Civil impõe ao fiador, requerente do procedimento cautelar de arresto, que relacione os bens que deverão ser objecto de apreensão judicial.

Este requisito demonstra, cabalmente, a necessidade de acompanhamento da posição financeira do devedor, no decorrer da relação fidejussória, uma vez que, caso o fiador não seja diligente, poderá desconhecer os activos que integram o património do devedor, o que dificultará a sua tarefa de relação dos bens a arrestar.

Estando verificados todos os requisitos legais do arresto, deve este ser decretado, sem audiência prévia do devedor, nos termos do disposto no artigo 391.º, número 1, do Código de Processo Civil, acauteladas que estejam as situações previstas nos números 2 e 3 deste preceito legal.

O fiador, aquando da apresentação do seu requerimento inicial de arresto, não é obrigado a prestar caução, apenas tendo de o fazer nos termos do disposto no artigo 620.º, do Código Civil, cabendo ao tribunal determinar se este tem de cumprir tal encargo.

Com o decretamento do procedimento cautelar de arresto os bens do devedor ficam protegidos dos seus actos de disposição lesivos.

A partir do arresto, e de acordo com o disposto no artigo 622.º, número 2, e do artigo 822.º, número 2, ambos do Código Civil, o fiador passaria a ter preferência sobre os mesmos bens em relação aos outros credores do devedor arrestado que não sejam titulares de garantia real anteriormente constituída²³⁷, sendo que o arresto é convertido em penhora na execução do crédito de que constitui garantia, nos termos do disposto no

²³⁷ Conforme salienta LUÍS MENEZES LEITÃO, *Garantia das Obrigações*, p. 82, esta preferência ficará sem efeito se for decretada a insolvência do devedor, nos termos do disposto no artigo 140.º, número 3, do CIRE, por forma a ser cumprido o princípio da igualdade entre credores (*par conditio creditorum*). PAULO SILVA CAMPOS, *O Arresto como Meio de Garantia Patrimonial – Uma Perspectiva Substantiva e Processual*, Revista de Direito das Sociedades, Ano VIII, Número 3, Coimbra, 2016, p. 747 destaca que resultam várias consequências da *par conditio creditorum*, a saber: 1) a igualdade dos credores, independentemente da antiguidade dos créditos, por oposição ao que se verifica nos Direitos Reais; 2) a nulidade invocada por um dos credores aproveita aos demais, de acordo com o disposto no artigo 605.º, número 2, do Código Civil, verificando, tal circunstância, na sub-rogação exercida por um deles; 3) a necessidade de rateio entre os credores em caso de insuficiência patrimonial para cobrir todos os créditos; 4) Cada credor que se apresente em juízo para reclamar créditos conduz a uma compressão dos direitos dos demais e 5) ressurgimento da *par conditio creditorum* no caso dos credores privados.

artigo 762.º, do Código de Processo Civil²³⁸, uma vez que ao arresto são extensíveis, na parte aplicável, os demais efeitos da penhora.

Concluímos, assim, que o arresto potencia a concretização da liberação do fiador, bastando invocar-se, a título meramente exemplificativo, as situações em que o devedor tinha como único activo um imóvel que pretendia alienar fraudulentamente para não cumprir a obrigação que tinha perante o credor. Tomando conhecimento de tal facto, o fiador exige a sua liberação e, simultaneamente, intenta um procedimento cautelar de arresto. Nesta situação hipotética, depois de arrestado o imóvel, o fiador deveria intentar uma acção declarativa comum de condenação, em concretização do direito de liberação de que é titular, peticionando a condenação do devedor na sua concretização, tendo o pedido do fiador ampla margem de conformação, atendendo à circunstância do caso concreto.

Além do mais, o arresto poder-se-á afigurar essencial também como forma de tutela do fiador caso este tenha de cumprir a obrigação fidejussória perante o credor, salvaguardando um efeito útil da sub-rogação prevista no artigo 644.º, do Código Civil²³⁹.

A tutela cautelar parece ser o modo mais eficaz de proteger o fiador nas situações em que o direito de liberação deve operar.

Não obstante a argumentação exposta, o fiador poderá sempre apresentar em juízo, e sem recurso à tutela cautelar, uma acção declarativa comum de condenação contra o devedor, nos termos do disposto no artigo 10.º, número 3, alínea b), do Código de Processo Civil, isto é, a condenação do devedor a uma prestação de facto positivo²⁴⁰, através da qual o aquele fosse condenado a praticar os actos materiais necessários a concretizar, ou pelo menos a potenciar, a liberação do fiador.

²³⁸ Sobre o funcionamento deste regime, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, X, 1.ª ed. Coimbra, 2015, p. 408, refere que o arresto funciona como uma forma de penhora antecipada, prevendo o artigo 762.º, do Código de Processo Civil, a conversão do arresto em penhora, sendo que no caso do bem arrestado for um imóvel bastará um averbamento no registo predial. Diz ainda, que o arresto, quando convertido em penhora, origina um direito real de garantia.

²³⁹ LUÍS MENEZES LEITÃO, *Garantia das Obrigações*, pp. 82 e ss., de forma sintética, refere que SALVADOR DA COSTA, MENEZES CORDEIRO E RITA BARBOSA DA CRUZ incluem o arresto nos direitos reais de garantia.

²⁴⁰ Sobre este tipo de acções, ver por todos, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *As Partes, o Objecto e a Prova*, pp. 110 e ss.

A condenação nesta acção declarativa comum consistirá, assim, numa obrigação de fazer de facto infungível²⁴¹, uma vez que o seu cumprimento está intrinsecamente ligado à pessoa do devedor, sem o qual a libertação não pode operar.

O fiador poderá requerer, ao abrigo do disposto no artigo 829-A, do Código Civil²⁴², que o devedor seja condenado ao pagamento de uma quantia pecuniária por cada dia de atraso no cumprimento ou por cada infracção, conforme for mais conveniente às circunstâncias do caso, de acordo com o preceituado neste preceito legal.

O montante da sanção pecuniária compulsória, de acordo com o preceituado no artigo 829.º A, número 2, será fixado segundo critérios de razoabilidade, sem prejuízo da indemnização a que houver lugar, razão pela qual terá de ter sempre em conta as possibilidades económicas do devedor.

A *ratio legis* da sanção pecuniária compulsória prende-se em “forçar” o devedor a cumprir com a obrigação, vencendo a sua oposição no cumprimento, derivada de conduta culposa sua²⁴³.

O cumprimento da sanção pecuniária compulsória afigura-se difícil de concretização prática nas situações em que o devedor, de forma culposa, dissipa o seu património para se furtar ao cumprimento perante o credor, situação que espoletou o exercício da libertação da obrigação fidejussória pelo fiador.

²⁴¹ REMÉDIO MARQUES, *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, 3.ª ed., Coimbra 2011, pp. 127 e ss., a propósito da eficácia irradiante das acções de condenação, diz que no caso da violação de condenações em obrigações de fazer, é extremamente importante saber se o facto é fungível ou infungível. Nas condenações em prestações de facto infungível, o autor não tem direito a indemnização, podendo requerer, como medida coerciva, a condenação em sanção pecuniária compulsória, nos termos do disposto no artigo 829.º-A, do Código Civil.

²⁴² PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, II, (Artigos 762.º a 1250.º), 4.ª ed., Coimbra. pp. 102 e ss. destacam que o artigo 829.º-A, do Código Civil, “elimina os escrúpulos da legislação anterior, dando um novo passo no sentido da coercibilidade das prestações de facto não fungíveis”.

²⁴³ JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 4.ª ed., Coimbra, 2002, pp. 407 e ss. ensinava que através da sanção pecuniária compulsória, na verdade, não se executa a obrigação principal, mas somente se constrange o devedor a obedecer a essa condenação, determinando-o a realizar o cumprimento devido e no qual foi condenado. A inclusão da mesma como medida coerciva do cumprimento, visou, fundamentalmente, dois aspectos. Por um lado, a importância que o cumprimento das obrigações assume, em particular, para o credor. Por outro, o respeito pelas decisões dos tribunais enquanto órgãos de soberania que é, por isso, muito similar “à presunção adoptada pelo legislador em matéria de juros, inclusive moratórios, das obrigações pecuniárias”.

9. A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES PORTUGUESES SOBRE O DIREITO DE LIBERAÇÃO DO FIADOR

9.1. RAZÃO DE ORDEM

Atendendo à circunstância de o direito se aplicar a situações concretas da vida prática das pessoas, cabe aferir em que medida a matéria do direito de liberação tem sido aplicada no tráfego jurídico, o que se consegue aquilatar analisando os acórdãos dos tribunais portugueses que julgaram litígios em que a matéria em estudo tenha sido discutida.

Feita uma pesquisa exaustiva dos arestos proferidos pelos tribunais superiores portugueses que, em maior ou menor medida, incidam sobre o objecto em estudo no vertente escrito, deslindámos os acórdãos que *infra* se indicarão.

Apesar da relevância que o direito de liberação do fiador por verificação de alterações sensíveis dos riscos da fiança pode ter no tráfego, da sua consagração entre nós desde a versão primitiva do Código Civil português e da tradição do regime da liberação desde o Código de Seabra, a verdade é que o regime jurídico previsto no artigo 648.º, alínea b), do Código Civil, não tem sido tratado na jurisprudência dos tribunais portugueses com a frequência que, no início deste estudo, previmos que seria.

Os acórdãos com relevância para o nosso estudo que conseguimos deslindar foram os seguintes, os quais serão indicados por ordem cronológica:

*RLx – 14 de Outubro de 1990 (Relator Torgal Mendes)*²⁴⁴.

*STJ – 05 de Março de 2002 (Relator Armando Lourenço)*²⁴⁵;

*STJ – 12 de Dezembro de 2002 (Relator Garcia Marques)*²⁴⁶;

*REv – 11 de Dezembro de 2003 (Relatora Ana Resende)*²⁴⁷;

*RPt – 26 de Abril de 2005 (Relator Alberto Sobrinho)*²⁴⁸;

*RGm – 18 de Janeiro de 2006 (Relatora Rosa Tching)*²⁴⁹;

²⁴⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14 de Outubro de 1990, pesquisável em www.dgsi.pt.

²⁴⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 05 de Março de 2002, pesquisável em www.dgsi.pt.

²⁴⁶ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de Dezembro de 2002, pesquisável em www.dgsi.pt.

²⁴⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 11 de Dezembro de 2006, pesquisável em www.dgsi.pt.

²⁴⁸ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 16 de Abril de 2005, pesquisável em www.dgsi.pt.

*RLx – 22 de Novembro de 2007 (Relator Jorge Leal)*²⁵⁰;

*RLx – 05 de Maio de 2011 (Relator Aguiar Pereira)*²⁵¹;

*RLx – 10 de Janeiro de 2013 (Relator Pedro Martins)*²⁵²;

*RLx – 19 de Maio de 2015 (Relatora Maria da Conceição Savedra)*²⁵³;

*RCb – 08 de Novembro de 2016 (Relatora Maria João Areias)*²⁵⁴.

Também em sede de jurisdição administrativa e fiscal, o tema objeto de estudo foi tratada citando-se o seguinte acórdão do Supremo Tribunal Administrativo:

*STA – 09 de Maio de 2002 (Relator Casimiro Gonçalves)*²⁵⁵.

Procuraremos, em seguida, analisar o acórdão que nos pareceu ser mais relevante para a análise da figura em estudo, terminando com uma análise global crítica dos arestos sobre a análise.

O acórdão em causa é o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 05 de Março de 2002, cujo relator foi o Juiz Conselheiro Armando Lourenço.

Neste acórdão, a Autora “A” instaurou uma execução contra dois Réus “B” e “C”, na qualidade de devedores originários e contra dois fiadores, “D e E”, na qualidade de devedores fidejussórios.

A Autora alegou, em síntese, que em 30 de Junho de 1986, abriu a favor de “B”, e mulher, “C”, um crédito até ao montante de 1.000.000\$00, tendo sido hipotecados imóveis.

²⁴⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 18 de Janeiro de 2006, pesquisável em www.dgsi.pt.

²⁵⁰ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 22 de Novembro de 2007, pesquisável em www.dgsi.pt.

²⁵¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 05 de Maio de 2011, pesquisável em www.dgsi.pt.

²⁵² Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 10 de Janeiro de 2013, pesquisável em www.dgsi.pt.

²⁵³ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19 de Maio de Janeiro de 2015, pesquisável em www.dgsi.pt.

²⁵⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 08 de Novembro de 2016, pesquisável em www.dgsi.pt.

²⁵⁵ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 09 de Maio de 2002, pesquisável em www.dgsi.pt.

A Autora acabou por conceder aos devedor originário um mútuo no valor de 7.320.000\$00, tendo os mutuários oferecido e concretizado, em reforço da garantia de pagamento a fiança dos executados D e E.

Os devedores originários entraram, em incumprimento, tendo os fiadores sido executados.

Devidamente citados, os fiadores apresentaram embargos de executado, alegando que a credora nunca os informou do hipotético incumprimento dos devedores, como devia ter feito, logo em 24 de Fevereiro de 1993, nunca os tendo também informado do seu incumprimento definitivo. Mais alegam que desconheciam que os devedores só haviam pago uma pequena parte do débito e juros, à custa da entrega dos bens hipotecados. Por fim alegam a prescrição, ao abrigo do disposto no artigo 317.º, alínea b), do Código Civil.

Em primeira instância apenas foi julgada procedente a excepção peremptória extintiva de prescrição relativamente à dívida de juros anteriores a 11 de Abril de 1993 sendo, no demais, declarados improcedentes os embargos.

A instância de recurso confirmou a decisão proferida pela primeira instância.

Inconformados, os fiadores recorreram da decisão invocando, entre outros argumentos, que os riscos da fiança se agravaram enormemente com a alienação de imóveis dados em hipoteca e que se tivessem tomado conhecimento de tal circunstância teriam, de imediato, exigido ou a sua liberação ou a prestação de caução. Por essa razão, poderiam recorrer ao regime do artigo 648.º, alínea b), do Código Civil.

Referem, ainda, que a credora lhes deveria ter dado conta desse mesmo agravamento.

O Supremo Tribunal de Justiça, de forma sintética e lapidar refere, relativamente à questão suscitada pelos recorrentes relativa à responsabilidade por frustração da faculdade de liberação, que o artigo 648.º permite ao fiador exigir a sua liberação, ou a prestação de caução para garantia do seu direito eventual contra o devedor, nos casos seguintes: b) Se os riscos da fiança se agravarem sensivelmente.

Em seguida, o Supremo Tribunal de Justiça escorre no seu acórdão sobre o regime geral da fiança, referindo que apesar da fiança ser um negócio de risco, o legislador não

deixou desamparado o fiador, permitindo-lhe, dentro do possível, pôr-se a coberto deste risco, sendo essa a razão de ser do regime do artigo 648.º.

Salienta esta instância de recurso que o artigo 648.º está inserido na subsecção que trata das relações entre o fiador e o devedor, sendo certo que tais faculdades não beliscam, em nada, o direito do credor.

Indica, em seguida, que os fiadores deveriam ter estado atentos à situação dos devedores, em que depositaram a sua confiança e que ao tratar das relações entre o fiador e o credor, o legislador nunca pôs a cargo deste o dever de o informar do agravamento do risco do fiador.

Por fim, indicam que mesmo que se quisesse entrar na apreciação de um comportamento do credor violador da boa fé, não se verificaram quaisquer factos que o revelem, sendo certo que esse esse comportamento nunca conduziria, imediatamente, à extinção da fiança, mas, quando muito, a um dever de indemnizar nos termos gerais.

O Supremo Tribunal de Justiça acabou por confirmar o acórdão recorrido, negando a revista.

O acórdão em análise, suscita a ponderação do direito de liberação do fiador por verificação de alterações sensíveis dos riscos da fiança, em várias vertentes relevantes, entre as quais: 1) a existência simultânea de garantias reais e garantia pessoal que garantem uma obrigação; 2) A execução dessas das garantias reais e aumento do risco fidejussório; 3) o acompanhamento, pelo fiador, do modo de cumprimento da obrigação pelo devedor originário; 4) a existência de um dever de informação do credor ao fiador sobre o modo de cumprimento do devedor; 5) O papel central do credor na concretização da liberação do fiador.

Parece-nos que, no acórdão em análise, se verificou, efectivamente, uma situação de alteração sensível dos riscos da fiança, a qual se consubstanciou na execução das garantias reais que garantiam o cumprimento da obrigação dos devedores originários e no agravamento da sua situação patrimonial, que desembocou no seu incumprimento definitivo.

Assim sendo, os fiadores, no momento da constituição da fiança, delimitaram o seu risco tendo em conta o património dos devedores originários e as garantias reais em causa sabendo, certamente, de antemão, que o regime do artigo 639.º, número 1, do

Código Civil, consagra o benefício da excussão real²⁵⁶, sabendo que o fiador pode exigir a execução prévia dos direitos reais de garantia em causa.

Destaque-se, porém, que os fiadores recorrentes não foram diligentes, não tendo acompanhando, de perto, o decorrer do modo de cumprimento da obrigação de pagamento por parte dos devedores originários, tendo uma postura omissa que desembocou na execução das garantias reais e sua demanda para cumprimento da obrigação fidejussória.

Os fiadores olvidaram-se, ou não tiveram consciência, que a materialização da liberação do fiador por verificação de alterações sensíveis dos riscos da fiança é reforçada e potenciada nas situações em que os garantes verificarem determinados deveres de cuidado²⁵⁷ no decorrer da fase de segurança ou de garantia (Sicherungsphase).

Destarte, os fiadores recorrentes apenas pretenderam efectivar a sua liberação ou prestação de caução na fase de exercício (Ausübungsphase), isto é, na fase da relação fidejussório em que ocorre o incumprimento das obrigações dos devedores originários.

Parece-nos que o Supremo Tribunal de Justiça decidiu bem ao salientar que inexistente qualquer dever geral do credor ter um dever acessório de informação ao fiador relativo à comunicação do incumprimento do devedor originário, na esteira do que é sufragado pela doutrina mais avalizada²⁵⁸.

Entendemos, de igual modo, que sendo a fiança um negócio de risco e ao facto de inexistir, muitas vezes, qualquer relação, ainda que ténue, entre o credor e o fiador que não se pode admitir, como regra geral, a existência desse dever acessório de informação²⁵⁹, sendo certo que a falta da ligação em causa, em muito dificultaria a concretização dos deveres de informação em causa.

²⁵⁶ Cfr., sobre o regime do artigo 639.º do Código Civil, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, I, (Artigos 1.º a 761.º), pp. 656 e ss.

²⁵⁷ Sobre a matéria dos deveres do cuidado do devedor, *supra*, pp. 73 e ss.

²⁵⁸ Neste sentido, JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, p. 590.

²⁵⁹ Refira-se, porém, que em algumas circunstâncias delimitadas, pode se verificar a existência de um dever de informação do credor ao fiador. Ver, *infra*, pp. 105 e ss.

9.2. ANÁLISE GLOBAL E CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA REFERENCIADA

Feita esta resenha jurisprudencial sobre os acórdãos dos tribunais superiores nacionais que se debruçaram sobre o tema em estudo, cabe proceder, em seguida, a uma análise crítica de tais arestos.

A primeira conclusão a que chegamos, sobretudo se compulsarmos os acórdãos referenciados e lermos os factos relevantes que nessa sede se discutiam, é a de que os fiadores, nas suas alegações de recurso, tendem, muitas vezes, a não estar totalmente familiarizados com as regras atinentes à liberação do fiador previstas no nosso ordenamento jurídico.

Corolário de tal estado de coisas é o facto de tais recorrentes se esquecerem de que a liberação do fiador opera nas relações internas entre o fiador e o devedor originário e pretenderem impor a aplicação deste regime jurídico ao credor, exigindo que este aceite tal liberação, o que, regra geral não poderá ocorrer²⁶⁰.

A jurisprudência dos tribunais superiores nacionais, pelo contrário, parece conhecer os termos gerais do regime legal vigente referente ao direito de liberação do fiador, no que concerne, pelo menos, aos seus contornos caracterizadores.

Com efeito, a jurisprudência compulsada faz sempre referência, de forma mais ou menos intensa, é certo, que o direito de liberação do fiador se aplica nas relações internas entre o fiador e o devedor, devendo este último, através dos meios que tem ao seu dispor, encontrar um modo de liberar o fiador, à partida pagando o valor em dívida.

Está também assente que o direito de liberação do fiador não é oponível ao credor, o qual não está vinculado a aceitar tal liberação.

Conforme tentaremos demonstrar amplamente *infra*²⁶¹, apesar de o credor, regra geral, se poder recusar a aceitar a liberação do fiador, caso o devedor originário encontre outro garante ou constitua garantia real idónea, existem situações em que a recusa na liberação não poderá operar, sob pena de a sua conduta integrar abuso de direito.

²⁶⁰ O credor apenas está vinculado a aceitar a liberação do fiador em casos muito pontuais e especiais, conforme *infra*, pp. 120 e ss., tentamos demonstrar.

²⁶¹ Para mais desenvolvimentos *infra* pp. 128 e ss.

Destarte, apesar de a jurisprudência conhecer o regime vigente na sua base, a verdade é que na sua periferia e nas situações mais complexas, que se podem mostrar mais controversas, os tribunais superiores portugueses tendem a não discuti-las, ou sequer suscitá-las, o que seria possível de fazer, atendendo aos factos discutidos em muitos dos arestos consultados.

Teve, de acordo com a nossa perspectiva, uma atitude mais ponderada o Juiz Desembargador Torgal Mendes, no acórdão de 14 de Outubro de 1990 já referido, ao chamar à colação que apesar de, regra geral, a liberação do fiador exigir a intervenção e a sua anuência, abriu uma possibilidade a que haja exceções a esta regra geral. Apenas pecou este acórdão por não referir quais as situações excepcionais em que a liberação se pode dar sem a concordância do credor.

Parece-nos, também, que os acórdãos analisados acabam por não estar sustentados e fundamentados na doutrina que se debruçou sobre o assunto²⁶², acabando, na maioria das vezes, por não citar qualquer autor nacional ou estrangeiro. Se a falta de citação em si mesma não significa uma menor força argumentativa de uma decisão judicial, a verdade é que os arestos analisados redundam, quase sempre, numa interpretação literal dos preceitos em crise, quase exegética.

Pensamos que tal uso deverá ser um caminho a evitar, sob pena de não se potenciar a aplicação deste regime jurídico no tráfego, e dele não se retirar todas as virtualidades de tutela dos fiadores possíveis de extrair, sobretudo em períodos de maior crise.

Numa outra perspectiva de análise da jurisprudência compulsada, julgamos não ser de aderir à tutela restritiva do fiador levada a cabo pelas instâncias recursórias portuguesas.

Com efeito, no acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 26 de Abril de 2005 (Relator Alberto Sobrinho), por exemplo, entendeu-se que o fiador, em virtude do regime jurídico do artigo 654.º, do Código Civil, não poderia lançar mão dos remédios previstos no artigo 648.º, alínea b).

²⁶² A manualística nacional trata, ainda que de forma pouco profunda, o direito de liberação do fiador. A título meramente exemplificativo, veja-se, entre tantos outros, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, II, 7.ª ed., Coimbra, 1997, reimp. 2015, pp. 477 e ss. De forma mais aprofundada, ADRIANO VAZ SERRA, *Fiança e Figuras Análogas*, op. Cit., pp. 179 e ss. e JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, pp. 835 e ss.

Apesar de o regime do artigo 654.º ser objectivamente mais favorável ao fiador, a verdade é que nos parece que este, caso assim o entenda, também poderia recorrer ao regime do direito de liberação do fiador, por serem meios de tutela concorrenciais dos quais o garante pode lançar mão, atendendo aos seus interesses concretos.

Alguma jurisprudência entende que é o fiador que tem o ónus da verificação da situação económica financeira do devedor originário, não sendo exigível ao credor que informe o fiador da existência de dívidas não pagas.

Foi este, por exemplo, o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça no seu acórdão de 12 de Dezembro de 2002, já referenciado, cujo relator foi o Conselheiro Garcia Marques, mas também do Tribunal da Relação de Coimbra, no seu acórdão de 08 de Novembro de 2016, cuja Relatora foi a Desembargadora Maria João Areias e, na jurisdição administrativa, no acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 09 de Maio de 2002, cujo Relator foi o Conselheiro Casimiro Gonçalves.

Parece-nos que o fiador tem, efectivamente, o ónus de aferir como se mantém a situação económica do devedor, uma vez que é a forma mais expedita de garantir que o seu direito de liberação por alterações sensíveis dos riscos da fiança possa operar.

A aferição da situação económica do devedor parece ser mais fácil de verificar nas fianças civis, nas quais, tendencialmente, as relações entre o fiador e o devedor principal tendem a ter um grau de maior proximidade.

Tendo em conta a análise feita, concluímos que a jurisprudência dos tribunais superiores, ao contrário do que verificou em outras áreas do direito e com outros institutos, como por exemplo o abuso de direito²⁶³ ou a alteração das circunstâncias, não tem tido um papel auxiliador dos cientistas do direito no desenvolvimento e estudo do direito de liberação do fiador.

O caminho não está perdido, devendo os juízes ter uma atitude de maior rigor e detalhe na análise desta matéria e desprender-se das amarras da letra da letra da lei e da

²⁶³ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Do Abuso do Direito: Estado das Questões e Perspectivas in* Revista da Ordem dos Advogados, I, Ano 63, Volume II, Lisboa, 2005, disponível em www.oa.pt, refere que, apesar de este instituto se aplicar quotidianamente nos nossos tribunais, o caminho até se atingir tal ponto foi progressivo e não imediato. Assim sendo, refere cinco fases de aplicação do abuso de direito nos tribunais portugueses: fase pré-científica (anterior a 1966); fase exegético-pontual (de 1967 a 1984); fase da implantação (1985 a 1990); fase da expansão (1991 a 2000) e fase de afinamento (2001 em diante).

interpretação exegética das normas em causa, no sentido de se alcançar a evolução desejável da figura e a sua aplicação mais intensa no tráfego.

§ 4.º O DIREITO DE LIBERAÇÃO DO FIADOR POR ALTERAÇÃO SENSÍVEL DOS RISCOS DA FIANÇA – DOGMÁTICA GERAL

O direito de liberação do fiador, conjuntamente com o alternativo direito à prestação, no decorrer da relação jurídica fidejussória, é uma posição jurídica activa prevista nos Códigos Civis de matriz napoleónica²⁶⁴ e de matriz romano-germânica²⁶⁵, vigentes na Europa e em outras latitudes, onde estes dois modelos de codificação serviram de modelo para as suas codificações.

Assim sendo, e integrados no modelo napoleónico da codificação, frise-se os exemplos já citados do artigo 2032.º do *Code* francês de 1804; do artigo 1843.º do Código Civil espanhol de 1889; do artigo 2394.º do Código Civil colombiano de 1887; do artigo 2042.º do Código Civil hondurenho de 1906 e do artigo 2836.º do Código Civil mexicano de 1928.

No modelo germânico da codificação, podemos salientar o § 755 BGB de 1896, o artigo 506.º do Código Civil suíço de 1907, ZGB²⁶⁶ e o artigo 648.º do Código Civil português de 1966.

O direito de liberação do fiador corporiza-se nas relações internas, isto é, nas relações entre o fiador e o devedor, não obstante, para a sua concretização, o papel do credor ser imprescindível²⁶⁷.

²⁶⁴Uma vez mais, FRANZ WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*, 4.ª ed., Lisboa, 2010 (tradução de António Manuel Hespanha do original *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2.ª ed., 1967), pp. 391 e ss. e p. 575, refere que o *Code* foi o texto legislativo de maior sucesso do século XIX, salientando o seu impacto mundial, sobretudo nos países da América Latina. E, ainda, sobre o sistema napoleónico, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, I*, 4.ª ed., Coimbra, 2019, pp. 133 e ss.

²⁶⁵ Sobre a influência do BGB, a sua superioridade dogmática e a sua influência no mundo, cfr. FRANZ WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*, op. Cit., pp. 554 e ss.

²⁶⁶ O artigo 506.º do ZGB dispõe que: “[...] La caution peut requérir des sûretés du débiteur et, si la dette est exigible, réclamer sa libération: [...]”. No objecto do estudo interessa apenas destacar o número 3 deste preceito legal: “[...] lorsque, en raison des pertes qu’il a subies, ou de la diminution de la valeur de sûretés, ou encore d’une faute par lui commise, la caution court des risques sensiblement plus grands qu’au moment où elle s’est engagée [...]”.

Entendemos que o direito de liberação do fiador é uma manifestação do *favor fideiussoris*²⁶⁸, enquanto forma de tutela preventiva da sua posição, no decorrer da relação fidejussória.

Assim, as codificações indicadas permitem a liberação do fiador, desde que se verifiquem determinadas circunstâncias.

A liberação parece aplicar-se sempre, independentemente do carácter gratuito²⁶⁹ ou oneroso que a fiança possa revestir²⁷⁰.

O direito de liberação de que o legislador trata mais não é de que uma forma de exoneração da obrigação de fiança a que o fiador está adstrito perante o credor²⁷¹.

Atendendo ao risco inerente à constituição da fiança, bem como aos riscos supervenientes que a assunção de tal garantia pessoal pode desencadear na esfera jurídica do fiador, não conjecturáveis, *ab initio*, aquando da sua vinculação, o direito de liberação procura ser um mecanismo que permita acautelar a posição do fiador.

Analisando as várias codificações supracitadas, concluímos que as alterações em causa, possibilitadoras da verificação do direito de liberação do fiador, têm sempre um carácter essencialmente patrimonial²⁷², discutindo a doutrina a natureza exemplificativa ou taxativa de tais disposições²⁷³.

²⁶⁷ Inserindo o direito de liberação nas relações internas, veja-se, por exemplo, JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, pp. 835 e ss.; ADRIANO VAZ SERRA, *Fiança e Figuras Análogas, op. Cit.*, pp. 179 e ss.; AMÉRICO DA SILVA CARVALHO, *Extinção da Fiança*, Lisboa, 1959, p. 170. Na doutrina alemã,

DIETER MEDICUS, *Tratado de las Relaciones Obligatorias*, p. 616 e DIETER MEDICUS/STEPHAN LORENZ, *Schuldrecht*, II, p. 334.

²⁶⁸ BATTISTA PETTI, *La Fideiussione e le Garanzie Personali del Credito*, *Cit.*, p. 203, defende que em Itália é aplicado o princípio de *favor fideiussoris*, o qual visa atingir o equilíbrio na relação fidejussória.

²⁶⁹ EVARISTO MENDES, *Comentário ao Código Civil, Direito das Obrigações, Das Obrigações em Geral*, p. 834, defende que o preceito em causa tanto se aplica à fiança onerosa, como à fiança gratuita.

²⁷⁰ JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, pp. 845 e ss. refere, lapidarmente, que o facto de a fiança ser gratuita ou onerosa não bule com o direito à liberação.

Na doutrina espanhola, é este, por exemplo, o entendimento de DELGADO ECHEVARRÍA, *La fianza en Elementos de Derecho civil*, 2.^a ed., Barcelona, 1986, pp. 349 e ss.

²⁷¹ Numa perspectiva sintética, após a publicação do Código Civil português de 1966, ver por todos, JACINTO RODRIGUES BASTOS, *Das Obrigações em Geral, Segundo o Código Civil de 1966*, IV, Coimbra, 1973, p. 77, refere que os códigos reconhecem ao fiador, em geral, o direito de, em certas circunstâncias, exigir ao devedor a sua liberação ou prestação de caução.

²⁷² JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, p. 858, ensina que o agravamento da fiança pode decorrer exclusivamente da alteração da situação patrimonial do devedor, dando o exemplo da desvalorização das garantias prestadas aquando da prestação da fiança.

²⁷³ JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, p. 852, refere que o elenco de situações que permitem alcançar a liberação do fiador não tem natureza taxativa.

Apesar das características genéticas da fiança enquanto garantia pessoal, em particular o fim de segurança ou garantia e o risco inerente à sua celebração, as causas possibilitadoras da aplicação do regime do direito de liberação parecem não estar taxativamente previstas na lei, podendo as partes convencionar novas circunstâncias além daquelas previstas no elenco legal para a aplicação deste regime jurídico, aquando da constituição da obrigação fidejussória²⁷⁴.

Assim sendo, o devedor e o fiador podem livremente convencionar entre si circunstâncias que, *inter partes*, configurarão uma alteração sensível dos riscos da fiança, independentes do agravamento do património do devedor.

Saliente-se que a defesa do carácter meramente exemplificativo e não taxativo das causas possibilitadoras do direito à liberação do fiador implica uma tutela jurídica mais intensa das posições jurídicas do fiador, conformando as partes no âmbito da sua autonomia privada, em cumprimento integral do bloco de legalidade vigente a que estão adstritas, uma causa concreta que, para elas, integrará o conceito de alteração dos riscos sensíveis da fiança, possibilitadora do regime da liberação da fiança pelo fiador.

Depois de ter sido analisado o regime vigente em algumas ordens jurídicas estrangeiras, concluímos que o direito de liberação do fiador não é uniforme nas diversas codificações em estudo²⁷⁵.

Concretizando, as codificações de matriz napoleónica reconduziram sempre esta matéria à diminuição real do património do devedor originário ou aos riscos da sua insolvência, não nos parecendo ser tal consagração a solução mais adequada do ponto de vista legístico, atendendo aos interesses concretos em jogo.

Assim sendo, parece-nos que os conceitos utilizados na codificação de feição napoleónica – “insolvência”; “decair de fortuna” – acabam por não permitir uma tutela de natureza geral, mas sim meramente restritiva, atendendo apenas às situações em que a solvabilidade do devedor originário está em causa. Mais correcta parece ter sido a redacção seguida pelo legislador suíço no artigo 506.º, número 3, do ZGB, e a do

²⁷⁴ Sobre o carácter taxativo das situações em que o direito de liberação parecia inclinar-se, ADRIANO VAZ SERRA, *Fiança e Figuras Análogas*, op. Cit., p. 212, dizia que além dos casos de liberação previstos no artigo 844.º do Código de Seabra, não seria de admitir outros além dos aí elencados. Em sentido contrário, JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, p. 852, defende, aquando da análise do direito de liberação na ordem jurídica portuguesa, que o elenco previsto no artigo 648.º do Código Civil não é taxativo, podendo o fiador acordar com o devedor outros fundamentos para a liberação do fiador.

²⁷⁵ *Supra*, pp. 29 e ss.

legislador português no seu artigo 648.º, alínea b), do seu Código Civil, uma vez que consagraram preceitos legais imbuídos de conceitos indeterminados e, conseqüentemente, dotados de mais plasticidade de aplicação concreta no tráfego, susceptíveis de aplicação a uma constelação hipotética de casos, não exclusivamente ligados à falência ou à insolvência do devedor.

As situações em que os riscos da fiança se agravam sensivelmente são conceitos indeterminados, carecedores de preenchimento para atingir aplicabilidade prática.

Quanto a nós, parece-nos que o risco deverá ter uma natureza anormal e não previsível no momento da constituição da fiança, atendendo à análise do risco realizada pelo fiador antes da sua vinculação, assistindo-se, no decorrer da relação jurídica fidejussória, a um agravamento substancial das condições que estiveram na base da celebração da fiança.

Apesar de tal alteração não ter de decorrer sempre do agravamento da situação patrimonial do devedor, ela deve ter sempre um reflexo de carácter patrimonial, o qual não tem, necessariamente, de estar relacionado com a insolvência ou pré-insolvência do devedor.

Assim sendo, o conceito de risco relevante não poderá ser, tão só, o do fiador ter de cumprir a dívida fidejussória, uma vez que este risco potencial está na sua órbita desde o momento da constituição daquele direito pessoal de garantia, sendo um risco de natureza normal perante a assunção da fiança.

Vários exemplos práticos podiam ser apontados no sentido de ilustrarmos o que se entende por agravamento sensível dos riscos da fiança.

Tentando esboçar um exemplo, podemos referir a situação em que uma fiança é prestada a um Administrador Executivo de uma instituição de crédito secular, ambos com forte prestígio e poder de influência junto dos agentes do tráfego. A fiança foi prestada com o objectivo do fiador retirar benefícios da posição do devedor. Posteriormente, a instituição de crédito colapsa e o fiador é demandado numa multiplicidade de acções civis e penais, verificando-se uma contingência de milhões de euros.

Neste exemplo concreto, o fiador determinou o risco fidejussório como diminuto, atendendo à posição do fiador. Contudo, verificou-se uma alteração superveniente e

imprevisível, que transmutou a relação fidejussória encetada e potenciou, em larga medida, a possibilidade de incumprimento e conseqüente demanda do garante.

O legislador suíço²⁷⁶, no artigo 506.º, n.º 3 do seu código civil²⁷⁷, integra nas situações de agravamento da fiança os casos em que se verifique a desvalorização anormal das garantias prestadas, aquando da constituição da fiança ou o risco para o fiador tenha aumentado consideravelmente por culpa do devedor.

Assim sendo, se foi constituída fiança e, simultaneamente, um terceiro prestou um direito real de garantia, como uma hipoteca, ou se foi constituído um penhor, para garantia do crédito do credor, e tais bens forem destruídos, por uma multiplicidade indeterminada de circunstâncias, o fiador terá legitimidade para exercer o seu direito de liberação.

Neste exemplo, não obstante, poder não se verificar um agravamento da solvabilidade do devedor originário, atendendo ao seu património globalmente considerado, parece que o legislador suíço permitiria a liberação do fiador.

A outra situação consagrada no artigo 506.º, n.º 3, do Código Civil suíço, que permite a liberação do fiador, é a dissipação culposa pelo devedor do seu património.

Atendendo à lição do legislador helvético, parece-nos os casos em que se verifica uma desvalorização anormal das garantias prestadas, aquando da constituição da fiança e os casos em que o devedor, culposamente, começa a delapidar o seu património, são circunstâncias que integram alterações sensíveis ao risco da fiança, possibilitadoras da liberação do fiador.

²⁷⁶ JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, p. 856, indica que o agravamento sensível dos riscos da fiança pode não decorrer da alteração dos riscos da fiança, indicando o exemplo do número 3, do artigo 506.º do OR suíço.

²⁷⁷ ADRIANO VAZ SERRA, *Fiança e Figuras Análogas*, p. 183, ensina que o artigo 503.º, n.º 3, do Código Civil suíço, correspondia ao artigo 512.º, n.º 3, antes da revisão de 1941. Na revisão de 1941, este preceito legal passou a prever que: “se, por pioramento das relações patrimoniais do devedor, depreciação de seguranças ou culpa do devedor, o perigo para o fiador se tornou notavelmente maior que quando do aforçamento”.

Ressalve-se, porém, que a alteração substancial do património do devedor não tem de ter natureza culposa, podendo resultar de causa furtiva que não lhe é imputável. Neste caso, o direito de liberação do fiador não deixa de operar²⁷⁸.

Tendo sido levada a cabo uma breve análise das várias fases da relação fidejussória²⁷⁹, verificamos que o direito de liberação do fiador concretizar-se-á, regra geral, no termo da fase de segurança ou de garantia (*Sicherungsphase*), mais concretamente, na fase em que se verifica, normalmente, uma diminuição efectiva do património do devedor originário, ou a uma potenciação do risco de cumprimento da obrigação afiançada e, subsequentemente, incremento de risco de o fiador ser demandado para cumprir.

Saliente-se, contudo, que mesmo na fase de exercício (*Ausübungsphase*), o fiador pode requerer a sua liberação, não obstante, na maioria das situações concretas do tráfego, e atendendo à concreta fase da relação fidejussória, com a consequente verificação do inadimplemento do devedor, se assistir a uma dificuldade na sua concretização. A liberação em causa pode não ficar comprometida se o incumprimento do devedor se dever a causa que não esteja relacionada com a diminuição patrimonial do fiador, mas a causas externas a essa circunstância.

O direito à liberação do fiador aplica-se independentemente de o fiador gozar do benefício da excussão prévia²⁸⁰ ou ter renunciado ao mesmo, pelo facto de inexistirem razões históricas e teleológicas que levem a que se conclua em sentido diverso²⁸¹.

Parece-nos, também, que o direito de liberação é uma manifestação da acessoriedade forte da fiança²⁸², corporizada no agravamento do risco de cumprimento da obrigação originária, da qual está dependente a garantia pessoal constituída.

É controvertido na doutrina portuguesa se a aplicação do regime do direito de liberação exige, ou, não, uma relação jurídica directa entre o devedor e o fiador.

²⁷⁸ É este o entendimento de JACINTO RODRIGUES BASTOS, *Das Obrigações em Geral, op. Cit.*, p. 79, que, a propósito desta questão, escrevia que o pioramento da situação patrimonial do devedor pode ser independente da sua culpa.

²⁷⁹ *Supra*, pp. 21 e ss.

²⁸⁰ Assim, EVARISTO MENDES, *Comentário ao Código Civil, Direito das Obrigações, Das Obrigações em Geral*, p. 834.

²⁸¹ Neste sentido, JANUÁRIO COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, pp. 836 e ss., diz que o direito de liberação não tem que ver com a subsidiariedade da fiança ou com a solidariedade fidejussória, mas com a situação da fiança ou de fiador *tout court*.

²⁸² Seguimos, de perto, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, X, pp. 441-442.

Conforme anteriormente referido, ADRIANO VAZ SERRA²⁸³, no seu estudo *Fiança e Figuras Análogas*, propôs no artigo 24.º, n.º 3 que:

O direito de que trata este artigo não tem lugar quando entre o devedor e o fiador, não existir uma relação que o justifique.

Este preceito acabou por ser suprimido nas revisões ministeriais.

JANUÁRIO DA COSTA GOMES²⁸⁴ defende que o direito de liberação supõe uma relação entre o devedor e o fiador, já que, tratando-se de uma posição jurídica activa que se verifica *intra muros*, as partes devem ter estabelecido entre si alguma relação jurídica.

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO²⁸⁵ defende, de igual modo, que o direito de liberação pressupõe uma relação entre o fiador que o justifique, atendendo à sub-secção onde o artigo 648.º do Código Civil está inserido, isto é, nas “relações entre o devedor e o fiador”.

Parece-nos que a razão se encontra com os dois autores citados nos parágrafos antecedentes, uma vez que, apesar de a fiança poder ter sido constituída sem o conhecimento do devedor originário, contra a vontade do devedor, ou no interesse exclusivo do credor, atendendo ao regime vigente a verdade é que a concretização da liberação do fiador não pode ser alcançada sem a prática de actos materiais do devedor. Acresce, também, que se o fiador não tiver ligação com o devedor, dificilmente vai acompanhar o desenvolver da relação fidejussória, sendo-lhe difícil aquilatar se se verificou alguma alteração sensível dos riscos da fiança.

A admitir-se o direito de liberação, nos casos em que inexistente relação jurídica entre devedor e credor, a sua concretização deparar-se-ia com inúmeros obstáculos de ordem prática, uma vez que a falta de ligação entre as partes dificultaria, em larga mediada, a execução dos actos materiais necessários a atingir esse desiderato.

²⁸³ ADRIANO VAZ SERRA, *Fiança e Figuras Análogas*, pp. 211-213, a propósito da necessidade de existência de relação entre fiador e devedor que justificasse a liberação, ensinava que os códigos civis analisados no seu estudo pareciam não fazer qualquer distinção, parecendo aceitar sempre esse direito. Ressalva este civilista que nos casos em que a fiança é prestada contra a vontade do fiador, a liberação não opera.

²⁸⁴ JANUÁRIO COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, pp. 837 e ss.

²⁸⁵ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, X, pp. 496-497, parece ser particularmente crítico à opção de ANTUNES VARELA em suprir o número 3, do artigo 24.º, proposto por VAZ SERRA, alertando que como pode o fiador exigir ao devedor a sua liberação ou a prestação de caução se a garantia foi prestada sem o seu conhecimento ou contra a sua vontade.

Ressalve-se, ainda, que uma das circunstâncias que pode levar a que o devedor recuse a constituição da fiança seja, precisamente, o não querer assumir o encargo de ter de, eventualmente, concretizar a liberação do fiador, caso os seus pressupostos de aplicação se verificassem no caso concreto.

Na circunstância de a fiança ter sido prestada exclusivamente com *animus solvendi*, parece ser também de excluir o direito de liberação do fiador²⁸⁶.

Deslindando as relações fidejussórias em que o direito de liberação atinge uma aplicabilidade prática mais intensa, parece-nos que as mesmas se verificam nas fianças cuja obrigação principal seja deferida no tempo; nas fianças constituídas no âmbito de um contrato de execução duradoura, mas determinada no tempo e na fiança *omnibus*²⁸⁷ ou fiança genérica, uma vez que é nestas três hipóteses-quadro que o «factor tempo» poderá implicar uma alteração anormal na relação fidejussória, em particular no que se refere à esfera jurídica do devedor originário, consubstanciando alterações sensíveis do risco da fiança.

Nestas três constelações hipotéticas de casos, a conduta do devedor originário está também sujeita a mutação e vicissitudes de múltipla ordem, podendo este passar de um devedor honrado e diligente no início da relação fidejussória – circunstância essa essencial para a constituição da fiança por parte do fiador – para um devedor inadimplente. Por fim, os riscos inerentes às restantes garantias prestadas de carácter real, a par da fiança, podem também sofrer vicissitudes de múltiplas ordens, apesar de tais circunstâncias serem menos comuns do que os dois primeiros exemplos²⁸⁸.

Por referência à primeira hipótese-quadro supracitada, parece-nos resultar óbvio que nas obrigações de natureza instantânea, o risco de se verificar alterações sensíveis do risco da fiança é menor, uma vez que a obrigação afiançada se extingue, num só momento, com o cumprimento, sendo o risco fidejussório menos intenso.

²⁸⁶ Concordamos, deste modo, com JANUÁRIO COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, p. 845.

²⁸⁷ Cfr. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *A Fiança no Quadro das Garantias Pessoais – Aspectos de Regime*, pp. 112 e ss., destaca que a fiança *omnibus* é uma figura que agiliza o crédito bancário, favorecendo quer a instituição de crédito, quer a empresa, salientando os casos em que as sociedades comerciais cumprem regularmente a obrigação principal e a fiança prestada favorece também os sócios de tal sociedade.

²⁸⁸ Um exemplo de tal circunstância foi a crise de *subprime* vivenciada nos Estados Unidos da América, com uma forte desvalorização do valor dos imóveis depois de um longo período em que o seu valor havia aumentado exponencialmente. Sobre esta matéria, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A Crise Planetária de 2007/2010 e o Governo das Sociedades*, in *Revista de Direito das Sociedades*, I, Coimbra, 2009, em particular, pp. 267 e ss.

Pelo contrário, nas obrigações cuja obrigação principal seja diferida no tempo, as vicissitudes supervenientes que podem ser espoletadas na esfera jurídica do devedor são mais intensas.

O mesmo parece ocorrer nas fianças em que o fiador garante obrigações de natureza futura.

A segunda hipótese integra uma obrigação que se integra na tipologia das obrigações duradouras²⁸⁹, sendo que um exemplo comum no tráfico poderá ser o dos mútuos bancários concedidos por instituições de créditos para aquisição de habitação própria e permanente, em que o credor exige a constituição de uma garantia pessoal, além da garantia real também normalmente exigida. Nestes casos, a obrigação principal vence-se periodicamente, tendo o contrato, na maioria das vezes, uma extensa duração, na ordem das dezenas de anos, vinculando, deste modo, o devedor e o fiador durante boa parte da sua vida útil activa. Neste exemplo, a relação fidejussória pode sofrer particulares reveses, atendendo ao elevado lastro do tempo do cumprimento. Assim, pode verificar-se, hipoteticamente, a diminuição substancial dos bens que integram a esfera jurídica dos devedores originários, a sua insolvência, a sua emigração com o afastamento definitivo seu país de origem, o divórcio ou a separação de facto dos devedores originários (caso o mútuo seja adquirido por devedores casados ou unidos de facto), com a quebra dos laços entre si, potencializando o incumprimento da obrigação principal.

A terceira hipótese-quadro é atinente à designada fiança *omnibus*²⁹⁰ ou fiança genérica²⁹¹ ou de conteúdo indeterminado²⁹², recorrentemente utilizada e exigida, no

²⁸⁹ Na terminologia de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, VI*, 3.^a ed., Coimbra, 2019, pp. 577 e ss., este exemplo tratar-se-ia de uma prestação com carácter prolongado e sucessivo, uma vez que o seu cumprimento se vai realizando num determinado período de tempo, mantendo-se o vínculo activo e o pagamento do mútuo se realiza em momento diferentes separados por período de tempo determinado e juridicamente relevante.

²⁹⁰ Sobre a fiança *omnibus*, MIRELLA VALLE, *Fideiussione Omnibus in Contratto e Impresa*, Padova, 1990, pp. 276 e ss. e, ainda MASSIMO FRANZONI, *Fideiussione Omnibus e Jus Superveniens*, in *Contratto e Impresa*, Padova, 1993, pp. 428 e ss.

Na nossa ordem jurídica, ver FREDERICO FARO, *Fiança Omnibus no Âmbito Bancário: Validade e Exercício da Garantia à Luz do Princípio da Boa Fé*, Coimbra, 2009, pp. 437 e ss., defende que a análise da fiança *omnibus* deve ser levada a cabo de acordo com dois âmbitos distintos. O primeiro, relativo à sua validade formal, e o segundo relativo à legitimidade do seu exercício. A análise desses requisitos é essencial para que se afira da sua validade.

²⁹¹ Apesar de ser comum, no tráfico, a constituição das fianças *omnibus*, não encontramos razões de fundo que obstem à sua constituição no Direito civil.

²⁹² Na terminologia de PEDRO ROMANO MARTINEZ/PEDRO FUZETA DA PONTE, *Garantias de Cumprimento*, p. 96.

tráfego jurídico bancário, na qual, *grosso modo*, o credor é uma instituição de crédito ou uma sociedade financeira e o devedor uma sociedade comercial.

Se a fiança é considerada um negócio de risco, parece-nos que, na fiança *omnibus*, o risco em causa atinge o seu expoente máximo, em virtude de o fiador não conseguir deslindar, no momento em que se vincula, a concreta dimensão e extensão do risco fidejussório.

Este tipo de fiança permite a concessão de crédito a sociedades comerciais, de forma contínua, e com fortes necessidades de liquidez, prestando os seus corpos sociais fianças de carácter genérico, no sentido de garantir o financiamento regular e efectivo da sociedade, garantindo obrigações futuras resultantes de certa ou de certas relações negociais.

Tendo em linha de conta o princípio da determinabilidade dos negócios jurídicos, previsto na nossa ordem jurídica no artigo 280.º do Código Civil, enquanto manifestação da limitação do princípio da autonomia privada²⁹³, a fiança *omnibus* apenas não padecerá de invalidade, na modalidade de nulidade, se, no momento em que a mesma for constituída, e em relação aos débitos futuros, existirem elementos que permitam inferir, com segurança, a origem, o prazo, os possíveis montantes e as relações entre os outorgantes, permissivas do enquadramento do crédito na fiança prestada²⁹⁴.

Este tipo de fiança, acaba, deste modo, por ser determinável, mas não determinada, resultante da sua natureza genérica e duradoura.

Assim sendo, atendendo à natureza duradoura da fiança constituída, à dificuldade de determinação inicial do risco fidejussório, à facilidade na obtenção de crédito pelo

²⁹³ JORGE MORAIS CARVALHO, *A Determinabilidade do Objecto do Negócio Jurídico Como Limite à Autonomia Privada*, Revista da Universidade de Santiago, Ano 1, número 1, Santiago de Compostela, 2013, pp. 163 e ss., refere que, em Portugal, o negócio jurídico que tenha um objecto indeterminado e indeterminável está ferido de nulidade. Diz, ainda, que o objecto não tem de estar determinado no momento da conclusão do negócio, mas tem de ser determinável nos termos definidos, de forma implícita ou de forma explícita pelas partes.

²⁹⁴ O Acórdão Uniformizador de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça N.º 4/2001, de 23 de Janeiro de 2001, debruçou-se sobre a matéria da fiança *omnibus*, transcrevendo-se aqui o seu sumário: “[...] É nula, por indeterminabilidade do seu objecto, a fiança de obrigações futuras, quando o fiador se constitua garante de todas as responsabilidades provenientes de qualquer operação em direito consentida, sem menção expressa da sua origem ou natureza e independentemente da qualidade em que o afiançado intervenha [...]”.

Sobre este acórdão uniformizador de jurisprudência, JORGE MORAIS CARVALHO, *A Determinabilidade do Objecto do Negócio Jurídico Como Limite à Autonomia Privada*, pp. 166-167.

devedor originário e subsequente possibilidade do seu sobre-endividamento e às vicissitudes e mudanças que se podem verificar no património e no comportamento do devedor, no decorrer da relação fidejussória, parece-nos que a verificação de alterações sensíveis do risco da fiança se corporiza, de forma mais intensa, nas fianças genéricas.

O fiador, para poder invocar o seu direito de liberação por verificação de alterações sensíveis dos riscos da fiança carece, necessariamente, de verificar que tal circunstância ocorreu, uma vez que a sua ocorrência é condição essencial para a aplicação deste meio de tutela preventivo ao serviço do garante.

Assim sendo, o fiador diligente e ponderado, atendendo ao risco inerente à fiança deve acompanhar, de forma directa e efectiva, e a par e passo, o cumprimento da obrigação afiançada, não se podendo desprender do modo de actuação do devedor originário.

Pergunta-se se o credor²⁹⁵ está adstrito a deveres de informação²⁹⁶ ao fiador sobre a verificação de alterações sensíveis dos riscos da fiança²⁹⁷, os quais resultariam, na nossa ordem jurídica, à partida, do regime previsto no artigo 762.º, n.º 2, do Código Civil²⁹⁸, o qual tem natureza geral.

Impor um dever de informação, nesse caso concreto, restringiria a liberdade geral de actuação do credor, pelo que se impõe uma breve análise sobre este tema.

JANUÁRIO DA COSTA GOMES²⁹⁹ refere, na esteira da doutrina alemã, que HENSSLER entende que o credor não tem de informar o fiador sobre o andamento da situação patrimonial do devedor, o que consubstanciaria uma alteração imanente aos interesses da fiança. Refere este autor que um tal dever apenas é de sufragar se ocorrer um

²⁹⁵ JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, pp. 578 e ss., trata a matéria da compatibilização da fiança com um *standard* mínimo de deveres do credor.

²⁹⁶ Tratando de forma sintética esta questão, com a indicação das referências bibliográficas nacionais relevantes, EVARISTO MENDES, *Comentário ao Código Civil, Direito das Obrigações, Das Obrigações em Geral*, p. 836.

²⁹⁷ Sobre esta matéria, com detalhe, MIGUEL BRITO BASTOS, *Deveres Acessórios de Informação, em Especial, os Deveres de Informação do Credor Perante o Fiador*, pp. 238 e ss., refere que a orientação que exclui os deveres acessórios de informação do credor fidejussório tem a sua origem histórica nos trabalhos preparatórios do BGB e na rejeição, da Primeira Comissão, à consagração de um preceito relativo ao dever de diligência do credor fidejussório. Este autor chama a atenção que este entendimento deve ser ultrapassado, atendendo a reforma de 2002 do BGB e da introdução dos §§ 241 (2) e 311 (2) e (3).

²⁹⁸ MIGUEL BRITO BASTOS, *Deveres Acessórios de Informação, em Especial, os Deveres de Informação do Credor Perante o Fiador*, p. 240, chamando, todavia, à colação que esta remissão não se aplica em todas as fianças, chamando à colação as fianças que garantam créditos futuros ou créditos condicionais.

²⁹⁹ JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, p. 590.

essencial pioramento da situação económica do devedor, desde que, claramente, o fiador não possa ser detentor de determinadas informações³⁰⁰.

Tem também sido apontado, como óbice à existência de deveres de informação a cargo do credor fidejussório a caracterização da fiança como negócio de risco³⁰¹, ficando excluídos todos os deveres de informação que prejudicassem a posição do credor.

Ora, um dever de informação do credor ao fiador, através do qual aquele lhe alertaria para a verificação de alterações sensíveis do risco da fiança, caso tivesse conhecimento das mesmas, consubstanciaria uma situação em que, regra geral, o credor poderia prejudicar a sua situação, uma vez que o fiador ficaria em estado de alerta para o risco fidejussório, podendo interpelar o devedor para que este o exonerasse, através da liberação, ou que lhe prestasse caução.

Poder-se-ia, em oposição, argumentar-se que não é totalmente líquido que a comunicação de incumprimento do devedor por parte do credor colocasse em causa a fiança, uma vez que a liberação dependerá sempre, regra geral, do seu assentimento.

Por seu turno, caso o fiador, tomando conhecimento do incumprimento do devedor originário, começasse a dissipar os seus bens para não cumprir perante o credor, este poderia sempre lançar mãos dos mecanismos legais que tem ao seu dispor para reverter tais negócios jurídicos fraudulentos.

Parece-nos que poderia ser também alegado que prever um dever de informação do credor, em casos de incumprimento do devedor, potenciaria um equilíbrio possível entre a posição do credor e do fiador no decorrer da relação fidejussória. Merecendo o credor uma tutela mais intensa do que a do fiador, atendendo à garantia pessoal existente, não poderia, contudo, o fiador ficar totalmente desprotegido, sob pena de subversão dos vectores essenciais do sistema jurídico.

O credor apenas não teria de cumprir com a obrigação de informação de incumprimento do devedor, perante o fiador, se este, de forma culposa, a título de dolo, nas suas diversas vertentes (directo, necessário ou eventual), ou a título de negligência

³⁰⁰ Criticando a posição deste autor alemão, MIGUEL BRITO BASTOS, *Deveres Acessórios de Informação, em Especial, os Deveres de Informação do Credor Perante o Fiador*, p. 245.

³⁰¹ MIGUEL BRITO BASTOS, *Deveres Acessórios de Informação, em Especial, os Deveres de Informação do Credor Perante o Fiador*, p. 243.

(consciente ou inconsciente), não se inteirasse sobre o património e solvabilidade do devedor.

Na circunstância referida no parágrafo antecedente, o credor teria legitimidade para não cumprir com tal dever, havendo uma exoneração do mesmo, não podendo o fiador inadimplente dos deveres de cuidado a que estava adstrito, vir invocar incumprimento de tal dever, sob pena de incorrer em abuso de direito, nos termos do disposto no artigo 334.º, do Código Civil.

Cabe tomar posição.

Parece-nos que nos casos em que inexiste qualquer relação jurídica entre o fiador e o credor, grosso modo, nos casos em que o fiador se limitou a prestar a garantia pessoal e nas situações em que o fiador consegue obter as informações necessárias ao acompanhamento da relação fidejussória, junto do devedor, não se verifica um dever de informação ao credor³⁰². Existirão, ainda, dificuldades em admitir esse dever de informação nos casos em que o credor é uma instituição de crédito, atendendo às regras do sigilo bancário³⁰³ a que está adstrito.

Na circunstância de o fiador demandar o devedor para que este o libere ou nos casos em que este lhe exija a prestação de caução, sem que se verifique uma alteração efectiva e sensível dos riscos da fiança, e o devedor, em consequência desse acto, tiver prejuízos (v.g. danos patrimoniais e danos morais), o fiador será responsabilizado em sede de responsabilidade civil.

A concretização efectiva do direito de liberação do fiador³⁰⁴ materializa-se pela prática de actos materiais de múltipla índole e de carácter complexo pelo próprio, tendo em conta a circunstância do caso concreto, tendo o devedor originário

³⁰² MIGUEL BRITO BASTOS, *Deveres Acessórios de Informação, em Especial, os Deveres de Informação do Credor Perante o Fiador*, p. 257 fala, na esteira de HOLGER FLEISCHER, numa subsidiariedade da cominação dos deveres acessórios de informação ao credor fidejussório, face à oneração do devedor principal.

³⁰³ Com efeito, determina o artigo 78.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras - Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro que: *Os membros dos órgãos de administração ou fiscalização das instituições de crédito, os seus colaboradores, mandatários, comissários e outras pessoas que lhes prestem serviços a título permanente ou ocasional não podem revelar ou utilizar informações sobre factos ou elementos respeitantes à vida da instituição ou às relações desta com os seus clientes cujo conhecimento lhes advenha exclusivamente do exercício das suas funções ou da prestação dos seus serviços.*

³⁰⁴ EVARISTO MENDES, *Comentário ao Código Civil, Direito das Obrigações, Das Obrigações em Geral*, p. 835, ensina que a lei não indica de que modo poderá ocorrer a liberação, competindo ao devedor a escolha dos meios para a efectivar.

discricionarieidade de escolha no modo como alcança a exoneração do fiador e subsequente extinção da obrigação fidejussória³⁰⁵.

A invocação da liberação não carece de forma especial, mesmo nos casos em que o negócio jurídico que originou a constituição da fiança tenha tido forma especial, razão pela qual esta pode ser exercida mediante interpelação directa do devedor originário, sem que exista, de igual modo, uma necessidade de recurso aos tribunais, tendo, assim, esta posição jurídica activa do fiador carácter extrajudicial³⁰⁶.

As codificações analisadas são omissas relativamente ao estabelecimento de um prazo concreto para o devedor atingir o objectivo de liberação do fiador.

Contudo, parece-nos que deveremos recorrer ao conceito indeterminado “prazo razoável”, cujo preenchimento dependerá da circunstância do caso concreto, sendo certo que alguns dos critérios mais relevantes que poderão ser chamados à colação são os seguintes: o grau de alteração do risco fidejussório; a maior ou menor perspectiva de incumprimento da obrigação afiançada; o valor do crédito garantido; o grau de profissionalismo do credor e a anterior conduta do devedor no decorrer da relação fidejussória .

Entendemos que o primeiro passo a praticar pelo devedor originário, na sequência da interpelação do fiador para concretização da sua liberação, será entrar em contacto, de imediato, com o credor, a fim de aquilatar qual a sua situação em relação à liberação invocada.

Se o credor renunciar, por exemplo, à fiança, a liberação concretizar-se-á de forma simples e célere.

Todavia, esta posição poucas vezes será alcançada no tráfego, parecendo-nos apenas conjeturável nos casos em que existe algum eventual interesse do credor com a renúncia.

Assim sendo, o devedor originário tem de prosseguir a prática de novos actos com o objectivo de alcançar, ou pelo menos potenciar, a liberação do fiador.

³⁰⁵ JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, p. 846, citando RAVAZZONI, ensina que a liberação é uma prestação de carácter complexo.

³⁰⁶ Com este entendimento, ADRIANO VAZ SERRA, *Fiança e Figuras Análogas*, p. 207.

Vimos que o direito de liberação do fiador opera nas relações internas, isto é, na relação concreta encetada entre o fiador e o devedor³⁰⁷.

Contudo, regra geral, sem o consentimento do credor a liberação do fiador não é atingida, alcançando a posição deste último um forte destaque na efectivação de tal posição jurídica activa³⁰⁸.

Parece-nos que a obrigação de liberação do fiador se trata de uma obrigação de meios³⁰⁹, em virtude de o devedor não estar vinculado a atingir, como resultado final, a exoneração do fiador e subsequente extinção daquela fiança. Pelo contrário, o devedor está adstrito à prática de todos os actos materiais para atingir esse desiderato, podendo, porém, não o alcançar, desde que a não exoneração do fiador resulte de causa culposa que não lhe seja imputável.

A obrigação do devedor é, deste modo, de comportamento ou de tentativa, mas não de resultado³¹⁰, uma vez que o cumprimento não está dependente da causação do facto pretendido, isto é, da concretização real e efectiva da liberação do fiador.

Destaque-se, porém, que a liberação do fiador, não obstante ser uma obrigação de meios³¹¹, também se define por um resultado. Contudo, o devedor não se obriga a alcançar esse resultado, vinculando-se, apenas, à prática de todos os actos materiais de conteúdo complexo que, numa análise *ex ante*, sejam idóneos a alcançar a liberação do fiador³¹².

³⁰⁷ ADRIANO VAZ SERRA, *Fiança e Figuras Análogas*, pp. 181 e ss.

³⁰⁸ MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, em *Direito das Garantias*, *op. Cit.*, p. 85, salienta que a liberação está dependente do acordo do credor. Caso o credor não aceite a liberação do fiador, resta ao devedor apenas cumprir ou extinguir, por si, a obrigação por outra via. Todavia, conforme tentaremos demonstrar *infra*, pp. 128 e ss., existem situações concretas nas quais o credor terá de aceitar a liberação do fiador primitivo sob pena da sua conduta poder integrar abuso de direito.

³⁰⁹ Sobre a distinção entre obrigações de meios e obrigações de resultados, PEDRO MÚRIAS/MARIA DE LURDES PEREIRA, “Obrigações de Meios, Obrigações de Resultado e Custos da Prestação”, in *Centenário do Nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha*, Coimbra, 2012, pp. 999 e ss.,

³¹⁰ Sobre este assunto, com grande detalhe, RICARDO LUCAS RIBEIRO, *Obrigações de Meios e Obrigações de Resultado*, Coimbra, 2012, pp. 38 e ss., salienta que parte da doutrina sufragada por autores como ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, LUÍS MENEZES LEITÃO ou CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA refutam a utilidade da distinção entre obrigação de meios e obrigação de resultados, defendendo que todas as obrigações são de resultado, uma vez que só este releva para o credor.

³¹¹ Alguns autores mais antigos, como MANUEL GOMES DA SILVA, *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, Lisboa, 1944, pp. 206 e ss. e pp. 238 e ss., já criticavam a distinção entre obrigações de meios e obrigações de resultado. Este civilista defendia que mesmo nas obrigações de meios existe a vinculação do devedor a um fim, que corresponde ao interesse do credor, e que se o fim não for atingido, presumir-se-á culpa do devedor.

³¹² Refere CATARINA MONTEIRO PIRES, *Limites dos Esforços e Dispendios Exigíveis ao Devedor para Cumprir*, p. 114, que de a diligência legalmente exigível é projetada em qualquer obrigação, sendo certo

O direito de liberação tem um conteúdo complexo, em virtude de a exoneração poder ser alcançada com a prática de uma multiplicidade de diferentes actos pelo devedor.

Destarte, a liberação do fiador pode alcançar-se através da constituição de novas garantias reais por parte do devedor originário (v.g. a constituição de uma hipoteca voluntária ou de um penhor, ou uma consignação de rendimentos); constituição de uma garantia bancária autónoma a favor do credor; constituição de um novo mútuo bancário ou de um mútuo civil para pagamento da dívida ao credor; subscrição de novas condições mais gravosas da obrigação principal, por parte do devedor originário; constituição de uma nova fiança em substituição da constituída, por parte de um novo fiador; pedido ao credor de renúncia à fiança e estabelecimento de um moratória com o objectivo de recuperar o património do devedor.

Alcançar o resultado de liberação do fiador, tendo em conta a realidade dos sujeitos que o integram, sobretudo nos casos em que o credor é um profissional, afigurar-se-á, muitas vezes, difícil³¹³.

Concretizando, nos casos em que as alterações sensíveis dos riscos da fiança têm exclusivamente carácter patrimonial, resultantes do agravamento da situação patrimonial do devedor, por comparação à fase da constituição da garantia pessoal e aferição do risco fidejussório, sobretudo nos casos de insolvência iminente, o devedor dificilmente não conseguirá constituir garantias reais a favor do credor.

Além do mais, em virtude da situação económica periclitante do devedor, este pode ter todos os seus bens móveis e imóveis com algum valor económico arretados ou penhorados à ordem de processos executivos intentados por outros credores.

Igual problema terá o devedor na constituição de uma garantia bancária autónoma, sendo facto notório os custos que tal operação acarreta no tráfego para os seus agentes e a análise detalhada de risco que é feito pelas instituições que concedem tais garantias.

que, apesar da diferenciação entre obrigações de meios e obrigações de resultado (cuja relevância é discutível) não afeta nem determina a medida da diligência do devedor, uma vez que qualquer devedor está obrigado a cumprir a prestação a que se vinculou com o grau de diligência de um homem médio, atendendo às circunstâncias do caso concreto.

³¹³ A esta conclusão parecem ter chegado, ainda sob a égide do Código de Seabra, LUÍS DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, V, Coimbra, 1933, p. 205, e HUMBERTO LOPES, *Da Extinção da Fiança*, p. 355.

A mesma vicissitude também ocorrerá com a constituição de um mútuo bancário ou de um mútuo civil, uma vez que o credor diligente e profissional também levará a cabo uma minuciosa análise de risco, sendo patentes as cautelas que, sobretudo, as instituições de crédito têm na constituição de mútuos³¹⁴.

O devedor originário terá, deste modo, inúmeras dificuldades na constituição de um mútuo bancário ou civil.

Parece-nos, também, que a subscrição de novas condições mais gravosas da obrigação principal³¹⁵, pelo devedor, na maioria das situações práticas concretas do tráfego, terá uma verificação diminuta, mormente nos casos em que a alteração sensível dos riscos da fiança esteja relacionada com a quebra patrimonial do devedor. Deste modo, o credor, tendo pleno conhecimento directo, no âmbito da relação fidejussória, das dificuldades de solvabilidade do devedor originário, estando munido de uma garantia pessoal idónea ao cumprimento, não aceitará renegociar os termos de cumprimento da obrigação principal.

A substituição da fiança primitiva, através da constituição de uma nova fiança, parece-nos, de igual modo, difícil de verificar, atendendo à solvabilidade do devedor, sendo praticamente impossível que um terceiro, minimamente ponderado e diligente, pretenda afiançar um devedor cuja situação económica é difícil, ou até mesmo periclitante.

Uma excepção à circunstância ressalvada no parágrafo antecedente, poderão ser as situações em que a nova fiança é prestada a título gratuito e com *animus solvendi*, no âmbito das relações entre familiares directos (pais e filhos, por exemplo).

O pedido ao credor de renúncia da fiança, requerido pelo devedor, é a solução esboçada mais difícil de alcançar, especialmente nos casos em que o credor seja um profissional, pelo facto de este, tomando conhecimento da falta de solvabilidade do devedor, não irá, com grande grau de probabilidade, renunciar à fiança, uma vez que é o único modo de garantir ou potencializar que o seu direito de crédito é cumprido.

³¹⁴ JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *O Regime Geral da Fiança e os 50 Anos do Código Civil. Esboço Para Novas Soluções Face aos Novos Tempos*, pp. 320 e ss., salienta que carece de reflexão e de intervenção legislativa a situação que resulta da prática de certos profissionais, sobretudo no campo bancário e financeiro, com a exigência de garantias em sobregarantia.

³¹⁵ Exemplo dado por RAVAZZONI, citado por JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, p. 846.

A liberação do fiador atingirá maior aplicabilidade nas situações em que o fiador e o devedor, no âmbito da sua autonomia privada, tenham convencionado uma causa integradora de alteração sensível dos riscos da fiança que não tenha directamente que ver com um agravamento dos bens que integram a esfera jurídica do devedor, uma vez que, nestes casos, os remédios concretizadores da liberação do fiador nos termos supracitados são potenciados.

Contudo, mesmo que o devedor originário consiga, pela verificação dos actos materiais acima descritos, a concretização de uma nova garantia idónea para o cumprimento integral do direito de crédito anteriormente constituído, a verdade é que o credor pode, tendo em conta a subjectividade do seu entendimento, considerar que a proposta do devedor não é suficientemente adequada e segura para garantir o cumprimento do seu crédito, recusando o direito de liberação do fiador.

Todavia, apesar de a regra geral ser aquela que impõe ao credor o seu assentimento para que a liberação do fiador opere, a verdade é que esta comporta algumas excepções, existindo situações que o credor não se pode recusar a aceitar a exoneração do garante, sob pena de a sua conduta integrar abuso do direito, conforme em ponto autónomo deste estudo se analisará detalhadamente.

O assentimento do credor para a concretização real da exoneração do fiador é, parece-nos, o grande óbice do direito de liberação, pela circunstância de o centro gravitacional da efectivação dessa posição jurídica activa passar por si.

Na circunstância de o devedor originário executar, com a máxima diligência que lhe é exigida, de acordo com a bitola do *bonus pater familias*³¹⁶, as acções materiais para a efectivação do direito de liberação da titularidade do fiador, o que é certo é que o fim que se pretende atingir pode não ocorrer, pelas duas grandes ordens de razão *supra* expostas: a impossibilidade de constituição de um meio alternativo para a garantia do crédito do credor e a falta de consentimento do credor para a liberação.

Desta feita, e atendendo ao facto de o direito de liberação ser uma obrigação de meios, parece-nos que há cumprimento de tal obrigação se o devedor originário tentar

³¹⁶Em Portugal, o critério de apreciação da culpa é feito, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família ou bitola do *bonus pater familias*, de acordo com o previsto no número 2, do artigo 487.º do Código Civil. Sobre este assunto, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, I, (Artigos 1.º a 761.º), pp. 408 e ss., defendiam que o critério determinado pelo legislador no Código Civil português é um padrão de diligência exigível do comum das pessoas.

de forma diligente e adequada, de boa fé, e através de todos os meios legítimos que tem ao seu dispor, atingir o resultado de liberação do fiador, ainda que, por causa que não lhe seja imputável, não o atinja.

Assim sendo, o devedor originário nunca poderá ser responsabilizado pelo fiador em sede de responsabilidade civil, uma vez que o primeiro lançou mão de todos os meios que tinha ao seu alcance para efectivar o direito de liberação do fiador, não o tendo alcançado por condicionalismos externos, sem prejuízo de o fiador recorrer a outros meios de tutela indemnizatória.

O fiador apenas poderá demandar o devedor, em sede de responsabilidade civil se este, depois de ter sido notificado para a concretização da liberação do garante, apresentar uma conduta culposa, nada fazendo para alcançar tal fim.

Entendemos que a responsabilidade do devedor aqui em causa terá natureza obrigacional, nos termos do disposto no artigo 798.º, do Código Civil, por violação de obrigação legal a que o devedor está adstrito³¹⁷, nos termos do disposto no artigo 648.º, alínea b), do Código Civil³¹⁸.

O fiador goza da presunção de culpa do devedor, nos termos consagrados no artigo 799.º, do Código Civil³¹⁹, devendo densificar os danos que o inadimplemento do devedor lhe causou.

Alguma doutrina sufraga que, regra geral, o fiador não pode exigir uma indemnização ao devedor³²⁰, em virtude de, naquela fase da relação fidejussória, não

³¹⁷ Ressalve-se que a doutrina mais antiga integrava a violação de uma obrigação de fonte legal na responsabilidade delitual e não na responsabilidade obrigacional, sendo que esta última apenas se verificava quando havia a violação de uma obrigação contratual. Neste sentido, JAIME DE GOUVEIA, *Da Responsabilidade Contratual*, ed. do autor, Lisboa, 1932, pp. 246 e ss.

³¹⁸ Cfr. salienta lapidariamente CLÁUDIA MADALENO, *A Responsabilidade Obrigacional Objetiva por Fato de Outrem*, Lisboa, 2014, p. 883, “[...] ponto assente é que a responsabilidade obrigacional pode decorrer da violação de obrigação de fonte não contratual. Será o caso das obrigações resultantes da lei [...]”

³¹⁹ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil – Responsabilidade Civil – O Método do Caso*, 1.ª ed., Coimbra, 2006, pp. 79 e ss., ensina que na responsabilidade obrigacional, verificada a falta de cumprimento, presume-se que tal falta deverá ser imputada ao devedor, sendo certo que tal presunção pode referir-se não só à culpa numa aceção estrita como também, antes disso, à verificação de um comportamento ilícito do devedor que espoletou o incumprimento.

³²⁰ JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, p. 848, refere que o fiador pode exigir uma indemnização pelos danos causados pelo incumprimento do dever de liberação.

existirem, normalmente, danos a ressarcir. Existiriam, quando muito, danos potenciais, que não são objecto de tutela jurídica nesta sede³²¹.

Contudo, parece-nos que se podem verificar danos emergentes, lucros cessantes e danos futuros³²² na esfera jurídica do fiador, resultantes da conduta inadimplente do devedor, razão pela qual nos parece haver poder lugar ao ressarcimento dos danos em causa, caso os demais pressupostos da imputação se encontrem verificados.

Os danos emergentes³²³ corporizam-se numa retracção do património do fiador, os quais podem resultar, por exemplo, nos dispêndios com advogados e outros técnicos, no sentido de aferir o meio mais adequado para atingir ou potencializar a sua exoneração da fiança, bem como as demais despesas tidas nesta sede, como os custos com taxas de justiça para notificação judicial avulsa do devedor para comunicação da declaração de vontade do fiador para o exercício do direito de liberação, caso o primeiro se recuse a receber as cartas com tal declaração, entre muitos outros exemplos hipoteticamente conjecturáveis.

Por seu turno, os lucros cessantes³²⁴, diferentemente dos danos emergentes, correspondem não a uma diminuição patrimonial do lesado, mas a uma frustração da criação de uma potencial situação jurídica activa, com reflexo directo no incremento no seu património.

Também conseguimos deslindar lucros cessantes nesta sede. Assim, refira-se, a título meramente indicativo, as situações em que os fiadores, em virtude do agravamento da situação patrimonial do devedor e subsequente verificação de alterações sensíveis dos riscos da fiança, com a possibilidade de, a breve trecho, virem a ser demandados para cumprimento da obrigação afiançada, deixem, no âmbito das suas relações jurídicas próprias, de obter crédito bancário, garantias bancárias, garantias

³²¹ ANTONIO SCIALOJA/MICHELE FRAGALI, *Commentario Del Codice Civile – Delle Obligazioni*, op. Cit., p. 413, salientavam que o incumprimento do dever de liberação pode dar lugar ao ressarcimento de danos, porém, o dano só se verifica com o cumprimento da obrigação fidejussória pelo fiador.

³²² ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO/A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Código Civil Comentado II – Das Obrigações em Geral*, p. 578, salientam que os danos futuros, atendendo à sua natureza, podem ser emergentes ou lucros cessantes, sendo o critério em causa o momento da concretização do dano.

³²³ FERNANDO PESSOA JORGE, *Ensaio Sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, pp. 377 e ss., refere que uma classificação muito antiga distingue o *damnum emergens* do *lucrum cessans*, sendo primeiro uma diminuição efectiva do património, representando o segundo o não aumento deste, ou seja, a frustração do ganho. Dizia, de igual modo, que a distinção em causa tinha o seu assento no artigo 564.º, n.º 1, do código civil, embora em termos pouco felizes.

³²⁴ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, I, 10.ª ed., Coimbra, 2000, p. 599, ensinava que os lucros cessantes abrangem os benefícios que o lesado deixou de auferir, por causa do facto ilícito, mas que ainda não tinha direito à data da lesão.

bancárias autónomas, descobertos em conta, que eram necessários para prossecução dos seus negócios anteriormente planeados com terceiros.

Esta situação é particularmente flagrante, por exemplo, nas situações em que o fiador é garante do credor (v.g. uma instituição de crédito), tendo encetado, ao mesmo tempo, e de forma autónoma, uma relação com esse mesmo credor, vindo, em virtude da alteração do risco fidejussório, a sua posição junto de tal credor ser colocada em causa.

Os danos futuros são aqueles que ainda não se concretizaram na esfera jurídica do fiador, pela conduta inadimplente do devedor, no concreto momento da lesão, os quais podem representar danos emergentes e lucros cessantes³²⁵.

Na concreta situação de libertação em estudo, verifica-se uma forte potencialização e previsibilidade na verificação de tais danos, com especial ênfase para o cumprimento da obrigação fidejussória pelo fiador, sobretudo nos casos em se assiste a um declínio do património do devedor; a uma degradação anormal das restantes garantias reais que garantam o direito de crédito do credor; ou pela ocorrência de qualquer circunstância anormal convencionada que reforce a execução da fiança.

O dano futuro de maior relevância parece-nos ser a concretização do direito de sub-rogação do crédito do credor que cabe ao fiador, pelo cumprimento da obrigação fidejussória, fazendo com que este não consiga recuperar os valores que despendeu para cumprimento da obrigação fidejussória³²⁶.

Estes danos futuros, são, *ab initio*, determináveis, não são determinados, carecendo o fiador, para concretizar o ressarcimento dos danos em causa, de intentar o respectivo procedimento processual de liquidação.

Conforme anteriormente defendido³²⁷, o direito de libertação tem natureza extrajudicial. Não obstante, caso o direito de libertação não se concretize, por causa imputável ao devedor, pela omissão da prática dos actos materiais necessários para o efeito, o fiador poderá sempre recorrer aos meios de tutela judicial, mormente à tutela

³²⁵ Neste sentido, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, I, (Artigos 1.º a 761.º), p. 580.

³²⁶ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ensina que os danos futuros são indemnizáveis desde que previsíveis. Estes dados subdividem-se em certos e eventuais, conforme a Respectiva produção se apresente infalível ou apenas possível.

³²⁷ *Supra*, pp. 42 e ss.

cautelar. Assim, o fiador poderá recorrer ao procedimento cautelar especificado de arresto dos bens do fiador, invocando o direito de liberação, sustentada pela alteração sensível e superveniente dos riscos da fiança, podendo, desde logo, requerer a inversão do contencioso, no sentido de não ter de apresentar a acção principal em juízo.

Na circunstância de a providência cautelar ser deferida favoravelmente ao fiador, mas não ser deferida a inversão do contencioso, este terá, obrigatoriamente, de intentar uma acção principal, a qual terá natureza declarativa de condenação, para a condenação de uma prestação positiva de facto, peticionando-se que o devedor seja condenado pelo tribunal a concretizar os actos materiais que concretizem, ou, pelo menos, potenciem a liberação do fiador.

Cabe, agora, no excurso final deste parágrafo, aquilatar se é lícita a convenção³²⁸ celebrada entre o credor e o fiador, no momento da constituição da fiança, através da qual o fiador renuncia ao direito de liberação de que é titular³²⁹.

No Código das Obrigações suíço, após a revisão de 1941, é previsto na alínea 4 do seu artigo 492.^{o330} que o fiador não pode renunciar aos direitos a ele reconhecidos, previstos no título da fiança, se a lei não o permitir³³¹.

Por referência à nossa ordem jurídica, verificamos que o legislador, na letra do artigo 648.^o do Código Civil, é omissivo sobre esta questão, contrariamente ao que se verifica a propósito do benefício da excussão prévia (artigo 638.^o), no qual o legislador consagrou, expressamente, a possibilidade de haver renúncia a esse benefício, de acordo com o previsto no artigo 640.^o, alínea a)³³².

A codificação oitocentista nacional também era omissiva sobre esta matéria.

³²⁸ Entendendo que o direito de liberação tem natureza supletiva, JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, p. 843.

³²⁹ ADRIANO VAZ SERRA, *Fiança e Figuras Anómalas*, pp. 198 e ss., chamava a atenção que a convenção antecipada através da qual o fiador renunciava ao seu direito de liberação poderia ser perigosa, uma vez que o fiador, contando com o cumprimento voluntário do credor, não terá, muitas vezes, relutância em aceder ao desejo do credor. Este civilista acaba por defender que talvez não haja razão suficiente para rejeitar este tipo de convenções, desde que sujeitas a forma escrita. Acaba, contudo, por dizer que é duvidoso que não devam ser proibidas.

³³⁰ A letra do artigo 492.^o, n.^o 4, deste diploma, parece-nos ser a razão para ADRIANO VAZ SERRA, *Fiança e Figuras Anómalas*, p. 199, acabar por concluir ser duvidoso a defesa dos pactos de renúncia ao direito de liberação.

³³¹ O artigo 492.^o do Código das Obrigações suíço, previsto no seu título vigésimo *Du cautionnement*, prevê no seu número 4, “[...] A moins que le contraire ne ressorte de la loi, la caution ne peut pas renoncer d’avance aux droits qui lui sont conférés dans le présent titre [...]”.

³³² ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código Civil Comentado II – Das Obrigações em Geral*, p. 764, salienta que o benefício da excussão é de justiça e tempera a relação fidejussória, representando, todavia, um entrave para o comércio jurídico que justifica a sua exclusão.

Deste modo, cabe tomar posição, atendendo aos interesses em jogo dos três sujeitos que compõem o triângulo fidejussório.

Assim, a fiança inicia-se na fase de constituição – *Errichtungsphase* ou *Entstehungsphase*, fase primitiva em que pela sua natureza ainda não se verificou nenhuma vicissitude entre as partes e os riscos tendem, muitas vezes, a ser avaliados de forma pouco cuidada e rigorosa, e muitas vezes fluída, o que é visível, sobretudo, em algumas latitudes³³³.

Destarte, o fiador, na fase de constituição da fiança, tenderá, muitas vezes, a não valorar correctamente os riscos inerentes ao facto de ter constituído uma garantia pessoal que onera todo o seu património perante a dívida fidejussória.

O credor profissional, astuto e ponderado, exige no tráfego, na maioria das situações concretas, que o fiador renuncie ao benefício da excussão prévia³³⁴, no sentido de intensificar, na sua vertente, o cumprimento do seu crédito.

Permitir a renúncia ao direito de liberação do fiador, nos casos em que também se assiste renúncia ao benefício da excussão prévia, parece-nos deixar o fiador numa posição particularmente frágil perante o credor, levando a que o seu direito à sub-rogação apenas tenha um alcance meramente formal.

É importante não nos esquecermos que, em sede de garantias pessoais, existe um princípio de tutela do garante, o qual já resultaria do princípio geral de tutela do devedor, ínsito ao Direito das obrigações³³⁵, o qual, em sede de fiança, goza de uma tutela reforçada.

Assim sendo, entendemos, atendendo aos argumentos acima indicados e à omissão da letra da lei, e, sobretudo, nos casos em que a fiança é constituída fora de uma actividade profissional ou comercial do fiador, que a renúncia ao direito de liberação do fiador não se afigura possível.

³³³ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, X, p. 159, destaca, a propósito da irrenunciabilidade antecipada aos direitos, que há uma fraqueza inata em dispor de esforços a efectivar *in futurum*, sendo estas tendências particularmente intensas nos países do Sul, ricos em emotividade e em sentimento.

³³⁴ JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *O Regime Geral da Fiança e os 50 Anos do Código Civil. Esboço Para Novas Soluções Face aos Novos Tempos*, pp. 310 e ss., chama a atenção para o facto de se dever reflectir, de forma séria sobre o carácter supletivo do benefício da excussão prévia, num quadro em que os bancos, provavelmente, os maiores beneficiários de garantias, impõe a renúncia ao benefício da excussão, quando os fiadores intervêm na fiança sem nenhum interesse comercial ou económico e em situações em que o fiador nem consegue apreender o sentido dessa mesma renúncia.

³³⁵ Sobre esta questão, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, X, pp. 157-158.

§ 5.º O PATRIMÓNIO DO DEVEDOR ORIGINÁRIO E A GARANTIA GERAL DAS OBRIGAÇÕES

O direito de liberação do fiador por verificação de alterações sensíveis dos riscos da fiança depende, em primeira linha, da conduta praticada pelo devedor para atingir o desiderato de desoneração da obrigação fidejussória, tendo em conta as particularidades do regime expostas aquando do desenvolvimento da dogmática geral da figura.

A concretização da liberação do fiador está, regra geral, dependente dos activos que integram a esfera jurídica patrimonial do devedor³³⁶, uma vez que a potencialização e concretização da liberação depende de tais bens³³⁷.

³³⁶ PAULO CUNHA, *Da Garantia nas Obrigações – Apontamentos das Aulas de Direito Civil do 5.º Ano Jurídico da Faculdade de Direito de Lisboa, I*, Lisboa, 1938/1939, pp. 25 e ss. ensinava, ainda sob a égide do Código de Seabra, que existia um princípio fundamental que dominava toda a estrutura do Direito das Obrigações e que sintetizava toda a matéria da garantia geral, ou seja, que o património do devedor é a garantia comum dos credores, sendo a pedra de toque de todos o direito de crédito moderno. O património do devedor respondia, deste modo, pelas suas dívidas, a todos os seus bens que, à data da execução, já existentes ou supervenientes integrassem o seu património. Salientava este civilista que a garantia geral das obrigações não estava expressamente consagrada no Código de Seabra, ao contrário do que se verificava no ordenamento jurídico francês (artigo 2092.º, do *Code*) e no ordenamento jurídico italiano (artigo 1948.º do *Codice*). Referia, porém, que apesar de a figura não se encontrar prevista no Código de Seabra, havia preceitos legais em que se encontra o seu rasto, concretamente no artigo 1005.º e no artigo 2350.

O fiador está, à partida, condicionado à designada garantia geral do património³³⁸ do devedor originário para alcançar a sua libertação³³⁹.

Assim sendo, a garantia geral das obrigações³⁴⁰ tem um papel chave, quer na concretização, quer na potencialização da libertação do fiador, conforme em seguida tentaremos demonstrar.

A garantia geral das obrigações é prevista na nossa ordem jurídica no artigo 601.º do Código Civil, o qual determina que *pelo cumprimento da obrigação respondem todos os bens do devedor susceptíveis de penhora, sem prejuízo dos regimes especialmente estabelecidos em sequência da separação de patrimónios*³⁴¹.

³³⁷ JANUÁRIO COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida – Sobre o Sentido e o Âmbito da Vinculação Como Fiador*, pp. 14 e ss. debruça-se sobre a matéria da garantia geral das obrigações, dizendo que a posição de segurança do credor tem sido intrinsecamente associada ao conceito de garantia patrimonial e de responsabilidade patrimonial, os quais, aparentemente, devem ser entendidos de forma articulada já que, em grande medida, são resultados diferentes da mesma realidade. Mais à frente no seu estudo, este autor salienta a inconsistência estrutural da garantia geral bem como a sua sobreposição ao conceito de responsabilidade patrimonial

³³⁸ A ideia de património foi desenvolvida com grande profundidade dogmática por PAULO CUNHA, *Do Património – Estudo de Direito privado, I*, Lisboa, 1934, pp. 4 e ss., principalmente em sede de patrimónios autónomos e da responsabilidade patrimonial. Este civilista falava de massas de responsabilidade, isto é, um conjunto de bens unificado por uma identidade de regime jurídico quanto à responsabilidade por dívidas. Na doutrina germânica, o conceito de património é tratado há decénios, citando-se o clássico, ANDREAS VON TUHR, *Derecho Civil, I, Los Derechos Subjetivos y el Património*, tradução do original *Der allgemeine Teil deutschen bürgerlichen Rechts*, Madrid, 1998, pp. 315 e ss., que refere que o carácter mais importante dos direitos patrimoniais consiste em que todos formam o conceito de património, isto é, o conjunto sobre o qual incide a responsabilidade do sujeito devedor de um crédito. Enquanto elementos do património, em sentido jurídico, indicam o conjunto de direitos que competem a uma pessoa, integrando, ainda as expectativas, em particular os direitos a prazo ou sob condição. Defendia ainda que, do ponto de vista jurídico, o património apenas compreende direitos, estando, em princípio, todo o património do devedor afecto à satisfação do crédito do credor. É por este motivo que ANDREAS VON TUHR ligava o conceito de património à responsabilidade patrimonial.

³³⁹ No direito italiano a matéria da garantia geral das obrigações é prevista no artigo 2740.º, do *Codice*. Conforme ensinava EMILIO BETTI, *Teoria Generale Delle Obligazioni, II*, Milão, 1953, pp. 124 e ss. Que, de acordo com tal preceito, o devedor responde perante o credor quando existe inadimplemento do primeiro, com todos os bens que integram a sua esfera patrimonial, por contraponto à fórmula legislativa do artigo 1218.º

³⁴⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, X, 1.ª ed.* Coimbra, 2015, pp. 227 e ss. desenvolve, detalhadamente, a matéria da garantia geral das obrigações, referindo, desde logo, que a fórmula prevista no artigo 601.º, do Código Civil é dotada de acentuada abstracção correspondente a uma abstracção latina do instituto da responsabilidade patrimonial.

³⁴¹ MANUEL GOMES DA SILVA, *Ensaio Sobre o Direito Geral de Garantia nas Obrigações*, Lisboa 1965, pp. 115 e ss., ainda na vigência do Código de Seabra, ensinava que o património é uma universalidade, enquanto conjunto de coisas com valor pecuniário. O conjunto dessas coisas formam o património, o qual se encontra unificado pela relação de pertença a uma pessoa e pela sujeição a um fim (a garantia das obrigações do titular do património). Frisava, ainda, que o património, tal qual qualquer universalidade, é reconhecido na lei como uma coisa única quando o afecta ao fim de garantia dos direitos dos credores, sem vincular directamente a tal fim as coisas que o constituem e quando o sujeita ao direito de execução dos credores. Diz ainda que cada bem que integra o património tem autonomia jurídica própria.

O regime do artigo 601.º, do Código Civil³⁴² está intrinsecamente relacionado com o regime consagrado no artigo 817.º, do Código Civil, através do qual se estabelece que, caso não haja o cumprimento voluntário da obrigação, tem o credor o direito de exigir em tribunal o seu cumprimento, podendo executar o património do devedor inadimplente.

Independentemente da natureza jurídica do direito de liberação – ponto que será objeto de análise no final deste estudo³⁴³ –, a verdade é que do regime previsto no artigo 648.º, alínea b), do Código Civil, resulta uma obrigação para o devedor, que em caso de não verificação da mesma, desencadeia incumprimento³⁴⁴.

É por existir a garantia pessoal das obrigações que o fiador poderá recorrer aos mecanismos executórios contra o devedor, que resultam, por exemplo, do artigo 817.º e do artigo 829.º-A, ambos do Código Civil, potenciando a efectivação da liberação³⁴⁵.

³⁴² ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, X, cit., p. 229 e ss., ensina que o Código de Seabra previa o princípio geral da garantia das obrigações de forma muito imperfeita, apesar da sua consagração no Código Napoleão, salientando a importância de PAULO CUNHA, MANUEL DE ANDRADE E VAZ SERRA no desenvolvimento desta matéria. Refere a importante relevância do direito italiano naquela que seria a redacção do artigo 601.º, do Código Civil e a natureza lapidar do preceito em causa.

³⁴³ *Infra*, pp. 158 e ss.

³⁴⁴ PAULO SOUSA MENDES, *A Garantia Geral das Obrigações*, in *Revista Jurídica da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa*, n.º 6, Lisboa, 1986, p. 126, a propósito da garantia geral das obrigações, diz que o poder facultado ao credor de fazer apreender e executar quaisquer bens do devedor inadimplente susceptíveis de penhora é a mais importante e eficaz garantia das obrigações. Diz ainda este autor que a garantia geral tem a natureza de direito potestativo, em virtude de o credor poder intervir unilateralmente na esfera jurídica do devedor, provocando uma alteração da mesma através da acção judicial intentada para o efeito. Vai mais longe, dizendo que a garantia geral deve ser entendida como um conjunto autónomo de normas de carácter sancionatório, unidas com o objetivo de tutela das obrigações.

JOSÉ BRANDÃO PROENÇA, *Lições de Cumprimento e não Cumprimento das Obrigações*, 2.ª ed., 2019, Coimbra, p. 503, a propósito da garantia geral das obrigações, refere que se trata de uma responsabilidade patrimonial ilimitada, dotada de tutela penal, tendo, todavia, o legislador resguardado o regime dos “patrimónios separados”, prevendo um regime de bens impenhoráveis e limitando parcialmente os bens a responder, nos termos do disposto no artigo 602.º

Discordamos do entendimento de PAULO SOUSA MENDES quando refere que a garantia geral é a mais importante e eficaz garantia das obrigações, uma vez que nos parece que tal papel é alcançado pelos direitos reais de garantia em virtude do credor titular de tal garantia real gozar de prioridade de pagamento do seu crédito perante outros quaisquer credores despidos de tal tipo de garantia, pelo valor ou rendimentos de certos e determinados bens, móveis ou imóveis do próprio devedor ou de terceiro. Tanto assim é que, como chama à colação ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, X, p. 279, o devedor continua a poder alienar e onerar os bens que integram o seu património, não obstante a garantia geral ao dispor do credor, razão pela qual tal circunstância enfraquece fortemente a posição dos credores comuns que não dispõem de garantias especiais.

³⁴⁵ Cfr. destacava MANUEL GOMES DA SILVA, *Ensaio Sobre o Direito Geral de Garantia nas Obrigações*, Lisboa 1965, pp. 145 e ss., que o direito à execução substancia-se no direito de os credores fazerem apreender e vender, em juízo, os bens do património do devedor com o desiderato de, coercivamente, satisfazerem o seu direito à prestação, sendo certo que o direito de execução não tem por objecto os bens do devedor individualmente considerados, mas o conjunto desse bens – o património – considerado como universalidade.

Neste caso concreto, e uma vez que a prestação do devedor tem natureza infungível, a sanção pecuniária compulsória apenas poderia potenciar a liberação do fiador, não garantido a sua concretização efectiva.

Mas a garantia geral das obrigações não releva apenas na relação interna, ou seja, na relação que é encetada entre o fiador e o devedor no decorrer da relação fidejussória, podendo também ter uma palavra relevante nas relações entre o devedor e o credor e entre o fiador e o credor.

Conforme por nós aflorado no decorrer deste escrito, mas que desenvolveremos *infra*, em ponto autónomo, o credor poderá incorrer em abuso de direito, nos termos do disposto no artigo 334.º, do Código Civil se, por exemplo, o devedor, na concretização da liberação do fiador, conseguir a substituição do fiador originário, através da prestação de uma garantia real idónea ao cumprimento ou a substituição do fiador primitivo, por novo fiador idóneo, recusando o credor tal possibilidade, sem motivo atendível.

A verificar-se a circunstância referida no parágrafo anterior, o credor incorreria em responsabilidade civil, podendo ser demandado pelo devedor ou pelo fiador, através de uma acção declarativa de condenação para pagamento de uma indemnização devida que reparasse os danos de natureza patrimonial e não patrimonial espoletados pela conduta ilícita do credor ao não aceitar, sem fundamento, a liberação do garante.

Com a condenação judicial do credor em sede de responsabilidade civil, o fiador ou o devedor seriam titulares de um título executivo, nos termos do disposto no artigo 703.º, número 1, alínea a), do Código de Processo Civil, que lhes permitiria apresentar uma acção executiva³⁴⁶, caso os termos da sentença não fossem voluntariamente cumpridos.

³⁴⁶ Cfr. JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A Acção Executiva - À Luz do Código de Processo Civil de 2013*, 7.ª ed., Coimbra, 2017, p. 9, a acção executiva tem como finalidade a reparação efectiva de um direito violado e nem se trata de declarar direitos pré-existentes ou a constituir. Trata-se de providenciar a reparação material coactiva do direito do exequente passando pela declaração concreta da norma jurídica, através da sua actuação prática e do desencadear do mecanismo da garantia.

Destaque-se que o fiador apenas poderá recorrer aos mecanismos executórios referenciados depois de ter intentado contra o devedor originário uma acção declarativa de condenação ou um procedimento cautelar não especificado contra o devedor (com o deferimento da inversão do contencioso, nos termos do disposto no artigo 369.º, do Código de Processo Civil) e ter uma sentença que lhe seja favorável, transitada em julgamento.

Nesta situação, o fiador ou o devedor, atendendo à natureza fungível da obrigação, e nos termos do disposto no artigo 817.º, do Código Civil³⁴⁷, poderia exigir o cumprimento, através da execução do património do credor inadimplente.

As situações supracitadas demonstram a importância da garantia geral das obrigações quando a obrigação de liberação não se concretiza, por conduta culposa imputável ou ao devedor ou ao credor.

Todavia, e conforme referimos no início do § 5.º deste escrito, a garantia geral tem um papel muito relevante no que concerne à pontencialização da liberação do fiador, sobretudo para o exterior, isto é, com terceiros alheios à obrigação fidejussória originária e que desta podem passar a fazer parte, a pedido do devedor originário, mormente nos casos em que este pretende substituir o garante como forma de atingir a liberação.

O devedor originário terá maior facilidade em arranjar um novo garante, em substituição do fiador primitivo, se o seu património não estiver de tal maneira periclitante que o possibilite demonstrar a um terceiro a vantagem em assumir tal garantia pessoal. Tal aconteceria, a título meramente exemplificativo, se o devedor aliciasse um terceiro com a celebração recíproca de um negócio vantajoso para este, caso aceitasse ser novo fiador, por referência à obrigação originária.

Mas mesmo dentro das relações internas a garantia geral tem um papel preponderante na pontencialização da liberação do fiador, sobretudo quando a liberação não está directamente relacionada com a quebra patrimonial do devedor originário, como se verifica nas situações em que, *inter partes*, se convencionou uma determinada circunstância integrava uma alteração sensível do risco da fiança.

Na situação tipo referenciada no parágrafo antecedente, caso se verifique a alteração sensível de fonte convencional, o fiador terá legitimidade para exigir directamente, junto do devedor originário, a sua liberação.

Destarte, a existência de bens corpóreos da titularidade do devedor originário que possam ser hipotecados ou dados em penhor, a existência de direitos de crédito dotados

³⁴⁷ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, II, (Artigos 762.º a 1250.º), *ob. Cit.*, salientavam que a execução era o meio mais comum de obter, de forma coerciva, a satisfação do direito do credor não sendo, no entanto, a única no regime da acção directa consagrada no artigo 336.º, do Código Civil. Apontam, contudo, que, atendendo à natureza jurídica dos direitos de crédito, tal possibilidade apesar de existente era rara.

de valor pecuniário, a verificação de solvabilidade que possibilite a constituição de mútuos civis ou de mútuos bancários, intensificam a possibilidade de extinção da fiança originária, através dos mecanismos da liberação.

Ante o exposto, concluímos que a potencialização e a concretização da liberação do fiador será tão mais eficaz quanto maiores forem os activos que integrem a esfera jurídica do devedor ou credor, dependendo da situação tipo com que nos deparemos no tráfego.

Discordamos de PAULO SOUSA MENDES³⁴⁸ quando diz que a garantia geral das obrigações é um poder potestativo de executar os bens do devedor e é de exercício necessariamente judicial, devendo distinguir-se o chamado direito de acção judicial do direito de executar os bens do devedor.

Quanto a nós, a garantia geral das obrigações não tem natureza jurídica de poder potestativo, muito menos de exercício obrigatoriamente judicial, conforme em seguida tentaremos demonstrar.

A razão parece estar com ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO³⁴⁹, quando diz que, atendendo ao facto de a garantia geral não ter um objecto concreto, nunca poderá ser tratada como uma permissão específica e, por consequência, como um direito subjectivo. Entende este civilista que a garantia geral é uma permissão genérica, a qual permite a utilização de meios de tutela conservatória ou executiva, próprios da responsabilidade patrimonial.

De facto, inexistente qualquer permissão normativa específica de aproveitamento de um bem, apenas existe uma permissão genérica de actuação do credor sobre o património do devedor, enquanto universalidade, apenas concretizável em sede de execução, mas não *ab initio*.

Parece-nos importante ressaltar que, apesar de o regime do artigo 601.º, do Código Civil permitir a execução dos bens do devedor³⁵⁰, sendo esta a principal virtualidade deste regime, por estar ligado ao *ius imperi* no exercício da função

³⁴⁸ PAULO SOUSA MENDES, *A Garantia Geral das Obrigações*, in Revista Jurídica da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, n.º 6, Lisboa, 1986, p. 127.

³⁴⁹ Vide, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, X, p. 235.

³⁵⁰ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, I, (Artigos 1.º a 761.º), p. 617 referem que, como regra geral, todos os bens do devedor, isto é, todos os que constituem o seu património, respondem pelo cumprimento da obrigação, a designada garantia geral, a qual se torna efectiva por meio de execução.

jurisdicional do Estado, através deste tipo concreto de acção, a verdade é que não será necessário executar o património do devedor se este cumprir com a sua obrigação de libertação ou o credor (nas situações excepcionais acima apontadas) cumprir com os exactos termos da sentença condenatória.

O cumprimento pode, assim, verificar-se de forma voluntária, sem necessidade de recurso às vias jurisdicionais para execução, sendo apenas a execução do património da parte incumpridora uma forma de garantir, de forma coercitiva, o cumprimento efectivo da obrigação a que estava vinculado não seja voluntariamente cumprida³⁵¹.

Parece-nos, também, que a garantia geral das obrigações nem sempre estará ligada a jusante do incumprimento, podendo ter um papel relevante aquando da vinculação do fiador, no momento da constituição da fiança.

Com efeito, na determinação do risco fidejussório inicial, é essencial que o fiador diligente, sobretudo quando a fiança é concedida com algum grau de onerosidade, aquilate o estado do património do devedor originário, pois só assim poderá, supervenientemente, aferir se os riscos iniciais se alteraram de forma significativa.

Poder-se-á argumentar que o património do devedor é volátil, uma vez que este conserva intactos os poderes de disposição e oneração dos seus bens, a todo o tempo, nos termos do disposto no artigo 1305.º do Código Civil, razão pela qual essa análise inicial poderia ter relevância diminuta no decorrer da relação fidejussória. A este facto poder-se-ia acrescentar que os activos monetários são de rápida, e as mais das vezes, incontrolável dissipação.

Porém, adiantamos, desde já, que tal argumentação nunca poderá proceder, uma vez que a análise do património do devedor originário, antes do momento da constituição da fiança, é fundamental para aferir qual o seu grau de solvabilidade e marcar um ponto base, a partir do qual a análise da sua situação patrimonial, no decorrer da relação fidejussória, será feita, deslindando se a sua posição económica e financeira se mantém estável ou se, pelo contrário piorou, com a necessidade de o fiador recorrer

³⁵¹ Corolário parece-nos ser a circunstância de JANUÁRIO COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida – Sobre o Sentido e o Âmbito da Vinculação Como Fiador*, pp. 26-27, ao referir que independentemente da efectiva dimensão da responsabilidade patrimonial, com consagração legal nos artigos 601.º e 817.º, do Código Civil, a verdade é que mesmo quando o património do devedor não é executado, no âmbito de uma acção judicial, desempenha uma relevante tutela da posição do credor na relação obrigacional.

ao direito de liberação de que é titular, sobretudo nos casos em que existiu alguma contrapartida para a constituição da garantia pessoal.

Ressalve-se que existem situações no tráfego nas quais a garantia geral das obrigações não tem um papel tão relevante para o fiador no decorrer da relação fidejussória, atendendo aos motivos concretos subjacentes à assunção de tal garantia pessoal.

Deste modo, o património do devedor, na concretização da liberação, terá menor relevância nos casos em que o putativo garante substituto tem uma relação pessoal directa com o devedor, como acontece nas relações paterno-filiais, em sede de fiança.

Pense-se nos casos em que o fiador, apercebendo-se de que os riscos da fiança se agravaram sensivelmente, uma vez que o devedor perdeu o seu trabalho, exige a sua liberação, nos termos do disposto no artigo 648.º, alínea b), do Código Civil, ameaçando o recurso às instâncias judiciais para concretizar o seu direito. O devedor, perante a invocação de tal direito pelo fiador, enceta negociações com o seu credor, acedendo este a que haja substituição do fiador originário, por igual fiador idóneo. Em seguida, o devedor pede a seu pai que aceite ser o novo fiador em causa, o que é aceite pelo seu ascendente.

Neste exemplo hipotético, pouco importa ao novo fiador a situação patrimonial do seu descendente, uma vez que a nova fiança substitutiva da primitiva é prestada com carácter de máxima liberalidade³⁵².

O papel da garantia geral das obrigações terá, igualmente, um papel menos relevante quando as alterações sensíveis da fiança tiverem uma base convencional e não atinente à degradação do património do devedor, nos termos por nós já expostos.

³⁵² JANUÁRIO COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida – Sobre o Sentido e o Âmbito da Vinculação Como Fiador*, pp. 391 e ss., a propósito da natureza onerosa ou gratuita da fiança, desenvolve, com grande detalhe, esta matéria. Refere que TABORDA FERREIRA, em contradição com GUILHERME MOREIRA e CAMPOGRANDE, defendia que só existe contrato de fiança a título oneroso quando do próprio contrato resulte algum benefício para o fiador.

Parece-nos lapidar a contraposição feita por ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral, II*, cit., pp. 478 e ss., ao dizer que se existe remuneração da garantia pessoal prestada pelo fiador, a fiança terá de ser condicionada onerosa, como acontece com a fiança bancária. Se inexistir qualquer contraprestação, como se verifica na maioria das fianças civis, a fiança é gratuita.

PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, I, (Artigos 1.º a 761.º), p. 661 referem, de forma sintética, em anotação ao artigo 644.º, do Código Civil, que o direito do fiador não é um direito próprio de regresso como resultava do artigo 883.º, do Código de Seabra, não sendo também um direito novo, mas tão apenas o direito do credor que se transmitiu por sub-rogação em consequência do cumprimento.

Cabe agora aquilatar se é possível ao fiador renunciar previamente, de forma total ou parcial, à garantia geral de que é titular³⁵³, evitando assim o devedor originário ser por aquele demandado, caso entre em incumprimento, e o fiador, tendo cumprido a obrigação junto do credor primitivo, venha exercer contra o devedor os direitos transmitidos pelo credor originário ao fiador, por sub-rogação, nos termos do disposto no artigo 644.º, do Código Civil³⁵⁴.

A análise da possibilidade de renúncia prévia à garantia geral tem também um reflexo directo no exercício do direito de libertação do fiador, uma vez que sem aquela concretização da figura em estudo ficará despida de qualquer efeito útil.

A putativa renúncia do fiador poderia ser, em bom, rigor apenas relativamente ao direito de sub-rogação do fiador, nos termos do disposto no artigo 644.º, do Código Civil, e não à garantia geral, sendo certo que a renúncia à sub-rogação, com a inerente impossibilidade de transmissão do crédito pelo credor primitivo, em caso de cumprimento do fiador, iria impossibilitar que este, enquanto novo credor, pudesse recorrer ao regime do artigo 601.º, do Código Civil.

A renúncia nestes termos poderá ser tentadora para o devedor nas negociações dos termos da fiança, mormente nas situações em que esta garantia pessoal é constituída de forma onerosa, e na qual o garante irá assumir a obrigação fidejussória, tendo em conta uma determinada prestação a que se compromete o devedor.

Tal situação parece ser comum nas relações jurídicas comerciais entre empresas, bastando pensar no exemplo tão comum no tráfego, no qual o gerente de uma sociedade instiga um gerente de uma outra sociedade comercial, sua parceira, a ser seu fiador num crédito bancário a contrair, prometendo-lhe um negócio futuro vantajoso para este.

³⁵³ Sobre esta matéria, ver por todos, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, X, pp. 263 e ss., recusando a possibilidade de renúncia por integrar um caso de renúncia antecipada aos direitos, nos termos do disposto no artigo 809.º, do Código Civil, transformando o crédito numa obrigação natural, o que apenas é admissível nos casos expressamente previstos na lei.

³⁵⁴ JANUÁRIO COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida – Sobre o Sentido e o Âmbito da Vinculação Como Fiador*, pp. 874 e ss., a propósito da sub-rogação, destrinça esta figura do direito de regresso. Diz que na sub-rogação legal há uma sucessão do lado activo da relação obrigacional que se substancia na transmissão de um crédito que mantém a sua identidade e respectivos acessórios, apesar da modificação subjetiva que operou. O credor sub-rogado continua com o direito do credor anterior, ou parte dele, na circunstância da sub-rogação ser parcial. Por seu turno, no direito de regresso, nasce na esfera jurídica do devedor uma nova obrigação que surge com o cumprimento perante o credor, nascendo um novo direito de crédito e um novo dever de prestar.

A vantagem potencial do putativo negócio e as margens de lucros conjecturáveis, podem levar o fiador a não pensar nas vicissitudes que a renúncia à sua garantia geral poderia acarretar para si, atendendo, sobretudo, aos riscos da fiança, acabando por aceitar a mesma.

Também no Direito civil as vicissitudes relatadas, entre outras hipoteticamente conjecturáveis e inerentes à renúncia à garantia geral, podem verificar-se.

A ordem jurídica deverá acautelar os fiadores, não sendo, pois, lícito renunciar à garantia geral, por via da renúncia ao seu direito de sub-rogação, nos termos do disposto no artigo 644.º, do Código Civil. Também não é lícito renunciar, *tout court*, à garantia geral das obrigações, impossibilitando, irremediavelmente, o direito de liberação do fiador consagrado no artigo 648.º, alínea b), do Código Civil.

A conclusão terá necessariamente de ser esta, sob pena de se verificar uma situação de renúncia antecipada aos direitos³⁵⁵, nos termos do disposto no artigo 809.º, do Código Civil.

Apenas será possível que o fiador limite a responsabilidade do devedor, nos termos do disposto no artigo 602.º, do Código Civil, devendo-se fazer uma interpretação cuidada do preceito, sob pena de subversão do sistema e verificação de fraude a lei, por violação do artigo 601.º, do Código Civil.

Tal significa que a limitação de responsabilidade por convenção das partes, em concreto do devedor e do fiador, não poderá colocar em causa a concretização do direito à sub-rogação do fiador caso este cumpra a prestação perante o credor, bem como o direito de liberação do fiador.

Resta-nos concluir, a propósito deste ponto do nosso estudo, que a garantia geral das obrigações tem um papel de destaque relativamente ao exercício do direito de liberação do fiador.

³⁵⁵ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, II p. 73, salientavam que a impossibilidade de renúncia antecipada a esses direitos surge como forma de salvaguardar e garantir a natureza e o conteúdo do vínculo jurídico que caracteriza a obrigação. A renúncia antecipada àqueles direitos desfiguraria, de um modo geral, o sentido jurídico da obrigação transformando-a, em certos casos, numa simples obrigação natural, como se o credor perdesse o direito de exigir o cumprimento da obrigação ou a indemnização pelo prejuízo tido. Também referia INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 7.ª ed., Coimbra, 2000, p. 385, que a renúncia antecipada aos direitos faria com que a obrigação ficasse privada de toda a força coerciva e, em qualquer caso, perdesse muito do seu vigor.

§ 6.º. O ABUSO DE DIREITO PELA NÃO CONCRETIZAÇÃO DA LIBERAÇÃO DO FIADOR

10. O REGIME GERAL DO ABUSO DE DIREITO NA SUA RELAÇÃO COM A LIBERAÇÃO DO FIADOR

Conforme vimos *supra*, o direito de liberação do fiador corporiza-se nas relações internas, concretamente encetadas entre o devedor originário e o a fiador, sendo o credor terceiro a tal relação.

Contudo, o credor tem um papel central na liberação do fiador, uma vez que o seu consentimento se revela essencial para a sua exoneração da fiança.

Regra geral, caso o devedor originário interpele o credor para liberar o fiador da fiança constituída desde o momento em nasceu a relação fidejussória triangular que une os três vértices do triângulo (credor/devedor originário/fiador), por alteração dos pressupostos que permitem a aplicação da figura em estudo, tal credor poderá não assentir em tal pedido, de forma legítima e sem qualquer consequência legal efetiva.

Assim sendo, o credor poderá recusar liberar o fiador, se considerar, por exemplo, que o novo garante que lhe foi apresentando pelo devedor originário não lhe atribui as mesmas garantias que o fiador originário.

Este entendimento poderá advir, por exemplo, do facto de o credor considerar que o novo fiador não integra, na sua esfera jurídica patrimonial, activos suficientes para fazer face à obrigação afiançada. O credor pode ainda considerar que o fiador originário tem activos mais facilmente concretizáveis em sede de execução³⁵⁶, nomeadamente a

³⁵⁶ O artigo 751.º, número 1, do Código de Processo Civil determina “que a penhora começa pelos bens cujo valor pecuniário seja de mais fácil realização e se mostrem adequados ao montante do crédito do exequente”. Este artigo é corolário do princípio da adequação e da proporcionalidade da penhora. Cfr. JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A Ação Executiva - À Luz do Código de Processo Civil de 2013*, 7.ª ed.,

existência de depósitos bancários, participações sociais e outros activos mobiliários, em detrimento do novo fiador, o qual, apesar de oferecer uma garantia patrimonial idêntica, detém apenas bens imóveis, razão pela qual, em caso de necessidade de execução da fiança, a efectivação da garantia e cumprimento da obrigação fidejussória seria mais complexa.

É importante ressaltar que a constelação de casos que pode ser apontada para a recusa do credor na liberação do fiador originário, por novo fiador apontado pelo devedor originário, por concretização do direito de liberação, é extensa. Tal extensividade será tanto mais intensa quanto maior for a bitola de diligência do credor.

A recusa na concretização da liberação do fiador originário por causa imputável ao credor tem uma larga margem de discricionariedade e subjetividade, devendo ser analisada no terreno e atendendo ao caso concreto.

Contudo, cabe verificar se o credor, apesar de ter legitimidade em recusar a liberação do fiador, o poderá fazer em todas as circunstâncias, ou se existirão situações em que a recusa por si expressada seria juridicamente inadmissível, tendo este de aceitar tal exoneração do fiador originário.

É sobre a questão colocada no parágrafo anterior que procuraremos responder em seguida, de forma fundamentada, alumiados pela temática do exercício inadmissível de posições jurídicas, sendo certo que se afigura essencial analisar, primeiramente, as relações encetadas entre o credor e o fiador no decorrer da relação fidejussória³⁵⁷.

A relação estabelecida entre o devedor e o fiador corresponde a um dos lados do triângulo fidejussório, a qual se concretiza, autonomamente, por referência à relação de cobertura verificada entre o devedor e o fiador³⁵⁸.

Regra geral, o credor permanece alheio às relações internas entre o fiador e o devedor, uma vez que, para este, apenas releva o cumprimento, o qual pode ser levado a

Coimbra, 2017, pp. 223 e ss., na acção executiva, na qual a penhora desempenha um papel determinante consubstanciando a mesma um acto judicial de apreensão dos bens do executado, que ficam à disposição do tribunal para o exequente ser pago por eles. Trata-se, pois, do acto fundamental do processo de execução de pagamento de quantia certa, isto porque é aquele em que é mais manifesto o exercício do poder coercitivo do Tribunal, uma vez que através deste fica o executado privado do pleno exercício dos seus poderes sobre um bem que, a partir de então, ficará especificamente sujeito à finalidade última de satisfação de crédito do exequente.

³⁵⁷ Sobre as relações ente o credor e o fiador, veja-se ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, X, pp. 484 e ss.

³⁵⁸ Neste sentido, JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida – Sobre o Sentido e o Âmbito da Vinculação Como Fiador*, pp. 371 e ss.

cabo quer pelo devedor originário, quer pelo fiador, enquanto devedor fidejussório, com o inerente reforço da garantia do cumprimento do direito de crédito do credor, resultante da garantia pessoal constituída.

A concretização da liberação do fiador por verificação de alterações sensíveis dos riscos da fiança demonstra, todavia, que o credor tem também um papel preponderante nas relações internas, uma vez que, regra geral, sem o seu assentimento, este meio de tutela do garante não alcança uma realização efectiva.

Conforme salienta JANUÁRIO DA COSTA GOMES³⁵⁹, a relação de fiança estabelecida entre o credor e o fiador pode ter origem em várias fontes: contrato, negócio jurídico unilateral, lei ou sentença judicial.

Todavia, muitas vezes, inexistente no tráfego qualquer ligação inicial entre o fiador e o credor, limitando-se o credor a analisar a solvabilidade do garante, escolhido pelo devedor originário na fase da constituição (*Errichtungsphase ou Entstehungsphase*).

Entre nós, as relações entre o credor e o fiador estão previstas na Subsecção II, nos artigos 634.º a 643.º do Código Civil, a qual é a mais extensa em sede de fiança³⁶⁰.

Nas relações entre o credor e o fiador releva, desde logo, o artigo 634.º do Código Civil, o qual retoma o articulado previsto nos artigos 627.º, número 1, 1.ª parte e artigo 631.º, número 1, 1.ª parte, ambos do Código Civil³⁶¹. Estes preceitos legais demonstram que o fiador fica adstrito à obrigação principal, ou mais bem dito, à obrigação fidejussória, e que a garantia apenas pode ser accionada ante o incumprimento do crédito garantido sendo este o direito que mais avulta e mais bem espelha o reforço da garantia patrimonial inerente à fiança³⁶².

Do lado oposto, o fiador pode, regra geral, lançar mão do benefício da excussão prévia (artigo 638.º); do benefício da excussão real (artigo 639.º) e dos outros meios de defesa do fiador previstos no artigo 637.º, bem como dos meios de defesa do devedor que, em virtude da acessoriedade forte, têm um reflexo directo na fiança.

³⁵⁹ JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida – Sobre o Sentido e o Âmbito da Vinculação Como Fiador*, p. 372.

³⁶⁰ Cfr. salienta ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, X, p. 484.

³⁶¹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código Civil Comentado II – Das Obrigações em Geral*, p. 756.

³⁶² Conforme ensina ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, II, p. 487-488.

Os meios de defesa em causa mais não são do que excepções que o fiador pode invocar perante o credor, caso venha a ser demandado³⁶³.

A se verificar que o credor não tem, em algumas circunstâncias, legitimidade para recusar a liberação do fiador nos casos em que o devedor a conseguisse hipoteticamente alcançar-la, o garante gozará de um meio de defesa próprio junto do credor, que lhe permitirá a concretização do seu direito de liberação, nos termos previstos no artigo 648.º, alínea b), do Código Civil.

Tratando, agora, da matéria do abuso de direito, e conforme refere ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO³⁶⁴, o Código Civil, no seu artigo 334.º³⁶⁵, prevê determinados actos como sendo abusivos, quando o seu titular excede, manifestamente, no exercício de tal direito, os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes, ou pelo fim económico social ou económico.

O artigo 334.º³⁶⁶ consagra, assim, na nossa ordem jurídica positiva, o instituto do abuso de direito³⁶⁷, de grande relevância e aplicabilidade prática no tráfego³⁶⁸ e cujas

³⁶³ Neste sentido, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código Civil Comentado II – Das Obrigações em Geral*, p. 760.

³⁶⁴ Cfr., ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, op. Cit., pp. 661 e ss.

³⁶⁵ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Abuso de Direito e o Art. 334.º do Código Civil: Uma Recepção Transviada*, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano – No Centenário do Seu Nascimento, Volume I, Coimbra, 2006, p. 607, refere que o artigo 334.º, do Código Civil não tem paralelo no anterior Código de Seabra, seguindo, muito de perto, o artigo 281.º, do Código Civil Grego. Todavia, como refere ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, op. Cit., pp. 711 e ss., o legislador helénico seguiu as coordenadas da doutrina alemã de então, muito além do que as próprias normas consagradas no BGB, sendo o artigo 281.º do Código Civil Grego dotado de grande abstracção.

³⁶⁶ Foi o Tribunal da Relação de Coimbra, em acórdão proferido a 26 de Maio de 1928, e ainda na vigência do Código de Seabra, que pela primeira vez referiu a expressão “abuso de direito”, cfr. TEIXEIRA DE ABREU, BFD, 11, Coimbra, 1930, pp. 171-204, relativo ao “caso da chaminé”, no qual a esta instância de recurso condenou um proprietário em relação a uma chaminé que emitia fumos incómodos para o vizinho.

³⁶⁷ Em geral, sobre o abuso de direito, e entre tantas outras obras passíveis de serem referidas, veja-se: ADRIANO VAZ SERRA, *Abuso do Direito em Matéria de Responsabilidade Civil*, BMJ N.º 85, Lisboa, 1959, pp. 243-343; FERNANDO CUNHA DE SÁ, *Abuso do Direito*, Coimbra 1997; JORGE COUTINHO DE ABREU, *O Abuso de Direito – Ensaio de Um Critério em Direito Civil e nas Deliberações Sociais*, Coimbra, 1999, pp. 50 e ss.; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Do Abuso do Direito: Estado das Questões e Perspectivas* in Revista da Ordem dos Advogados, I, Ano 63, Volume II, Lisboa, 2005, disponível em www.oa.pt; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Abuso de Direito e o Art. 334.º do Código Civil: Uma Recepção Transviada*, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano – No Centenário do Seu Nascimento, Volume I, Coimbra, 2006, pp. 607 e ss.; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *O Abuso de Direito – Um Estudo de Direito Civil*, in Revista do CEJ, Número 1, Lisboa, 2015, pp. 33 e ss.; PEDRO SANTOS, *Das Consequências do Abuso de Direito*, in Revista de Direito Civil, Número 0, Coimbra, 2015, pp. 199 e ss.; LOURENÇO NORONHA DOS SANTOS, *A Posição Jurídica do Prejudicado no Abuso de Direito*, in Revista de Direito Civil, Número I, Coimbra, 2016, pp. 205 e ss.

³⁶⁸ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Abuso de Direito e o Art. 334.º do Código Civil: Uma Recepção Transviada*, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano – No Centenário do Seu Nascimento, p. 610 e ss., entende que, dado o regime previsto no artigo 334.º, tal preceito legal não se trata de um instituto jurídico unitário.

origens históricas³⁶⁹, apesar dos aturados estudos levados pela civilística, ainda não se encontram unanimemente demarcadas³⁷⁰.

Entre nós, o abuso de direito não tinha consagração expressa no Código de Seabra. Apesar de tal circunstância e da falta de previsão legal, a verdade é que a jurisprudência dos tribunais nacionais aplicava esta figura, ainda que em termos modestos³⁷¹.

O abuso de direito é um instituto de aplicação geral no Direito civil, corporizando uma válvula de segurança do sistema que actua sobre um exercício concreto, não só de direitos subjectivos, mas de qualquer posição jurídica activa do seu titular, que à partida seria válida, mas cujo exercício concreto e efectivo fica vedado ao seu titular, por verificação dos pressupostos que desencadeiam sua aplicação³⁷².

Apesar de estarmos em sede de relações internas, levando a que, à partida, apenas o devedor pudesse invocar abuso de direito junto do credor nos casos em que aquele

³⁶⁹ PEDRO SANTOS, *Das Consequências do Abuso de Direito*, in *Revista de Direito Civil, Número 0*, pp. 202 e ss., faz uma interessante síntese sobre a origem histórica do abuso de direito, principiando pelo Direito romano, passando em seguida para uma análise comparatística do instituto e fazendo referência ao Direito muçulmano na esteira dos estudos de Tito Arantes, levados a cabo no início do século XX.

³⁷⁰ ADRIANO VAZ SERRA, *Os Actos Emulativos no Direito Romano*, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, ano X, 1926, pp. 529 e ss., defendia que o abuso de direito tinha a sua origem no *Ius Romanum*. Em sentido crítico, defendia que o abuso de direito não teve consagração no Direito romano, ainda que sob terminologia diversa. Veja-se, com grande profundidade, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, pp. 676 e ss. Para este autor, o abuso de direito surge na ordem jurídica francesa, sob a égide da segunda sistemática e da codificação napoleónica, apesar de o seu articulado não fazer qualquer relevância à figura. Com alguma profundidade, veja-se, igualmente, FERNANDO CUNHA DE SÁ, *Abuso do Direito*, Coimbra 1997, pp. 48 e ss., no qual indica que têm sido atribuídas à teoria do abuso de direito origens remotas, já previstas no Direito romano, figura essa que subsistiria no período intermédio. Todavia, e segundo o seu entendimento, o abuso de direito seria o produto do liberalismo capitalista atendendo aos problemas trazidos pela codificações oitocentistas, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Abuso de Direito e o Art. 334.º do Código Civil: Uma Recepção Transviada*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano – No Centenário do Seu Nascimento*, p. 608, também defende que o debate sobre o abuso de direito surgiu em França na transição do século XIX para o século XX, sendo uma consequência directa do positivismo e do individualismos então reinantes e sendo, ao mesmo tempo, uma busca de caminhos e superação. Por fim, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *O Abuso de Direito – Um Estudo de Direito Civil*, in *Revista do CEJ*, p. 33 refere que o abuso de direito é produto da má doutrina, tendo apenas surgido tardiamente na longa história do Direito civil, na viragem do século XIX para o século XX, quando os defeitos do subsuntivismo jurídico-formal se tornavam cada vez mais insuportáveis.

³⁷¹ FERNANDO CUNHA DE SÁ, *Abuso de Direito*, Coimbra 1997, pp. 114 e ss., diz que os tribunais portugueses oitocentistas aplicavam o abuso de direito, mas de forma nada comparável ao que se verificava na jurisprudência de terras gaulesas. Contudo, refere este autor, que GUILHERME MOREIRA, TEIXEIRA DE ABREU e o VISCONDE DE CARNAXIDE defendiam que o Código Civil de Seabra de 1867 consagrava a figura do abuso de direito, ainda que de forma implícita, em vários preceitos dos seus preceitos.

³⁷² Neste sentido, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil, op. Cit.*, p. 898, refere que o tratamento típico dos exercícios inadmissíveis de posições jurídicas não integra apenas situações reconduzíveis a direitos subjectivos, abrangendo, também, poderes, faculdades, direitos potestativos e outras realidades.

pretendesse liberar o fiador e este não o aceitasse, de forma ilegítima, a verdade é que o artigo 637.º, número 1, do Código Civil, permite que, além dos meios de defesa de que o fiador é titular, este oponha ao credor aqueles que competem ao devedor, excepto se forem incompatíveis com a obrigação do fiador.

A doutrina entende que o fiador pode invocar, perante o credor, atendendo à letra do artigo 637.º, o instituto da alteração das circunstâncias³⁷³.

O mesmo entendimento parece ser de sufragar relativamente ao instituto do abuso de direito, uma vez que se trata, tal qual se verifica com a alteração das circunstâncias, de uma excepção que bloquearia a obrigação principal, extinguindo-a, no caso concreto, através da liberação do fiador, a qual poderia ser atingida através de uma multiplicidade de situações³⁷⁴.

Assim sendo, parece-nos que, ao abrigo do disposto no artigo 637.º do Código Civil, e desde que os requisitos do artigo 334.º do mesmo diploma se encontrem verificados, o fiador pode invocar abuso de direito directamente perante o credor.

Cabe aquilatar, por referência ao nosso estudo, e em primeiro lugar, se terá de existir intencionalidade do credor na não efetivação da liberação do fiador redundante em abuso de direito da sua conduta, ou, por outras palavras, se este instituto se pode aplicar independentemente de culpa sua³⁷⁵.

Parece-nos que mesmo que o credor não tenha uma conduta culposa, quer por acção, quer por omissão, ou seja, mesmo que o credor não tenha intencionalidade em prejudicar o devedor originário e o fiador, se, em termos objetivos, o seu comportamento de recusa da liberação for abusivo, poderá haver lugar à aplicação do instituto aqui em estudo³⁷⁶.

³⁷³ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, X, p. 485.

³⁷⁴ *Infra*, pp. 157 e ss.

³⁷⁵ Na doutrina italiana, SALVATORE PATTI, *Abuso del Diritto – Digesto Delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile, I*, Turim, 1987, pp. 7 e ss., entende que o abuso de direito deverá ser entendido em termos puramente objetivos, não relevando a intenção ou vontade do autor do exercício jurídico.

³⁷⁶ FERNANDO CUNHA DE SÁ, *Abuso do Direito*, Coimbra 1997, pp. 127 e ss., ressalva, porém, que atendendo ao articulado de ADRIANO VAZ SERRA, no seu Anteprojecto, o acto abusivo seria, em regra, o acto de exercício de um direito que, de forma intencional, causasse danos a um terceiro. Em tal Anteprojecto existia pressupostos de natureza objectiva e pressupostos de natureza subjectiva, tendo, nesta segunda vertente, o titular do direito de saber que estava a lesar interesses de terceiros. Após as revisões ministeriais levadas a cabo por ANTUNES VARELA, caiu, o elemento subjetivo que estava previsto no Anteprojecto.

É o que resulta, com cristalina certeza, da interpretação do artigo 334.º do Código Civil³⁷⁷.

Conforme anteriormente afluído, o abuso de direito é um instituto jurídico dotado de grande plasticidade e adaptabilidade no tráfego jurídico, tendo-se adaptado às necessidades concretas que se impunham nas diferentes ordens jurídicas onde a sua aplicação judicial se verificava.

Desta guisa, o abuso de direito aplica-se a uma constelação inabarcável de situações concretas, sendo certo que a ciência do direito tem vindo a proceder ao tratamento típico de exercícios inadmissíveis, abarcando comportamentos típicos abusivos, que muito auxiliam o intérprete aplicador e os tribunais na concretização do Direito, em particular desta figura³⁷⁸.

Na aplicação concreta do abuso de direito, o intérprete-aplicador terá, necessariamente, de recorrer à sinéptica³⁷⁹.

Assim sendo, o decisor em causa deverá proceder, em momento anterior ao proferimento de decisão final, a um estudo aturado das consequências que o decretamento do abuso de direito poderá acarretar em cada um dos vértices que compõem o triângulo fidejussório, conformando e conjecturando os diferentes resultados possíveis que a aplicação da norma acarretará, mormente a ponderação de todas as consequências que tal aplicação terá na esfera jurídica dos sujeitos envolvidos.

³⁷⁷ Cfr. determina JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Abuso de Direito e o Art. 334.º do Código Civil: Uma Recepção Transviada*, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano – No Centenário do Seu Nascimento, p. 614, lança a questão de se saber se é relevante o estado de espírito do agente, no exercício da sua conduta, ou se, pelo contrário, o que interessa é apenas que a conduta seja objectivamente irregular, contrariando os quadros normativos da matéria. Concluiu o autor, de forma clara, que: “[...] nada permite exigir o dolo ou a negligência do agente. [...] O que a lei não quer é uma conduta desconforme à função social, à boa fé e aos bons costumes e não a reprovação subjetiva do autor do acto [...]”.

³⁷⁸ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Do Abuso do Direito: Estado das Questões e Perspectivas*, in Revista da Ordem dos Advogados, I, Ano 63, Volume II, Lisboa, 2005, disponível em www.oa.pt, ensina que, e passamos a citar pela clareza do discurso: “[...] O abuso do direito apresenta-se, afinal, como uma constelação de situações típicas em que o Direito, por exigência do sistema, entende deter uma actuação que, em princípio, se apresentaria como legítima. Compete referir e analisar as situações típicas em causa. Com uma prevenção: não estamos perante uma classificação, mas antes em face de ordenações características. Surgem situações atípicas, ocorrências de sobreposição e ocorrências desfocadas, em relação aos núcleos duros dos diversos tipos. Nada disso retira utilidade à tipificação subsequente. Pelo contrário: devidamente usada, ela opera como um instrumento adequado para a realização do Direito [...]”.

³⁷⁹ A sinéptica foi um conceito desenvolvido pelo jurista alemão WOLFGANG KIKENTSCHER, o qual poderá ser definido, em traços muito gerais, como o reconhecimento e o estudo da ponderação das consequências que habilitam o intérprete-aplicador a pensar através da conformação aos resultados antes da aplicação concreta da norma ao caso em discussão. Sobre este conceito, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, op. Cit., p. 39 e ss.

11. AS REGULAÇÕES TÍPICAS ABUSIVAS DO ABUSO DO DIREITO

Tratando agora das diferentes regulações típicas de comportamentos abusivos que foram sendo desenvolvidas ao longo de decénios pela doutrina germânica³⁸⁰ e que os tribunais portugueses têm sufragado, podem elencar-se as seguintes: o *venire contra factum proprium*, as inalegabilidades formais, o *tu quoque*, a *supressio/surrectio* e o exercício no desequilíbrio³⁸¹.

Procuraremos, em seguida, desenvolver algumas das situações abusivas típicas descritas no parágrafo anterior, atendendo ao objeto concreto em estudo, procurando aquilatar se se pode verificar, ou não, abuso de direito do credor no exercício do seu direito de recusa de liberação do fiador quando o devedor lhe consiga apresentar uma proposta idónea para a desvinculação do garante.

11.1. VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM

Existe abuso de direito, na modalidade de *venire contra factum proprium*, sempre que o titular de uma posição jurídica activa entre em contradição directa com um comportamento anteriormente por si firmado, quando exerce o mesmo³⁸².

Conforme refere ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO³⁸³, esta modalidade de abuso de direito tem origem canónica, porém, com raízes controversas.

³⁸⁰ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil, op. Cit.*, p. 718 e ss.

³⁸¹ Entre uma panóplia de arestos que poderiam ser citados, vejam-se os recentes acórdãos: acórdão do STJ, de 14 de Maio de 2019, relativo ao processo 7353/15.4T8VNG-B.P1.S1, Relatora Graça Amaral, a propósito do *Venire contra factum proprium*; acórdão do STJ, de 17 de Março de 2016, relativo ao processo 2234/11.3TBFAF.G1.S1, Relator Lopes do Rego, a propósito das inalegabilidades formais; acórdão do STJ, de 14 de Março de 2019, relativo ao processo 1189/15.0T8PVZ.P1.S1, Relator Nuno Pinto Oliveira, a propósito do *tu quoque*; acórdão do STJ, de 04 de Outubro de 2018, relativo ao processo 7313/12.7TBMAI-B.P1.S1, Relatora Graça Amaral, a propósito da *supressio/surrectio*; acórdão do STJ, de 05 de Maio de 2015, relativo ao processo 523/03.0TCSNT-B.L1.S1, Relator Gregório Silva Jesus, a propósito do desequilíbrio no exercício.

³⁸² Com grande desenvolvimento, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil, op. Cit.*, p. 742 e ss.

³⁸³ Veja-se, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO *Do Abuso do Direito: Estado das Questões e Perspectivas*, in Revista da Ordem dos Advogados, I, Ano 63, Volume II, Lisboa, 2005. Em *Da Boa Fé no Direito Civil, op. Cit.*, pp. 742 e ss., este civilista saliente que foram os glosadores da *Escola dos Mos Italicus* que criaram a fórmula do “*venire contra proprium factum nulli conceditur*”, pese embora nem sempre a aplicassem, sendo certo, porém, que a presença do *venire contra factum proprium* na contemporânea ciência do direito deve-se à monografia de RIEZLER, publicada no princípio do século XX. Nesta foram

No *venire contra factum proprium* existem dois comportamentos do sujeito que está a exercer um determinado direito, ou qualquer outra posição jurídica activa, comportamentos esses que, analisados de forma circunscrita e delimitada, seriam válidos e conforme ao Direito. Todavia, a primeira acção ou omissão do sujeito é contraditada, em momento posterior, por outro comportamento activo ou omissivo que contraria o primeiro.

Entendido assim esta modalidade de abuso de direito, esta poderá ter maior relevância no tráfego, sobretudo no que concerne às relações fidejussórias que se prolonguem num grande período de tempo e em que a conduta das partes envolvidas poderá transmutar-se no decorrer de tal relação jurídica.

Cabe, pois, delimitar o âmbito de aplicação concreta do *venire contra factum proprium*, como forma de operacionalizar a sua aplicação concreta.

Destarte, só se verifica a aplicação desta modalidade de exercício inadmissível de posições jurídicas³⁸⁴ numa de duas situações:

i. O sujeito, através do proferimento de declaração de vontade, manifesta a sua intenção de efetivar determinado acto e, em momento posterior, não o pratica;

ii. O sujeito, através do proferimento de declaração de vontade manifesta a sua intenção de não efetivar determinado acto e, em momento posterior, pratica-o.

Concretizando³⁸⁵, e atendendo em particular à primeira situação acima descrita, hipotetize-se uma situação em que o devedor originário tivesse principiado negociações com o credor com vista à liberação do fiador primitivo, após ter sido interpelado por este para o fazer.

O devedor originário, depois de ter lançado mão de todos os esforços que lhe eram exigíveis para alcançar o desiderato de liberação do fiador, consegue encontrar um outro fiador idóneo, propondo ao credor a sua substituição ou consegue que um familiar

traçados os quadros dessa proposição, desde o Direito Romano, até ao período da terceira sistemática, tendo ainda analisando o direito inglês e o direito alemão.

³⁸⁴ Para maiores desenvolvimentos, ver ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, op. Cit., p. 746 e ss.

³⁸⁵ É importante não esquecer, conforme refere ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, p. 753, que o *venire contra factum proprium* apresenta grandes flutuações, dobradas por uma imprecisão da linguagem que não facilitam o falar-se em tendências.

directo seu constitua um direito real de garantia a favor do credor, que permita o pontual cumprimento da obrigação originária afiançada.

Recebida tal proposta, o credor, depois de analisar todos os activos que integram a esfera jurídica patrimonial do putativo novo fiador (através, por exemplo, da verificação de todos os seus activos imobiliários e mobiliários), decide, por exemplo, aceitar a substituição do fiador, proferindo declaração de vontade nesse sentido.

A partir de tal momento, tanto o devedor originário como o fiador formam a legítima expectativa de que a liberação da fiança vai operar, com a subsequente exoneração do garante primitivo.

Parece-nos, assim, que a partir deste momento o devedor originário e o fiador passam a gozar de uma tutela jurídica: de que o credor irá cumprir com a declaração de vontade por si proferida.

Pelo exposto, se, em momento posterior, o credor alterasse a sua posição primitiva, alegando, por exemplo, que depois de uma análise mais aprofundada do património do novo fiador proposto, concluiu que este não garantia, de forma tão idónea, a obrigação em causa, e que, por tal facto, não iria permitir a substituição da posição do fiador, agiria tal credor em abuso de direito, na modalidade de *venire contra factum proprium*, atendendo à legítima expectativa de confiança gerada na contraparte³⁸⁶.

Existiria tal modalidade de abuso de direito, uma vez que existem dois comportamentos do credor, deferidos no tempo, mas que, analisados de forma isolada seriam válidos.

O primeiro comportamento seria a aceitação da substituição do fiador originário por novo fiador.

O segundo comportamento seria a não concretização da substituição da relação fidejussória, com a recusa da alteração do fiador.

Este segundo comportamento seria juridicamente não admissível, por ser contraditório com a sua primeira acção, que formou uma legítima expectativa no

³⁸⁶ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, p. 760 e ss. salienta que a recondução laboriosa do *venire contra factum proprium* à doutrina da confiança não é pacífica.

devedor originário e no fiador primitivo de que a liberação iria operar, acabando esta por não se concretizar.

Parece-nos que mesmo que a razão dada pelo credor para a recusa na substituição do fiador fosse válida, ou seja, admitindo-se que o novo fiador proposto não cumpriria, de forma tão idónea o fim de garantia, existiria sempre, de igual modo, abuso de direito, uma vez que não poderia ser imputado aos outros dois sujeitos da relação em causa uma falta de diligência na análise dos dados que lhe foram entregues.

Ora, se o credor proferiu declaração de vontade no sentido da aceitação da substituição do fiador, mesmo estando em erro, tal circunstância dever-lhe-ia ser integralmente imputável.

Tratando agora da segunda situação de possibilidade de verificação de *venire contra factum proprium*, acima descrita, e procurando deslindar um exemplo que aqui se integre, configuremos uma situação em que o devedor originário requeria, junto do credor, a liberação do fiador originário, tendo a resposta do credor sido de que mesmo que a obrigação não seja cumprida, nos termos contratualmente previstos, este não iria exercer a garantia pessoal de que é titular.

Este exemplo é mais plausível nas fianças civis e nos casos em que existe uma ligação directa entre as partes da relação jurídica em causa – pense-se no caso em que o credor é o pai, o devedor originário é o filho e o fiador é, respetivamente, filho do primeiro e irmão do segundo. Mas muitas outras situações hipotéticas poderiam aqui ser invocadas.

Nesta situação, a fiança mantém-se nos seus exactos termos, não se verificando a extinção de tal garantia pessoal.

Contudo, o desiderato da liberação, apesar de formalmente não verificado, em termos materiais concretiza-se com a manifestação de vontade de que o fiador não iria recorrer à garantia de que era titular, em caso de incumprimento da obrigação pecuniária em causa.

O credor, através do proferimento de declaração de vontade manifesta a sua intenção de não concretizar o direito de que dispõe, fazendo, deste modo, com que a garantia de que era titular “ficasse despida das virtualidades que lhe são inerentes”.

Destarte, e atendendo a esta hipótese em concreto, caso o devedor originário não cumprisse com a obrigação a que estava adstrito e o credor, perante tal vicissitude, demandasse judicialmente o fiador, estaria também a agir em abuso de direito, na modalidade de *venire contra factum proprium*, em virtude de estar a concretizar um direito subjetivo de que à partida seria titular, mas em contradição directa com uma conduta por si anteriormente praticada, a qual havia criado legítimas expectativas de cumprimento escrupuloso, quer no fiador, quer no devedor originário.

É certo que não nos esquecemos que na nossa ordem jurídica inexistente uma proibição genérica de contradição³⁸⁷ e que apenas circunstâncias particulares podem levar a aplicação do *venire contra factum proprium*.

Parece-nos que os exemplos acima apontados integram tais circunstâncias particulares, atendendo aos interesses em jogo, às legítimas expectativas decorrentes da boa fé, na modalidade da tutela da confiança impostas pelo comportamento dos seus actuates.

Verifica-se, deste modo, um facto gerador de confiança na esfera jurídica do fiador e do devedor originário, dotado de protecção jurídica, em virtude de ter havido um legítimo investimento de confiança destes dois sujeitos de que o comportamento do credor iria ser diferente do que aquele que efectivamente foi.

Refira-se, ainda, que é nosso entendimento de que o *venire contra factum proprium* também pode ser analisado na relação interna entre o devedor originário e o fiador.

Assim, pense-se no exemplo em que o fiador, no âmbito de uma obrigação de pagamento em prestações pelo período de 20 anos, proferiu, no decorrer da relação contratual em causa, uma declaração de vontade expressa de que não iria exercer o seu direito de liberação, alegando ter solidez financeira para cumprir todos os créditos e que se preocupava com a solvabilidade do devedor, o que pode acontecer, uma vez mais, nas fianças prestadas por pais a filhos.

Na circunstância de se verificar uma quebra de relações definitiva entre o devedor (filho) e o fiador (pai), anos depois da declaração de vontade referida no parágrafo

³⁸⁷ Conforme refere lapidariamente ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil, op. Cit.*, pp. 750 e ss., alicerçado na doutrina germânica.

anterior, não pode vir o segundo exigir a sua liberação da fiança, caso os riscos desta aumentem sensivelmente, uma vez que estaria a agir em abuso de direito, nos termos do disposto no artigo 334.º, do Código Civil, também em *venire contra factum proprium*, atendendo às legítimas expectativas que criou na esfera jurídica do devedor de que não iria exercer tal direito.

11.2. SUPPRESSIO

A *suppressio* (supressão)³⁸⁸ é uma manifestação do exercício inadmissível de posições jurídicas através da qual se verifica a impossibilidade do exercício de um direito, à partida existente à data do seu exercício, mas que, não tendo sido exercido, em determinadas circunstâncias de facto e por determinado lapso de tempo, torna-se insuscetível de o ser, sob pena de violação do princípio da boa fé³⁸⁹.

Esta figura tem origem na jurisprudência comercial alemã do final de oitocentos³⁹⁰, ganhando fôlego após as crises inflacionistas espoletadas pelo fim da Primeira Guerra Mundial e com os problemas constantes com que os tribunais se deparavam de alteração imprevisível nos preços das mercadorias ou dificuldades intensificadas de fornecimento de determinados bens, que desencadearam problemas de desequilíbrio intenso entre as partes contraentes e valorização monetária.

Para que haja *suppressio*, tem, regra geral, de se verificar uma omissão do titular do direito no seu exercício, por determinado período, período esse em que, por indícios objetivos e concretos proferidos pelo titular de tal direito, este demonstra que tal posição de vantagem não irá ser exercida.

³⁸⁸ Socorremos à terminologia de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, em *Do Abuso do Direito: Estado das Questões e Perspectivas* in Revista da Ordem dos Advogados, I, Ano 63, Volume II, Lisboa, 2005, que refere e aqui se cita: «(...) Propusemos o termo *suppressio* para exprimir o alemão *Verwirkung* (102). Recorremos ao latim, dentro das tradições nacionais, para evitar o deselegante recurso ao alemão e na impossibilidade de adaptar locuções portuguesas. De facto e entre nós, já foram propostas as locuções “caducidade”, “exercício inadmissível do direito”, “decadência”, “inibição”, “paralisação”, “preclusão” e “perda”. São todas reconhecidamente inadequadas, seja por assumirem outros significados técnicos que, aqui, não ocorrem, seja por traduzirem efeitos e não causas (...)».

³⁸⁹ LOURENÇO NORONHA DOS SANTOS, in *A Posição Jurídica do Prejudicado no Abuso de Direito*, in Revista de Direito Civil, Número, p. 220, diz que nas situações de *suppressio*, a questão essencial está na *surrectio* – assistindo-se a uma supressão do direito do exercente e, por tal facto, origina na esfera jurídica da contraparte uma posição incompatível com aquele.

³⁹⁰ Com grande desenvolvimento, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, op. Cit., pp. 798 e ss.

Com esta figura pode pretender-se, por um lado, penalizar a inacção do titular da posição jurídica pela inércia no seu exercício, penalizando, em conformidade, ao não permitir que tal posição jurídica activa seja efectiva e, por outro lado, proteger determinado beneficiário que, por conduta do titular da posição, goza da tutela da confiança de que tal exercício não se efectuará.

No que concerne à primeira situação, a mesma liga-se com a matéria da prescrição dos direitos, razão pela qual não carece de duplicações desnecessárias.

Quanto à segunda situação, a mesma já parece ser de conceder, desde que exista uma tutela da confiança digna de protecção jurídica do beneficiário da *suppressio*, o qual confia de que, em virtude da inacção do agente, este não vai exercer a posição jurídica activa de que é titular.

Seguindo de perto ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO³⁹¹, defendemos que para a verificação de uma situação de *suppressio* será necessário que sejam cumpridos, de forma cumulativa, os seguintes requisitos, os quais correspondem a um modelo de decisão relativamente mais complexo do que se verifica na tutela da confiança comum, a saber: 1) não-exercício prolongado; 2) uma situação de confiança, daí derivada; 3) uma justificação para essa confiança; 4) um investimento de confiança e 5) a imputação da confiança ao não-exercente.

Cabe ver se, atendendo ao objeto em estudo, conseguimos deslindar uma concreta situação de *suppressio*.

Em primeiro lugar, é importante referir que a situação de exercício inadmissível de posições jurídicas aqui em estudo parece ter uma concretização mais intensa nas relações internas, em concreto, nas relações entre fiador e devedor originário, razão pela qual serão objeto de análise em seguida.

Desta forma, em relações fidejussórias mais duradoras, em que a fiança se perpetue por decénios, como tantas vezes se verifica no tráfego jurídico, pode verificar-se, passados vários anos após a constituição da obrigação afiançada, que os riscos da fiança se agravaram objetivamente, de forma intensa, sem que o fiador tenha dado conta disso, uma vez que a obrigação de pagamento sempre fora cumprida junto do credor, apesar de tais dificuldades supervenientes. Contudo, pode acontecer que tal

³⁹¹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Do Abuso do Direito: Estado das Questões e Perspectivas*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, I, Ano 63, Volume II, Lisboa, 2005.

agravamento é de tal maneira intenso que irá espoletar, com grande margem de probabilidade, no incumprimento do devedor perante o credor.

Pode ainda constatar-se que o fiador, apesar de saber que os riscos da fiança se alteraram sensivelmente, por comparação ao momento inicial da sua constituição, verifica, porém, que o devedor originário vai cumprindo com dificuldades com os pagamentos periódicos perante o credor, mas nada faz, confiando no não incumprimento por parte deste.

Pergunta-se se nestes casos o fiador perde o direito à sua liberação da fiança.

A resposta a tal questão carece de ponderada análise, a qual tentaremos concretizar em seguida.

Principiando, a decorrência de determinado período de tempo sem o exercício da liberação e os indícios objetivos de que esta posição jurídica activa não irá ser exercida pelo fiador são os vectores chave na resposta à questão colocada.

No que concerne ao tempo, não é possível delimitar, como se verifica por exemplo nos casos de caducidade ou de prescrição, um período concreto de tempo em que a inércia do exercício da liberação impossibilite o seu exercício.

Tudo dependerá do caso concreto e do período em que a obrigação afiançada se prolonga no tempo, até ao seu integral cumprimento.

Em relação aos indícios objectivos de que a liberação não irá ser exercida, esta terá de resultar do proferimento de declarações de vontade, expressas ou tácitas, por parte do fiador, analisadas no decorrer da relação fidejussória.

O hiato temporal³⁹² em que o exercício do direito de liberação não é efectivado tem de estar aliado ao comportamento do fiador, através do qual é gerada uma situação de confiança legítima na esfera jurídica do devedor originário de que tal posição jurídica activa de que aquele é titular não será concretizada.

³⁹² DIOGO LEITE CAMPOS, *Tempo, Pessoa e Agregado na Relação Jurídica*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, I, Ano 72, Volume I, Lisboa, 2012, pp. 24 e ss., chama à colação que as doutrinas correntes da obrigação se olvidam do tempo enquanto dimensão fundamental das relações jurídicas.

É, assim, a conduta do fiador, analisada no caso concreto, que permite aquilatar se existe uma justificação para o investimento de confiança de que o direito de liberação não irá ser exercido, a qual terá de ser imputada ao não-exercente.

Tentando esboçar um exemplo hipotético que consiga integrar a *suppressio* nas relações internas, pense-se no caso em que um pai afiança uma obrigação de pagamento de mútuo contraído pelo filho junto de uma instituição de crédito para a aquisição de um imóvel para residência própria e permanente. Foi convencionado que o mútuo para aquisição do aludido imóvel seria pago em 30 anos, período durante o qual a obrigação fidejussória se manteria. Conjecturemos que o pai, fiador desta relação jurídica, por referência ao hiato temporal de 20 anos contabilizado do momento do nascimento da obrigação fidejussória, sempre foi confrontado, em alguns períodos desse hiato temporal, com as dificuldades de seu filho, devedor originário, em cumprir, mensalmente, com o pagamento das prestações junto da instituição de crédito credora. No entanto, nada lhe diz a propósito da sua vontade em exercer o seu direito de liberação, auxiliando-o, inclusivamente, em alguns períodos, a pagar as prestações mensais junto do banco, no sentido de evitar o incumprimento.

Na circunstância de, em seguida, os riscos fidejussórios se alterarem sensivelmente, e o fiador seu pai, por ter rompido com o devedor originário, seu filho, lhe exigisse a sua liberação, parece-nos que incorreria em abuso de direito, na modalidade de *suppressio*, em virtude de se verificar, em nosso ver, os requisitos de aplicação desta modalidade de abuso de direito, nos termos *supra* fundamentados.

Julgamos que o fiador, ao ajudar o devedor originário no cumprimento efectivo da obrigação fidejussória, fraccionada, evitando o incumprimento ante o credor, praticou um comportamento concludente, resultando na formação de uma legítima expectativa no devedor originário de que não iria exercer o seu direito de liberação.

De ressaltar que a verificação de elementos subjetivos desencadeadores da *suppressio*, mormente a existência de culpa do fiador, não é necessária, significando isto que, mesmo que este não tenha agido nem com dolo, nem com negligência, a mesma se pode verificar³⁹³.

³⁹³ De destacar, como refere ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil, op. Cit.*, pp. 818 e ss., a jurisprudência dos tribunais alemães fez uma aplicação parcimoniosa da *suppressio*. Também a doutrina ressalva que esta figura se trata de um remédio extraordinário e, por conseguinte, excepcional.

Atendendo ao exemplo hipotético supracitado da obrigação afiançada por um pai a um filho, parece resultar a criação, para este último, de uma posição jurídica activa de vantagem, que se consubstancia na sua exoneração da concretização à liberação, a qual, à partida, teria de concretizar.

Atingir-se-ia, assim, um equilíbrio possível na relação entre o fiador e o devedor originário, uma vez que o direito de sub-rogação do primeiro, na posição do credor, caso tivesse de cumprir perante este, não se extinguiria.

11.3. DESEQUILÍBRIO NO EXERCÍCIO

O desequilíbrio no exercício³⁹⁴ corresponde a uma situação de exercício inadmissível de posições jurídicas residual, podendo integrar-se em tal figura uma constelação de casos hipotéticos³⁹⁵.

Conforme ensina ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, o exercício no desequilíbrio aqui em estudo contempla três sub-hipóteses de comportamentos não admissíveis, a saber:

- i. Exercício inútil danoso;
- ii. A conjugação de situações implicada no brocardo dolo *agit qui petit quod statim redditurus est*;
- iii. Desproporção entre o benefício auferido pelo titular e o sacrifício imposto pelo exercício a outrem.

Tomando em linha de conta o objecto do nosso estudo, cabe aferir se alguma das três sub-hipóteses de desequilíbrio supracitada, se poderá aplicar no caso da liberação do fiador.

Densificando a primeira das três sub-hipóteses elencadas, cabe destacar que o exercício danoso inútil se verifica nas situações em que aquele que é titular de

³⁹⁴ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, V, 3.ª ed., Coimbra, 2018, pp. 379 e ss.

³⁹⁵ Neste sentido, veja-se ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, op. Cit., p. 853, no qual refere que a ideia de desequilíbrio no exercício traduz um tipo extenso de actuações inadmissíveis de direito.

determinada posição jurídica activa, independentemente da sua natureza (v.g. direito subjetivo, expectativa jurídica), exerce a mesma, mas em termos meramente formais, sem retirar daí qualquer benefício jurídico para a sua esfera jurídica pessoal ou patrimonial, mas causando, em consequência de tal exercício, danos consideráveis a terceiros.

O *dolo agit qui petit quod statim redditurus est* verifica-se nas situações jurídicas em que o sujeito exige a um terceiro uma prestação que, em momento imediatamente posterior, terá de restituir³⁹⁶.

A desproporção entre o benefício auferido pelo titular e o sacrifício imposto pelo exercício a outrem é, dos três subtipos indicados, o mais frutuoso e o mais relevante no tráfego, podendo integrar o mesmo uma multiplicidade de situações, encabeçada pelo exercício de um direito legítimo por parte do seu titular que, contudo, irá espoletar danos e prejuízos intoleráveis a terceiros abrangidos por tal exercício.

Feito este breve períplo pelos três subtipos de desequilíbrio no exercício, entendemos que, ao contrário do que se verificava na *suppressio*, esta modalidade de abuso de direito terá maior acuidade e aplicabilidade no tráfego nas relações externas, isto é, nas relações entre o fiador e o credor.

Vimos *supra* que o fiador não tem legitimidade para poder exigir directamente ao credor que este o libere da obrigação fidejussória, uma vez que inexiste sustentáculo legal para atingir tal desiderato, não obstante a exoneração se poder concretizar, caso este a aceite, o que não é comum de acontecer no tráfego, atendendo ao fim de garantia pessoal da fiança e o receio de quebra do cumprimento da obrigação contraída pelo devedor originário.

Tentaremos, *infra*, elencar alguns exemplos hipotéticos susceptíveis de integrar esta modalidade de exercício inadmissível de posições jurídicas.

³⁹⁶ No Direito alemão existem exemplos que integram esta hipótese de desequilíbrio no exercício, sobretudo no que concerne aos Direitos Reais e Direito Registral. Assim sendo, em virtude do sistema do modo, consagrado nos §§ 929, 925, 873 BGB, a compra e venda tem eficácia meramente obrigacional, sendo necessário a celebração de um segundo negócio jurídico de natureza real para a transmissão do direito real. Com grande desenvolvimento sobre o sistema do modo na Alemanha, ver por todos, JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direito Reais*, 2.^a ed., Coimbra 2018, pp. 218 e ss.

Imagine-se que o devedor originário, demandado pelo fiador para concretizar a sua liberação, consegue arranjar um novo fiador que substitua o fiador originário, o qual daria ao credor as mesmas garantias de cumprimento da obrigação fidejussória.

Pense-se também no caso em que o fiador, uma vez mais, requereu a sua liberação junto do devedor originário, tendo este conseguido que um terceiro constitua uma hipoteca voluntária a favor do credor para o cumprimento e garantia da dívida fidejussória, sendo certo que a garantia real a constituir era plenamente idónea ao cumprimento.

Nas hipóteses aventadas nos dois parágrafos antecedentes, o credor tinha legitimidade, pelo menos em termos formais, em recusar a aceitação do novo fiador, em substituição do fiador primitivo, ou a extinção da garantia pessoal prestada inicialmente, pela constituição de uma nova garantia real, uma vez que, como verificámos em momento anterior, o centro nevrálgico do direito de liberação integra as relações fiador/devedor, tendo este, regra geral, sempre a palavra exclusiva na exoneração, ou não do fiador.

Verificada a recusa do credor, à partida lícita, o devedor originário não conseguiria efectivar a obrigação a que está vinculado de exoneração do fiador por facto integralmente imputável àquele.

É certo que a obrigação de meios a que o devedor originário estava adstrito perante o fiador se encontrava integralmente cumprida, apesar de, em termos efectivos, a liberação da dívida fidejussória não se concretizar, mantendo-se a mesma em vigor até ao pleno cumprimento da obrigação afiançada.

Todavia, a recusa do credor em aceitar um novo fiador, igualmente idóneo ou a recusa na aceitação da constituição de uma garantia real, apta ao efectivo cumprimento da obrigação, pode não gerar qualquer vantagem para a sua esfera jurídica, ou o benefício retirado da sua conduta ser manifestamente desproporcional ao prejuízo que daí advém para o devedor originário e, sobretudo, para o fiador.

Assim, nos dois exemplos supracitados, e atendendo ao fim primeiro de garantia da fiança, o credor não retiraria nenhuma posição jurídica de vantagem em recusar-se a aceitar ou um novo fiador idóneo ou a constituição de uma garantia real, também ela idónea.

Quando muito, o credor poderia alegar que detinha um conhecimento particular do fiador primitivo, não tendo um conhecimento tão detalhado do novo fiador proposto ou que a execução das garantias reais a prestar seriam mais morosas do que a demanda directa do património fiador originário. Parece-nos que os putativos danos aqui em causa teriam relevância diminuta.

Por oposição, o fiador, após a recusa do credor em exonerá-lo, com a alteração dos riscos sensíveis da fiança e com a iminência do cumprimento da obrigação fidejussória, terá danos na sua esfera jurídica, presentes e futuros, os quais, é certo, se iriam transmitir ao novo garante, mas aos quais este é alheio.

Desta feita, o fiador, que ficaria exonerado e libertado da obrigação que em termos pessoais o vinculava, vê gorada tal expectativa, por culpa inteiramente imputável ao credor, que exerce uma posição jurídica de que é titular de forma juridicamente não admissível, e sem daí retirar qualquer benefício ou retirar da sua conduta apenas benefícios diminutos.

A ordem jurídica não admite o exercício de posições jurídicas com uma lesão intolerável para terceiros, isto é, com a imposição de pesados danos e prejuízos, uma vez que tal exercício violaria de forma patente os ditames da boa fé.

Feita uma ponderação entre os interesses do credor e do fiador, concluímos que em muitas situações que se podem deparar no tráfego jurídico, como aquelas que mencionámos, a posição do fiador seria de prevalecer, em detrimento da posição do credor.

Assim sendo, o credor teria de aceitar o novo fiador igualmente idóneo ao cumprimento da obrigação afiançada que o devedor originário arranjou. Teria ainda de aceitar a constituição de uma garantia real, também idónea à garantia de cumprimento.

Na circunstância de o credor não aceitar tal exoneração, a sua conduta consubstanciaria abuso de direito, nos termos do disposto no artigo 334.º, do Código Civil, na modalidade de desequilíbrio no exercício.

Chegamos a tal conclusão, em primeiro lugar, porque o credor estaria a exercer uma posição jurídica de que é titular de forma desproporcional e sem atender à *ratio legis* dos preceitos que lhe permitem a recusa da liberação, isto é, ver melindrado o pleno e efectivo cumprimento da obrigação fidejussória.

Em segundo lugar, haveria uma desproporção intolerável entre os eventuais benefícios que a sua recusa iria desencadear na sua esfera jurídica e os prejuízos que tal conduta espolietaria na esfera jurídica do fiador.

Concretizando, no exemplo acima referido, caso o devedor originário conseguisse substituir o fiador originário por novo fiador igualmente idóneo e solvente e o credor, por mero capricho, excesso de zelo e despido de qualquer sustentáculo válido e atendível, insistisse em manter o garante primitivo, não o exonerando, estaria a violar o fim social e económico do direito, ou melhor dizendo, da posição de que era titular, nos termos previstos no artigo 334.º, do Código Civil³⁹⁷.

Voltando à *ratio* da possibilidade de recusa do credor na concretização da libertação do fiador, enquanto posição jurídica activa de que o primeiro é titular, parece-nos que a mesma consiste em o credor não ficar numa situação mais gravosa do que aquela que estava no momento da constituição da fiança.

Ora, no vertente exemplo, o credor ficaria exactamente na mesma situação em que estava *ab initio*, sem se verificar a susceptibilidade de qualquer prejuízo para a sua esfera jurídica patrimonial.

Com a recusa da libertação, o credor subverteria a *ratio* do preceito, exorbitando a posição de que era titular, com claro prejuízo para o fiador originário, que continuaria vinculado à fiança, de forma claramente abusiva e juridicamente não admissível e aceitável.

³⁹⁷ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, I, p. 299, a propósito do fim económico do direito, entendiam que deverão considerar-se os juízos de valor positivamente consagrados na lei, sendo certo que existem direitos vincadamente subordinados a um certo e determinado fim, a par de outros em que se reconhece maior margem de liberdade de actuação ou decisão ao seu titular. Em sentido crítico, a propósito do artigo 334.º, do Código Civil, é de importante referir que o essencial do exercício inadmissível de posições jurídicas é dado pela boa fé, cabendo aos bons costumes e à função económicas dos direitos, um papel diverso. Veja-se ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, *op. Cit.*, p. 901 e 1230 e ss., saliente-se, em síntese, que quando o Direito atribui ou reconhece às pessoas espaços de liberdade genéricos ou específicos pressupõe um exercício dos direitos de forma livre, parecendo que o fim económico e social do direito poderia total tal margem de livre actuação. JORGE COUTINHO DE ABREU, *O Abuso de Direito – Ensaio de Um Critério em Direito Civil e nas Deliberações Sociais*, p. 67, a propósito do fim económico ou social dos direitos, ensina que a expressão “fim social ou económico dos direitos” é de teor bastante impreciso. Diz ainda que seria preferível que o legislador referisse tão só “fim (ou função) desse direito.

Em síntese, cremos que o fim social e económico do direito do credor tem uma palavra a dizer nesta sede, nos termos que tentámos demonstrar³⁹⁸.

Ressalve-se que não pretendemos um uso indiscriminado do abuso de direito, por referência ao objeto de estudo, sendo necessário delimitar balizas e definir, de forma rigorosa, as situações em que tal instituto pode operar, o que tentámos fazer *supra*.

Banalizando-se o abuso de direito, cairíamos na interessante construção desenvolvida por PEDRO PAIS DE VASCONCELOS³⁹⁹, cujo pensamento, pela sua clareza, aqui se transcreve: “[...] sempre que o efeito prático do abuso de direito se traduza num resultado próprio, contrário aos limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito, estar-se-á perante o abuso do abuso do direito, A aplicação do artigo 334.º, do Código Civil, será bloqueada pelo próprio artigo 334.º, do Código Civil [...]”

12. A VERIFICAÇÃO OFICIOSA DO ABUSO DE DIREITO

É importante aquilatar quem, dos três sujeitos que compõem a relação triangular fidejussória, tem o ónus da prova na demonstração de abuso de direito no caso aqui estudo.

Atendendo às regras de distribuição do ónus da prova previstas no Direito português, resultantes dos artigos 341.º e seguintes do Código Civil, poderia, à partida, resultar que teria de ser o fiador ou o devedor originário, de forma isolada ou conjunta, a demonstrar a verificação de tal instituto em juízo, no sentido de fazerem valer a sua pretensão e concretizarem a liberação do fiador originário⁴⁰⁰.

³⁹⁸ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *O Abuso de Direito – Um Estudo de Direito Civil*, in Revista do CEJ, p. 54, dá, também, operacionalidade prática ao fim social e económico do direito. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Abuso de Direito e o Art. 334.º do Código Civil: Uma Recepção Transviada*, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano – No Centenário do Seu Nascimento, p. 612, refere que o fim económico e social do direito constitui um limite funcional, rematando que o acto é abusivo quando violar um limite funcional, representado pela função social do direito.

³⁹⁹ Ver por todos, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *O Abuso de Direito – Um Estudo de Direito Civil*, in Revista do CEJ, p. 55.

⁴⁰⁰ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *O Abuso de Direito – Um Estudo de Direito Civil*, in Revista do CEJ, p. 45, refere, a propósito do abuso de direito na modalidade do *venire contra factum proprium* e da *surrectio/supressio* e da sua demonstração, que se tratando de matéria de facto, e por aplicação das regras gerais do processo civil, quem invoca o abuso de direito tem de alegar os factos e provar os mesmos e o regime comum da distribuição do ónus da prova.

Se assim fosse, sem a alegação e prova em juízo dos pressupostos da aplicação deste instituto, o tribunal não poderia declarar oficiosamente o abuso de direito e, em consequência, não poderia liberar o fiador, ficando este vinculado à obrigação fidejussória, nos seus exactos termos, desde o momento em que se vinculou à mesma.

Entendemos, porém, que o abuso de direito é de conhecimento oficioso⁴⁰¹, na esteira de entendimento da maioria da civilística nacional⁴⁰².

Concordamos, assim, com ADRIANO VAZ SERRA⁴⁰³, que defendia a susceptibilidade de apreciação oficiosa do abuso de direito pelos tribunais judiciais, não tendo assim, se atendermos ao caso em estudo, o fiador ou o devedor originário de alegar em juízo o abuso de direito na não concretização da liberação da obrigação fidejussória.

Em sentido parcialmente crítico, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO⁴⁰⁴ entende que a posição de ADRIANO VAZ SERRA poderia redundar numa jurisprudência de sentimento, violando o princípio do dispositivo, enquanto princípio central do Direito processual civil⁴⁰⁵, sendo certo que acaba por verificar cada uma das categorias de situações contidas no artigo 334.º, do Código Civil, firmando posição em cada uma delas.

⁴⁰¹ LOURENÇO NORONHA DOS SANTOS, *A Posição Jurídica do Prejudicado no Abuso de Direito*, in Revista de Direito Civil, Número I, pp. 222 e ss., diz que a maioria da doutrina e da jurisprudência entende é possível que as instâncias judiciais conheçam oficiosamente a verificação do abuso, ou seja, mesmo que a parte interessada não a invoque em juízo. Este salienta que a conclusão sempre foi esta, uma vez que no passado (e enquanto prevaleceram as concepções de que o titular do direito era livre de usar conforme bem o entendesse) apenas se reconheciam alguns limites resultantes da boa fé e dos bons costumes, devendo o abuso de direito ser invocado como uma excepção.

⁴⁰² ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Do Abuso do Direito: Estado das Questões e Perspectivas*, in Revista da Ordem dos Advogados, I, Ano 63, Volume II, Lisboa, 2005, entende que o conhecimento do abuso de direito é de conhecimento podendo, a todo o tempo, o tribunal determinar a sua aplicação independentemente da invocação das partes.

⁴⁰³ Cfr. refere JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Abuso de Direito e o Art. 334.º do Código Civil: Uma Recepção Transviada*, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano – No Centenário do Seu Nascimento, ADRIANO VAZ SERRA afirmava que cabia aos tribunais determinar quais seriam os limites internos de um determinado direito mesmo que as partes não invocassem.

⁴⁰⁴ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Abuso de Direito e o Art. 334.º do Código Civil: Uma Recepção Transviada*, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano – No Centenário do Seu Nascimento, pp. 616 e ss.

⁴⁰⁵ Sobre o princípio do dispositivo, e conforme diz MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *O Princípio Dispositivo e a Alegação de Facto em Processo Civil: A Incessante Procura da Flexibilidade Processual*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 73, Vol. II/III, Lisboa, 2013, pp. 601 e ss., era consagrado no Código de Processo Civil de 1961, no seu artigo 264.º, expressamente, o princípio do dispositivo, o que não tem paralelo no actual Código de Processo Civil de 2013, que apenas no seu actual artigo 5.º dispõe sobre o ónus de alegação das partes e poderes de cognição do tribunal. Todavia, salienta que, apesar da vigente configuração do Código de Processo Civil, o princípio do dispositivo continuar a conformar o processo civil português, o qual se extrai de vários preceitos deste diploma (artigo 3.º, número 1; artigo 5.º, números 1 e 3 e artigo 615.º, número 1, alíneas d) e e). Conclui esta autora que o princípio dispositivo

Com efeito, atendendo ao *exercício contra os bons costumes*, indica que existe oficiosidade no controlo do tribunal, porque o agente violaria normas de ordem pública geral, que carecem de um controlo por tal órgão de soberania.

No *exercício contrário à boa fé*, pela circunstância de a boa fé se exprimir por regras de conduta, reguladoras de concretos interesses dos particulares, caberia a estes zelar pela tutela dos seus interesses, razão pela qual, nesta segunda situação concreta, o tribunal não poderia oficiosamente decretar o abuso de direito, pelo que as partes teriam de cumprir o ónus de alegação.

Por fim e no que concerne ao *exercício contrário ao fim económico e social*, tendo por base um interesse público ou geral, entende este autor que esta terceira situação deve ser oficiosamente apreciada em juízo.

Concluimos, assim, apesar da existência de avalizadas opiniões discordantes, que, regra geral, o abuso de direito não terá de ser sempre invocado pelas partes juntos dos tribunais, o mesmo se aplicando aos casos em que o abuso de direito seja discutido em sede de liberação do fiador, nos termos por nós expostos.

Apesar de pensarmos que a regra geral é aquela que referimos no parágrafo antecedente, a verdade é que, por razões de ordem prática, pode verificar-se a necessidade de invocação do abuso de direito pelo fiador ou pelo devedor, sob pena de esta figura não se poder aplicar em concreto no tráfego.

Destarte, uma vez que, atendendo ao momento da relação fidejussória em curso, ainda não existe qualquer acção judicial a correr os seus termos junto dos tribunais, já que ainda não foram demandados nem o fiador nem o devedor originário.

Desta feita, caso se verifique uma alteração sensível dos riscos da fiança, com a possibilidade de aplicação da figura em análise, e tendo por fio condutor as situações tipo que configurámos *supra*, em particular, se o devedor originário conseguir substituir o fiador originário por um novo fiador idóneo ou conseguir que um terceiro constitua uma garantia real idónea e o credor se recusar a liberar o fiador, em claro abuso de direito, ou se o fiador deixasse de ter legitimidade, em virtude da sua conduta anterior, em exigir a sua liberação perante o devedor originário, a única possibilidade da parte

constitui uma regra basilar do nosso processo civil, traduzindo o respeito pela liberdade e pela iniciativa privada.

que pretende exercer a sua posição jurídica será recorrer aos tribunais judiciais através da competente acção declarativa comum para fazer valer a sua posição jurídica.

Poderá ainda o credor recorrer à tutela cautelar, caso os seus pressupostos base de admissibilidade se encontrem verificados, tendo, necessariamente, de lançar mão do procedimento cautelar comum, nos termos do disposto nos artigos 362.º e seguintes do Código de Processo Civil, em virtude de inexistir, no catálogo dos procedimentos cautelares especificados, previstos nos artigos 377.º e seguintes do Código de Processo Civil, qualquer procedimento próprio que permita tutelar a pretensão que se pretende valer em juízo⁴⁰⁶.

De destacar que, em nosso entendimento, a providência cautelar comum em causa teria natureza duplamente conservatória e antecipatória.

Teria natureza conservatória pela circunstância de acautelar o efeito útil da acção principal, isto é, evitar os danos que a delonga da acção principal poderia desencadear na esfera jurídica do fiador ou do devedor originário.

Seria também antecipatória, uma vez que visaria a antecipação da realização do direito que previsivelmente seria reconhecido na acção principal, isto é, o reconhecimento do abuso de direito, que tutelaria ou o fiador ou o devedor originário, atendendo ao caso concreto que se esteja a discutir em litígio.

Com a consagração, no Código de Processo Civil de 2013, da figura da inversão do contencioso, no seu artigo 369.^{o407}, o fiador ou o devedor originário poderiam ficar desonerados da apresentação em juízo da acção principal, ficando o pleito definitivamente decidido em sede cautelar.

Ressalve-se, por fim, que é nosso entendimento que o fiador, caso se verifique uma situação concreta de abuso de direito na não concretização da liberação por

⁴⁰⁶ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, cit., pp. 242, ensina que se a tutela jurídica pretendida pela parte não integrar nenhuma das providências nominadas e tipificadas no Código de Processo Civil, a parte que pretende a concretização da sua tutela jurisdicional terá de recorrer, necessariamente, ao procedimento cautelar comum.

⁴⁰⁷ Da interpretação do regime do artigo 369.º, entendemos existir três requisitos base para o seu deferimento: 1) as partes têm de requerer no seu requerimento inicial o pedido de inversão do contencioso, em cumprimento do princípio do dispositivo; 2) a formação da convicção segura, pelo tribunal, sobre a existência do direito a acautelar no julgamento e 3) a natureza da providência a decretar seja adequada a realizar a composição definitiva do litígio.

conduta imputável ao credor, pode actuar em juízo, na eventualidade de inércia por parte do devedor originário⁴⁰⁸.

Outra solução não seria admissível, sob pena de a tutela jurisdicional efectiva de que o fiador é titular na ordem jurídica ficar colocada em causa por conduta omissiva imputável ao devedor originário.

13. AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO ABUSO DO DIREITO

Verificado o abuso de direito e sendo o credor ou o devedor condenados, atendendo à situação em concreto e, uma vez mais, alumiados pelas situações padrão por nós tratadas neste parágrafo, cabe aquilatar qual seria a possível configuração da sentença e a condenação em concreto da parte perdedora⁴⁰⁹.

O artigo 334.º do Código Civil não nos fornece grandes pistas sobre as consequências concretas da verificação do abuso de direito⁴¹⁰, sendo certo que ADRIANO VAZ SERRA, nos Preparatórios do Código Civil de 1966, defendia que o efeito do abuso de direito não deveria ser fixado de maneira uniforme para todos os casos, alertando para o facto de o efeito do abuso de direito poder ser um dever de indemnização ou a possibilidade de remoção do que se fez (independentemente da culpa do agente)⁴¹¹.

Perante a letra do preceito, a constelação de consequências que o abuso de direito pode desencadear é vasta e não hermética, configurando assim uma solução dotada de

⁴⁰⁸ LOURENÇO NORONHA DOS SANTOS, *A Posição Jurídica do Prejudicado no Abuso de Direito*, in Revista de Direito Civil, Número II, Coimbra, 2016, pp. 401 e ss., defende que não vê obstáculos a que o fiador possa invocar em tribunal uma excepção de abuso de direito que o devedor tenha eventualmente contra o credor, sendo necessário a sua demonstração em juízo. Mais refere que o fiador poderá invocar contra o credor uma situação de desequilíbrio no exercício, denunciar *tu quoque*. Entende ainda que o *venire contra factum proprium* e a *suppressio* também poderão ser invocados nos tribunais pelo fiador, apesar de acarretarem problemas de prova, uma vez que a situação de confiança não é do fiador, mas do devedor.

⁴⁰⁹ PEDRO SANTOS, *Das Consequências do Abuso de Direito*, in Revista de Direito Civil, Número 0, Coimbra, 2015, pp. 216 e ss., em estudo autónomo, procura elencar as diferentes consequências que o abuso de direito pode acarretar no tráfego jurídico, fazendo referência, em primeiro lugar, à possibilidade de reacção extrajudicial através dos meios de autotutela, mormente em legítima defesa e acção directa. Em seguida, desenvolve as consequências do abuso de direito que têm de ser tramitadas em juízo: 1) responsabilidade civil; 2) supressão de um direito e cessação do concreto exercício abusivo; 3) restituição; 4) nulidade; 5) inoponibilidade; 6) legítima defesa; 7) alongamento dos prazos de prescrição e caducidade.

⁴¹⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código Civil Comentado I – Parte Geral*, p. 941, a propósito da matéria do conhecimento officioso do abuso de direito, refere que as consequências que se retiram do abuso de direito devem estar previstas no pedido formulado junto do Tribunal, atendendo ao princípio dispositivo.

⁴¹¹ ADRIANO VAZ SERRA, *Abuso do Direito em Matéria de Responsabilidade Civil*, BMJ, p. 257.

enorme plasticidade, que permite a adaptação ao caso concreto e aos interesses em jogo⁴¹².

Todavia, ressalve-se que obrigação de indemnizar, em sede de responsabilidade civil subjectiva, parece-nos ser uma das principais consequências da verificação de uma situação de abuso de direito⁴¹³.

Estamos, deste modo, perante uma tutela de natureza indemnizatória, devendo o fiador ou o devedor demonstrar todos os pressupostos de aplicação do instituto da responsabilidade civil.

Desta feita, para que haja a obrigação de indemnizar, o fiador ou o devedor originário deverão demonstrar danos de natureza patrimonial e não patrimonial que a conduta abusiva perpetrada gerou na sua esfera jurídica, afigurando-se ainda como necessário a demonstração dos demais pressupostos da imputação (facto, ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade entre o facto e o dano)⁴¹⁴.

Refira-se, porém, que nos casos em que se assiste a alterações sensíveis dos riscos da fiança relacionadas com o agravamento da situação patrimonial do devedor, a tutela indemnizatória poderá, pelo menos a curto/médio prazo, ter um efeito útil diminuto, atendendo à solvabilidade do devedor.

⁴¹² JORGE COUTINHO DE ABREU, *O Abuso de Direito – Ensaio de Um Critério em Direito Civil e nas Deliberações Sociais*, pp 76 e ss., destaca que o artigo 334.º do Código Civil não nos diz qual é a sanção e a consequência para o abuso de direito. Refere que o abuso de direito, sendo uma forma de antijuricidade ou de ilicitude, as consequências do comportamento abusivo terão de ser as mesmas que se verificam em qualquer actuação sem direito. Conclui dizendo que há lugar para a responsabilidade delitual se os pressupostos da imputação estiverem verificados.

⁴¹³ Cfr. refere PEDRO SANTOS, *Das Consequências do Abuso de Direito*, in *Revista de Direito Civil*, ob. Cit., p. 220.

⁴¹⁴ ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, Coimbra, 2007, pp. 565 e ss., enceta uma análise detalhada sobre as diferentes construções doutrinárias sobre a enumeração formal dos pressupostos da imputação delitual, chamando à colocação três esquemas: *i*) um esquema analítico, sufragado por MANUEL DE ANDRADE, PEREIRA COELHO, ADRIANO VAZ SERRA e ANTUNES VARELA, que distingue o facto, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade; *ii*) um esquema sintético, como o de FERNANDO PESSOA JORGE, que distingue acto ilícito e prejuízo reparável, ou o de MANUEL GOMES DA SILVA, que se baseia na imputação e dano e *iii*) um esquema intermédio entre estes dois, construído por CORTES ROSA, que distingue o sistema do nexo de causalidade, que parte da exigência de um nexo causal entre o acto ilícito e o dano ressarcível, o sistema da culpa, que só admite o ressarcimento dos danos abrangidos pela culpa do agente, e o sistema da ilicitude, que opera a delimitação dos danos indemnizáveis pela própria noção de ilicitude. Conclui a autora que a construção que se enquadra melhor numa visão funcionalista dos pressupostos da responsabilidade delitual é a de CORTES ROSA, a qual aponta para uma distinção fundamental que assenta na distinção entre pressupostos da responsabilidade delitual e os sistemas de imputação. Atendendo à enumeração formal dos pressupostos da responsabilidade civil aquiliana defendida, quer na doutrina, quer na jurisprudência dos tribunais superiores, e inexistindo razões de fundo que obstem à defesa desta construção, seguimos a mesma.

Parece-nos, porém, que poderão existir outras consequências capazes de tutelar de forma mais directa e intensa a posição jurídica do fiador ou do devedor originário.

Conforme refere PEDRO SANTOS⁴¹⁵, é possível que da decorrência de um acto abusivo, a supressão de um direito se mostre como a consequência mais adequada para um determinado caso em concreto.

Verificar-se-ia, deste modo, uma paralisação do direito do credor em recusar a liberação do fiador, sendo aquele condenado em juízo a aceitar a exoneração do garante, com a subsequente extinção da obrigação fidejussória.

Atendendo ao objecto em estudo, parece-nos que tal consequência poderá ter um papel relevante nesta sede, quer no que concerne às relações internas (fiador/devedor originário), quer nas relações externas (devedor originário/credor).

Concretizando, e na esteira das situações padrão acima indicadas, o credor que, à partida, seria titular de uma posição jurídica activa que lhe permitiria recusar um novo fiador idóneo indicado pelo devedor originário ou recusar a constituição de uma garantia real idónea em substituição da fiança originária, poderá, caso se verifique uma situação de abuso de direito, vir a ser condenado pelo tribunal na paralisação do exercício de tais posições jurídicas de vantagem.

Pode ainda o devedor ser exonerado da obrigação legal que sobre si impende, ao abrigo do artigo 648.º, alínea b), do Código Civil, nos casos em que o fiador actue com abuso de direito e venha a ser condenado, por sentença transitada em julgado, nesse sentido.

⁴¹⁵ Ver por todos, PEDRO SANTOS, *Das Consequências do Abuso de Direito*, in *Revista de Direito Civil*, ob. Cit., p. 224 e ss., indica que não se trata apenas de cessar um exercício concreto, indo além, uma vez que o direito, poder ou faculdade são retirados da esfera do exercente, não podendo, por aquela via, voltar a possuí-lo e, consequentemente, vir a fazer uso das suas faculdades.

Destarte, verificar-se-ia a neutralização das posições de que seria titular o credor, com a simultânea exoneração do fiador, no caso de abuso de direito por parte do credor, e a desoneração do devedor originário na concretização da liberação do fiador, nas situações em que este tenha gerado uma legítima expectativa naquele de que não iria exercer a posição de que era titular⁴¹⁶.

Com a condenação em juízo, transitada em julgada, assistir-se-ia à cessação concreta do exercício abusivo, quer seja pelo credor, quer seja pelo fiador.

⁴¹⁶ PEDRO SANTOS, *Das Consequências do Abuso de Direito*, in Revista de Direito Civil, ob. Cit., p. 225 e ss., salienta que a supressão de um direito e a cessação do concreto exercício abusivo se verifica com maior acuidade no âmbito da *suppressio*, indicado que a jurisprudência dos tribunais superiores portugueses tem feito utilização de tal consequência do abuso de direito. Diz ainda que esta consequência tenderá a ser aplicada no domínio dos Direitos Reais, mormente em sede de relações de vizinhança. Conclui, dizendo que esta consequência do abuso de direito também tem particular aplicabilidade nos casos de desequilíbrio no exercício, mormente nos casos de exercício danoso inútil ou de desproporção entre a vantagem do titular e o sacrifício imposto a outrem.

§ 7.º O REGIME DA ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS NA FIANÇA E A SUA EVENTUAL LIGAÇÃO COM O DIREITO DE LIBERAÇÃO DO FIADOR

14. A ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS NA FIANÇA

O direito aplica-se a situações de factos concretos da vida das pessoas, estabelecendo estas no tráfego jurídico relações jurídicas de maior ou menor intensidade.

Com efeito, existem vínculos contratuais com um carácter instantâneo e vínculos contratuais duradouros, como se verifica, por exemplo, nos contratos com prestações de execução continuada, ou nos contratos com prestações reiteradas, periódicas ou de trato sucessivo.

No primeiro tipo de vínculo, o factor tempo, à partida, não terá uma relevância de maior, uma vez que o vínculo obrigacional complexo tende a extinguir-se com o cumprimento das prestações principais e prestações secundárias pelas partes que integram o vínculo contratual, subsistindo apenas os deveres acessórios pós eficazes de lealdade informação e segurança, atendendo à realidade complexa da obrigação. É o exemplo clássico de um contrato de compra e venda de uma qualquer coisa móvel que qualquer pessoa, diariamente, celebra.

Por seu turno, no segundo tipo de vínculo, o tempo tem uma relevância maior, uma vez que o condicionalismo que norteou, *ab initio*, a celebração do contrato, pode alterar-se de forma abrupta e drástica, por motivos não imputáveis às partes e que estas não conjecturaram, ou não tinham mesmo como prever, no momento em que o contrato foi celebrado, pondo em causa o equilíbrio do mesmo e a subsistência do vínculo obrigacional.

Quando tais situações se verificam, poder-se-á recorrer ao instituto da alteração das circunstâncias, previsto entre nós no artigo 437.º, do Código Civil⁴¹⁷, caso os seus

⁴¹⁷ Sobre o instituto da alteração das circunstâncias, veja-se, entre tantos outros estudos possíveis de citar: ADRIANO VAZ SERRA, *Resolução ou Modificação dos Contratos por Alteração das Circunstâncias*, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, nº 68, Lisboa, 1957; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Alteração das Circunstâncias – A Concretização do Artigo 437.º do Código Civil*, à Luz da

pressupostos de aplicação se encontrem preenchidos, nos termos que em seguida tentaremos demonstrar.

A constituição pelo fiador de uma fiança que garanta determinada obrigação fungível ou infungível⁴¹⁸, e independentemente da natureza do contrato em causa (v.g. um arrendamento, um mútuo, uma compra e venda), está sempre condicionada, no momento da sua celebração, por determinado circunstancialismo das partes⁴¹⁹ que se vincularam.

Tal circunstancialismo, contemporâneo à constituição da fiança, pode modificar-se, fruto de múltiplos factores humanos, imputáveis às partes do triângulo fidejussório ou a terceiros que nada têm que ver com aquela relação jurídica ou, ainda, a factores naturais, não controláveis pelo Homem.

Cabe dizer, desde já, que o instituto da alteração das circunstâncias⁴²⁰, enquanto instituto jurídico de aplicação geral, ter-se-á de aplicar necessariamente à fiança⁴²¹,

Jurisprudência Posterior a 1974, Separata dos Estudos em Memória do Prof. Paulo Cunha, Lisboa, 1987, pp. 5-83; JANUÁRIO COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida – Sobre o Sentido e o Âmbito da Vinculação Como Fiador*, pp. 808 e ss.; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Onerosidade Excessiva por Alteração das Circunstâncias*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 65, Volume III, Lisboa, 2005, pp. 625 e ss. DIOGO PEREIRA DUARTE, *Modificação dos Contratos Segundo Juízos de Equidade (Contributo Para a Interpretação dos Artigos 252.º, n.º 2, e 437.º do Código Civil)*, in *O Direito*, 139, Lisboa, 2007, pp. 141-213; HENRIQUE ANTUNES, *A Alteração das Circunstâncias no Direito Europeu dos Contratos*, in *Cadernos de Direito Privado*, N.º 47, Coimbra, 2014, pp. 13 e ss.; DIOGO PEREIRA DUARTE, *Resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias: aplicação de um método à cessação e modificação do “Status Socii*, Lisboa, 2015; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, 6.ª reimp., Coimbra, 2015, pp. 903 e ss.; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A Crise e a Alteração das Circunstâncias*, in *Revista de Direito Civil*, Ano I, Coimbra, 2016, pp. 7-66; ANTÓNIO JOSÉ RODRIGUES, *Alteração das Circunstâncias e Eficácia Vinculativa do Negócio Jurídico – Sistema Jurídico Português e Sistema Jurídico Inglês*, in *Revista Jurídica AAFDL*, n.º 30, Lisboa, 2016, pp. 135-177.

⁴¹⁸ Conforme refere lapidarmente JANUÁRIO COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida – Sobre o Sentido e o Âmbito da Vinculação Como Fiador*, pp. 295 e ss., alicerçado na doutrina italiana, francesa e alemã, o entendimento dominante na doutrina é o que a infungibilidade da prestação não obsta o afiançar de tal obrigação, sendo certo, neste tipo de casos, o fiador garantir o cumprimento da obrigação secundária de ressarcimento dos danos. Refere, porém, que não há unanimidade em tal posição, referindo a posição de BISCONTINI, que na doutrina italiana entende não ser possível afiançar obrigação cujo cumprimento requeira o cumprimento de prestação infungível, uma vez que o credor não veria cumprido o seu interesse e não tinha como cumprir a obrigação, não sendo possível, igualmente, que a fiança servisse para o ressarcimento do dano

⁴¹⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Alteração das Circunstâncias – A Concretização do Artigo 437.º do Código Civil*, à *Luz da Jurisprudência Posterior a 1974*, in *Separata dos Estudos em Memória do Prof. Paulo Cunha*, p. 5 refere que, no Direito civil, diz-se alteração das circunstâncias à modificação do circunstancialismo que rodeia a celebração de contratos, permitindo o direito que o contrato se modifique ou, em casos mais gravosos, que se proceda à sua resolução.

⁴²⁰ ANTÓNIO JOSÉ RODRIGUES, *Alteração das Circunstâncias e Eficácia Vinculativa do Negócio Jurídico – Sistema Jurídico Português e Sistema Jurídico Inglês*, in *Revista Jurídica AAFDL*, n.º 30, p. 139, refere

que o instituto da alteração das circunstâncias tem origem milenares, sendo já previsto no Código de Hammarubi, do século XVIII a.C., que “se alguém tem um débito a juros, e uma tempestade devassa o campo ou destrói o trigo do campo, ou por falta de água não cresce o trigo no campo, ele não deverá nesse ano dar trigo ao credor, deverá mudar sua tábua de contrato e não pagar juros por esse ano”.

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, pp. 938 e ss. desenvolve, com grande profundidade, as origens históricas do instituto da alteração das circunstâncias. De forma mais sintética, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Alteração das Circunstâncias – A Concretização do Artigo 437.º do Código Civil, à Luz da Jurisprudência Posterior a 1974*, in *Separata dos Estudos em Memória do Prof. Paulo Cunha*, pp. 11 e ss., refere, a propósito da origem histórica do instituto da alteração das circunstâncias, que este está dominado por dúvidas e controvérsias tendo, parcialmente, origens greco-romanas, ganhando maior fulgor a partir do século XII com os canonistas através de Bártolo e a sua teoria da *clausula rebus sic standibus*, que penetrou no Direito comum nos séculos seguintes. No período do Humanismo Jurídico, sob o advento da Escola do Mos Gallicus, a *clausula rebus sic stantibus* foi abandonada. Os autores jusracionalistas foram, numa primeira fase do seu pensamento, favoráveis à figura, vindo, mais tarde, a rejeitar a mesma. Tal rejeição iria culminar no Código Napoleão, que não consagrou a figura e lhe negou qualquer tipo de relevância no Direito civil sob o dogma do respeito pontual dos contratos celebrados entres as partes.

Apesar de tudo, a alteração das circunstâncias, através da teoria da imprevisão, de base jurisprudencial ganhou grande acuidade em terras gaulesas, em sede da jurisprudência dos tribunais administrativos, sobretudo após as vicissitudes espoletadas pela Primeira Guerra Mundial (1914-1918) e a forma como o cumprimento de contratos se discutia em juízo.

Na Alemanha, sob e égide da terceira sistemática, a eficácia jurídica da alteração jurídica ganhou fulgor sob os estudos de Windscheid e a sua teoria da pressuposição.

Conforme refere PEDRO PAIS DE VASCONCELOS/PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9.ª ed., Coimbra, 2019, pp. 359 e ss., Windscheid, mantendo a perspectiva voluntarista e subjectivista procedeu à substituição do entendimento da antiga *cláusula rebus sic standibus*, entendida como uma estipulação implícita, por uma condição (não desenvolvida) pressuposta de que o ambiente circunstancial em que o contrato havia sido celebrado não se modificaria no futuro para perturbar o seu equilíbrio.

Trata-se, pois, da teoria da pressuposição que não teria assento no BGB, em virtudes das críticas que a doutrina alemã formulou a tal teoria, uma vez que como refere DIOGO PEREIRA DUARTE, *Modificação dos Contratos Segundo Juízos de Equidade (Contributo Para a Interpretação dos Artigos 252.º, n.º 2, e 437.º do Código Civil, ob. Cit., p. 147*, a grande crítica a esta teoria prende-se com o facto de a mesma permitir a extinção do negócio jurídico na circunstância de não ocorrer o facto que é objeto das pressuposição e sempre que a outra parte do negócio não desconhecesse ou não devesse desconhecer a sua relevância, o que geraria uma grande insegurança do tráfego jurídico.

Nos anos 20 do século XX, já sob a égide do BGB, PAUL OERTMANN desenvolveu a teoria da base do negócio, também de cunho subjectivista. A base do negócio seria a representação de uma parte, patente na conclusão de um negócio e reconhecida pela contraparte eventual, da existência ou do surgimento futuro de certas circunstâncias sobre cuja base se firma à vontade.

Apesar do grande sucesso que a fórmula da base do negócio tem entre nós, junto da mais elevada doutrina, sendo sufragada como autores como JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO ou ANTUNES VARELA, e pela jurisprudência proferida pelos tribunais superiores (a título meramente exemplificativo, o acórdão do STJ, de 18 de Junho de 2013, relativo ao processo 493/03.4TVLSB-A.L1.S1, Relator Moreira Alves; acórdão do STJ, de 02 de Novembro de 2014, relativo ao processo 1060/11.4T2STC.E1.S1, Relator Lopes do Rego; acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 22 de Maio de 2019, relativo ao processo 12356/17.1T8PRT-A.P1, Relator Paulo Dias da Silva), a verdade é que também tem sido objeto de críticas pela mais avalizada doutrina. Neste sentido, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Alteração das Circunstâncias – A Concretização do Artigo 437.º do Código Civil, à Luz da Jurisprudência Posterior a 1974*, p. 27 e ss. refere que a base do negócio é uma fórmula vazia.

Outras teorias foram sendo formulados pela doutrina germânica a propósito desta matéria, atendendo às críticas que foram também dirigidas à teoria da base do negócio.

Com efeito, e conforme nos ensina ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Alteração das Circunstâncias – A Concretização do Artigo 437.º do Código Civil, à Luz da Jurisprudência Posterior a 1974*, ob. Cit., pp. 30 e ss., perante o fracasso doutrinário da teoria da base do negócio, tentou-se desenvolver uma nova teoria, com recurso à teoria do risco, à tutela da confiança e à interpretação do contrato.

Entre outros, FLUME desenvolveu a teoria do risco, sufragando que a alteração superveniente das circunstâncias se deve encarar na perspectiva da relação entre o negócio jurídico e a realidade concreta. Este autor recusa uma solução unitária assente na lei, optando por soluções concretas e atendendo ao

desde que os seus pressupostos de aplicação se encontrem verificados, inexistindo quaisquer razões restritivas, ou qualquer norma legal ou princípio jurídico que obste que obstem à sua aplicação concreta no tráfego jurídico.

De ressaltar, porém, que não somos alheios às dificuldades que a aplicação do instituto da alteração das circunstâncias tem em situações jurídicas concretas, como a que acontece nas relações fidejussórias, atendendo, sobretudo, ao fim de garantia da fiança⁴²².

Entendemos que a alteração das circunstâncias terá dois âmbitos de aplicação distintos em sede de fiança. O primeiro, relativo à possibilidade de modificação ou

plano de risco de cada tipo contratual e a cada contrato em particular. Dever-se-ia, pois, atender ao risco típico de cada contrato sendo certo que, se passasse determinadas margens, o dano superveniente estaria fora do risco inerente à contratação.

⁴²¹ Com tal entendimento, JANUÁRIO COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida – Sobre o Sentido e o Âmbito da Vinculação Como Fiador*, pp. 820 e ss., referindo que, como princípio, o regime do artigo 437.º do Código Civil aplica-se à fiança.

⁴²² JANUÁRIO COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida – Sobre o Sentido e o Âmbito da Vinculação Como Fiador*, pp. 808 e ss., inicia a sua exposição sobre a fiança e alteração das circunstâncias com uma decisão dos tribunais alemães, em concreto o caso decidido pelo BGH, de 05 de Janeiro de 1995, na esteira de muitas outras decisões já proferidas, relativamente à aferição de ofensa aos bons costumes (*sittenwidrigkeit*), nos casos em que a mulher presta fiança, juntamente com o marido, conforme exigido pelas instituições bancárias para garantia de créditos, sem que esta tenha rendimentos ou conhecimentos da garantia pessoal que está a prestar e vindo a ser demandada, posteriormente. No caso do BGH, de 05 de Janeiro de 1995, uma mulher que exercia funções de doméstica na sua própria casa constituiu-se como fiadora, juntamente com o seu marido, no âmbito de um mútuo contraído por este, no valor de 280,000 marcos, por exigência da instituição de crédito. A fiadora não tinha rendimentos próprios, tendo-se esta posteriormente divorciado.

O credor demandou a fiadora para pagamento de 50,000 marcos, acrescido de juros de mora, a qual não teve sucesso, por falta de activos para pagamento da dívida exequenda. Num momento posterior, o fiador intentou acção judicial contra o banco, requerendo a nulidade da fiança, pelo facto de esta atentar contra os bons costumes. O BGH diz que existiu uma clara desproporção entre o âmbito da vinculação do fiador e a sua capacidade de cumprimento da obrigação fidejussória. O tribunal ressalva os problemas que uma exoneração, em virtude da ligação conjugal entre os fiadores e a possibilidade de transferência de patrimónios para o cônjuge com fins de ordem fiscal e responsabilidade patrimonial, poderia acarretar para os credores. O tribunal, com a liberação da fiadora da obrigação fidejussória, determina a fiança ineficaz, uma vez que foi provado, em juízo, que o banco apenas exigiu a constituição da fiança, pela fiadora, para evitar transferências patrimoniais ilícitas entre os cônjuges e com o fito de se furtar ao cumprimento do pagamento do crédito. Com a verificação do divórcio a razão de ser da fiança deixou de existir, uma vez que não mais seria possível a deslocação de patrimónios e sendo que a manutenção da fiança violaria a boa fé.

Quanto a nós, parece-nos que bem andou o BGH na decisão por si tomada.

Todavia, parece-nos que não podemos ser alheios à circunstância, por vezes comum, no tráfego de divórcios de natureza fictícia e fraudulenta com o intuito de um dos cônjuges, a braços com execuções e obrigações em dívida, proteger o património familiar e a posição do outro cônjuge, mantendo-se, então, materialmente, o vínculo entre ambos. Nestes casos, a prova em juízo da não quebra efectiva do vínculo poderá ser difícil, levando assim, consequentemente, a que os credores possam vir a ser desprotegidos, por recurso a tal mecanismo fraudulento.

Saliente-se que a decisão do BGH, conforme refere pormenorizadamente JANUÁRIO COSTA GOMES, não mereceu o aplauso unânime da doutrina germânica, defendendo TIEDTKE Renicke/Tiedtke que o acórdão do BGH, de 05 de Janeiro de 1995, em análise, deveria ter declarado a fiança nula por ofensa aos bons costumes. A decisão em causa é, igualmente, criticada pela circunstância de não tutelar integralmente a fiador, uma vez que não respondia apenas totalmente.

resolução do contrato ou da obrigação originária ou principal, na terminologia clássica, com reflexos directos na obrigação fidejussória, em virtude da acessoriedade desta garantia pessoal⁴²³; o segundo, circunscrito à possibilidade de alteração da fiança *tout court*, sem ligação directa com a obrigação originária do devedor.

A doutrina alemã, bem como a jurisprudência dos seus tribunais, tem vindo, maioritariamente, a considerar que, atendendo ao fim de garantia da fiança, o fiador não poderá recorrer ao instituto da alteração das circunstâncias⁴²⁴, com o objetivo de tornar ineficaz a fiança prestada.

Entre nós, a jurisprudência não se tem pronunciado com grande frequência sobre a possibilidade de aplicação do regime da alteração das circunstâncias nas fianças, por referência ao regime do artigo 437.º, do Código Civil, não tendo sido fácil deslindar uma grande multiplicidade de acórdãos que se tenham debruçado sobre esta questão. Citar-se-á, em seguida, três acórdãos das instâncias jurisdicionais superiores nacionais em que este assunto foi objeto de análise e tratamento:

Rcb – 20 de Março de 2012 (Manuel Capelo)⁴²⁵ – Não deve proceder o pedido de extinção da execução de crédito garantido por fiança, porquanto o divórcio não constitui nenhuma alteração anormal das circunstâncias, uma vez que a fiadora não logrou provar que o casamento com o cofiador e administrador da sociedade devedora foi condição para a afiançar o crédito.

STJ – 27 de Janeiro de 2015 (Relator Fonseca Ramos)⁴²⁶ – O recorrente, ao contratar, em 06.06.2007, nos termos em que o fez com a instituição bancária exequente, fundou a sua decisão de assumir a qualidade de fiador e principal pagador, num ambiente económico e financeiro muito instável, conhecendo as condições que a instituição bancária oferecia e aceitando-as, sabendo da extensão do contrato – a

⁴²³ De acordo com o que dissemos *supra*, p. 15, a acessoriedade é um dos pilares sobre os quais se alicerça a fiança, estando o mesmo expressamente consagrado na nossa ordem jurídica no artigo 627.º

⁴²⁴ Conforme refere de forma clara, JANUÁRIO COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, *ob. Cit.*, pp. 811 e ss.

⁴²⁵ Cfr. acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 20 de Março de 2012, relativo ao processo 2421/09.4TBVIS-A.C1, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>.

⁴²⁶ Cfr. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27 de Janeiro de 2015, relativo ao processo 876/12.9TBBNV-A.L1.S1, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>.

amortização far-se-ia em 540 prestações mensais ao longo de 45 anos – não podendo, pois, sobretudo sendo Advogado, ignorar que o país já se encontrava em crise financeira, com degradação das condições económicas de grande parte da população, crise que o afectou como ao comum dos cidadãos e, por tal, não se pode considerar anómala, imprevista, como factor com que ninguém poderia contar sendo, ademais, coeva da vinculação contratual e, muito previsivelmente, futura. Não sendo imprevista nem anómala a alteração superveniente com o advento da crise económica que assolou o país, não se verifica o condicionalismo previsto no artigo 437.º, número 1, do Código Civil.

Rpt– 22 de Maio de 2019 (Relator Paulo Dias da Silva)⁴²⁷ – O facto de o fiador ter renunciado ao benefício da excussão prévia nos termos do artigo 640.º, alínea a), do Código Civil, não importa, sem mais, que se vincule à perda do benefício do prazo do devedor em termos de afastar a norma supletiva do artigo 782.º.

A resolução ou modificação do negócio jurídico por alteração das circunstâncias, nos termos do artigo 437.º, número 1, do Código Civil, impõe a demonstração (a cargo de quem se queira prevalecer desse instituto e além do mais) da lesão, que a alteração provocou prejuízos e estes, não cobertos pelo risco próprio do negócio, têm de ser de tal monta que permitam concluir que a exigência das obrigações assumidas pelo lesado afeta gravemente os princípios da boa fé.

Compulsada a parca jurisprudência dos tribunais superiores nacionais sobre esta matéria, concluímos que as nossas instâncias recursórias não aplicaram a alteração das circunstâncias aos casos de fiança, com a subsequente modificação ou extinção da obrigação fidejussória.

Feito este breve périplo jurisprudencial, cabe destacar que a quebra financeira do devedor originário, de forma inesperada e abrupta e não configurável no momento da constituição da fiança, ou a impossibilidade fáctica de cumprir com a obrigação originária, em momento posterior, não poderão consistir, de forma isolada e por si só,

⁴²⁷ Cfr. acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 22 de Maio de 2019, relativo ao processo 12356/17, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>.

uma causa de alteração das circunstâncias, uma vez que tal risco seria, ainda que em termos hipotéticos, conjecturável na fase em que a obrigação fidejussória nasce⁴²⁸.

É importante não se esquecer que o cumprimento da obrigação fidejussória, caso o devedor originário incumpra a obrigação a que se vinculou, está geneticamente ligado a este instituto, sem o qual o mesmo deixaria de ter operacionalidade no tráfego, retraindo o comércio ou dificultando-o, sendo ponto assente e indiscutível que a fiança é um negócio jurídico de risco, como tantas vezes neste escrito já destacámos.

O cumprimento da obrigação fidejussória, em caso de inadimplemento do devedor originário, é um risco fidejussório típico e, a nosso ver, constitui o risco que molda a espinha dorsal desta garantia pessoal.

Voltando ao regime do artigo 437.º, do Código Civil, cabe determinar em que termos este regime legal se pode aplicar nas relações fidejussórias e os pontos de contacto e de afastamento deste instituto com o direito de liberação do fiador.

Como ponto prévio, partimos da ideia de que nenhuma das teorias que têm vindo a ser ensaiadas pela doutrina explicam e concretizam cabalmente o instituto da alteração das circunstâncias⁴²⁹.

É ponto assente que as normas de risco vigoram nas contemporâneas sociedades técnicas onde nos inserimos, tendo como desiderato a tutela dos sujeitos que as integram.

Sendo a fiança um negócio de risco, a verdade é que o fiador não poderá ficar desprotegido de riscos supervenientes e não previsíveis.

Afastar liminarmente a aplicação do instituto jurídico da alteração das circunstâncias à fiança, sem uma tutela efetiva do fiador por verificação de factos supervenientes que permitam a sua aplicação poderá ser contraproducente no tráfego, retraindo os sujeitos da assunção de tal garantia pessoal.

⁴²⁸ JANUÁRIO COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, ob. Cit, p. 812, na senda da doutrina alemã, frisa que não é objecto de controvérsia o facto de o garante não poder alegar a quebra financeira superveniente do devedor, e *ab initio* não conjecturável, uma vez que tal risco é típico da fiança. Destaca, todavia, que não obstante tal entendimento, a maioria da civilística alemã admite a aplicação deste instituto em sede de fiança apesar das muitas reservas com que o fazem.

⁴²⁹ Conforme refere lapidarmente ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Alteração das Circunstâncias – A Concretização do Artigo 437.º do Código Civil, à Luz da Jurisprudência Posterior a 1974*, p. 42, referindo que nenhuma das soluções ensaiadas logra, por si só, explicar cabalmente o instituto jurídico da alteração das circunstâncias.

Vimos, porém, que não é qualquer alteração superveniente que permite a aplicação do instituto da alteração das circunstâncias.

Assim, a quebra económica do devedor originário, entendida de forma isolada e espoletada por uma contestação hipotética de situações configuráveis, v.g. insolvência da sociedade de que era sócio-gerente e de onde retirava integralmente os seus rendimentos; o desemprego do devedor originário que culmine na sua insolvência, o divórcio do devedor originário com uma quebra abrupta dos rendimentos por comparação àqueles auferidos na constância do matrimónio, e que desemboquem na sua insolvência e demanda directa do fiador para cumprimento da obrigação fidejussória, não integra, por si só, alteração das circunstâncias.

Pergunta-se, então, quais as situações concretas no tráfego jurídico que permitem a aplicação do regime da alteração das circunstâncias em sede de fiança.

Dar uma resposta a esta pergunta é tarefa complexa e difícil de ensaiar, o que não obsta a que tentemos fazê-lo.

Em primeiro lugar, parece-nos ser inegável que, atendendo à letra da lei, e nunca podendo o intérprete aplicador fugir totalmente do elemento literal do articulado legal em causa, e que serve de ponto de partida da interpretação, que o regime do artigo 437.º, do Código Civil, tem um forte pendor subjectivista⁴³⁰.

Assim sendo, entendemos que o primeiro passo a seguir será o de analisar as circunstâncias que levaram o fiador a aceitar a constituição de tal garantia pessoal⁴³¹, ou seja, qual a vontade real do fiador aquando da constituição da fiança, com a subsequente necessidade de indagação do tipo e dos contornos concretos da relação encetada entre o devedor originário e o garante e a eventual dependência do primeiro perante o segundo. O passo subsequente será interpretar o contrato base subjacente à obrigação afiançada.

Contudo, julgamos que os passos supracitados nem sempre serão de fácil concretização.

⁴³⁰ DIOGO PEREIRA DUARTE, *Modificação dos Contratos Segundo Juízos de Equidade (Contributo Para a Interpretação dos Artigos 252.º, n.º 2, e 437.º do Código Civil, ob. Cit.* p. 146, refere, expressamente, que a teoria da pressuposição e a teoria da base do negócio, de forma conjugada, se convolveram no actual regime expresso no artigo 437.º, do Código Civil.

⁴³¹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Alteração das Circunstâncias – A Concretização do Artigo 437.º do Código Civil, à Luz da Jurisprudência Posterior a 1974*, p. 47, ensina que a contratação é domínio da autonomia privada, sendo a vontade das partes o meio mais adequado e idóneo para aferir eventuais alterações das circunstâncias.

Destarte, se muito vezes a vontade das partes é ampla e detalhadamente plasmada nos clausulados contratuais, mormente nos seus considerandos⁴³², a verdade é que tal circunstancialismo tende a verificar-se, com maior acuidade, em operações de maior complexidade, tendencialmente entre sociedades comerciais, sobretudo anónimas mais robustas e que celebram negócios jurídicos de maior dimensão e nos quais, muitas vezes, está envolvida a assessoria jurídica profissional.

Por contraponto, nos contratos civis celebrados por particulares, e na sequência dos quais são constituídas fianças, a vontade das partes está, tendencialmente, plasmada nos contratos celebrados.

O mesmo se parece verificar nas sociedades comerciais menos desenvolvidas e que celebram negócios jurídicos de menor dimensão, nos quais tenha sido constituída uma fiança.

O circunstancialismo verificado nos dois parágrafos antecedentes parece resultar, por um lado, da letra do artigo 628.º, número 1, do Código Civil, o qual determina que a vontade de prestar fiança deve ser expressamente declarada pela forma exigida para a obrigação principal e, por outro lado, do disposto no artigo 219.º, do Código Civil, que consagra na nossa ordem jurídica a regra da consensualidade ou da liberdade de forma, na esteira do anterior Código de Seabra⁴³³, permitindo que no tráfego existiam fianças

⁴³² É facto notório que os contratos celebrados nos países de direito anglo-saxónico são dominados pelo rigor detalhado dos seus clausulados, tentando as partes prever, quase *ad nauseam*, todos os pontos que tal contrato poderá desencadear nas suas vidas. Sobre este fenómeno veja-se, MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Estrutura Contratual Anglo-Saxónica Versus Direito Civil, Um Caso Típico da Diferença – A Cláusula Warranty*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 56, Lisboa, 1996. pp. 1118 e ss., no qual refere que nos países da *Common Law*, ao contrário do que ocorre nos países de direito continental no qual Portugal se insere, vigora a prática de que se o contrato prevê a situação e seguir-se-á o que aí é determinado. Caso o contrato não preveja ou nada diga não se pode esperar muito da lei para resolver a situação jurídica omissa e não regulada, não se esperando que a lei vá ajudar a resolver tal lacuna contratual.

⁴³³ JANUÁRIO COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida – Sobre o Sentido e o Âmbito da Vinculação Como Fiador*, pp. 414 e ss., a propósito da forma exigida para a declaração de fiança, refere que a doutrina coeva da preparação do Código Civil sufraga que uma das principais razões de exigência de forma das declarações negociais se prende com a ponderação do declarante no negócio a que se está a vincular, o que se verificava no caso da fiança, pelo que a solução impressa pelo legislador no artigo 628.º, número 1, do Código Civil, seria autista relativamente à especificidade da fiança.

Alerta que VAZ SERRA, no âmbito dos trabalhos preparatórios, estava consciencializado para os perigos que a constituição da fiança poderia acarretar para o fiador, sobretudo se esta pudesse ser celebrada de forma leviana e precipitada, sem qualquer necessidade de exigência de forma especial. Por tal razão, defendeu que a declaração de prestar fiança deveria ser clara e por escrito, pugnando maiores exigências formais no caso de a obrigação principal assim o exigir.

JANUÁRIO COSTA GOMES, fazendo uma interpretação sistemática de várias normas do nosso ordenamento jurídico, concluiu que o artigo 628.º, número 1, do Código Civil, impõe como forma mínima da fiança a sua redução a escrito.

Este entendimento não é, porém, pacífico na doutrina portuguesa.

consensuais, não obstante as críticas⁴³⁴ que podem ser apontadas ao nosso legislador na redacção dos preceitos em causa.

Assim sendo, nas fianças civis, o contrato tende a ser totalmente omissivo no que concerne aos meandros da vontade do fiador na sua vinculação, ou a ser insuficiente para aquilatar as razões subjacentes à constituição de tal garantia pessoal.

A verificar-se tal circunstância, a única possibilidade será reconstruir a vontade do fiador no momento contemporâneo ao da constituição da fiança, com recurso à prova testemunhal ou por declarações de parte por si a produzir (caso haja litígio). Poderá, ainda, socorrer-se da prova documental eventualmente existente, por exemplo, trocas de correios electrónicos, cartas, faxes, mensagens de telemóvel, mensagens nas redes sociais entre o fiador e o devedor originário, que conseguiram demonstrar as razões subjectivas que estiveram na origem da constituição da fiança.

O grande problema na aferição da vontade real do fiador aquando da constituição da fiança, nas situações concretas acima apontadas, é um problema de prova a produzir em tribunal, caso ocorra um litígio judicial entre as partes do triângulo fidejussório, espoletado, normalmente, pelo incumprimento da obrigação originária.

Apesar das vicissitudes probatórias apontadas, o intérprete-aplicador não pode ficar bloqueado na sua aplicação concreta do direito, razão pela qual terá de recorrer aos concretos meios de prova que tem ao seu dispor para tentar aquilatar a vontade do fiador e o circunstancialismo que envolveu a assunção de tal garantia pessoal, mormente às

Assim, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, I, (Artigos 1.º a 761.º), *ob. Cit.*, p. 645 entendem que a forma da fiança é a exigida para a obrigação principal podendo, assim, bastar a declaração verbal, não se exigindo sempre, como chegou a ser proposto por VAZ SERRA, a forma escrita, como decorre do § 766 BGB e do artigo 493.º do ZGB.

A jurisprudência dos tribunais superiores parece seguir o entendimento de PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, conforme resulta, entre tantos outros, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14 de Março de 2003, relativo ao processo 02B2620, Relator Araújo Barros e o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27 de Março de 2003, relativo ao processo 03A1282, Relator Ribeiro de Almeida, pesquisáveis em www.dgsi.pt.

JANUÁRIO COSTA GOMES chama à colação que a solução do nosso Código Civil é original por comparação com o BGB ou com o *Codice*.

Ressalva que no direito francês antigo, POTHIER defendia a liberdade de forma na fiança, tendo esta solução passado para o *Code*, apesar de o direito francês prever situações em que a fiança é formal e não consensual.

No direito alemão a declaração de assunção da fiança necessita de ser reduzida a escrito, tendo em conta a função de prevenção ou de aviso ao fiador perante os perigos que a fiança acarreta.

⁴³⁴ Parece-nos, assim, que atendendo à lição do direito comparado, aos riscos pesados que a fiança pode acarretar para o fiador e aos usos no tráfego, sobretudo nas relações bancárias e comerciais, que a fiança deve revestir, no mínimo, forma escrita.

declarações de parte, previstas entre nós no artigo 466.º do Código de Processo Civil, as quais são livremente apreciadas pelo tribunal..

Analisado o circunstancialismo que envolveu a constituição da obrigação fidejussória, e sempre alumiados pela dificuldade que tal tarefa pode acarretar no tráfego jurídico, cabe verificar quais as situações que permitem aplicar a alteração das circunstâncias nas relações fidejussórias, alterando ou extinguindo a fiança.

Alguma doutrina desenvolveu a matéria das *grandes alterações das circunstâncias*⁴³⁵, enquanto modificações centrais e estruturais que colidam com a globalidade das variantes económicas e sociais sobre as quais se alicerçam as contemporâneas sociedades em que nos inserimos⁴³⁶.

A temática *das grandes alterações das circunstâncias* não encontra acolhimento em parte da civilística nacional⁴³⁷.

Alguns dos acontecimentos padrão⁴³⁸ que, hipoteticamente, se inserem nas *grandes alterações das circunstâncias*, incluem a desvalorização acentuada da moeda⁴³⁹, de forma abrupta, expressiva e não previsível; a inflação intensa, que resulta, muitas vezes, em fenómenos de hiperinflação, como aquela que se verificou em muitos países da América Latina nos anos 80 do século XX; a mudança das taxas de câmbio; o

⁴³⁵ Sobre este assunto, ver por todos, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Alteração das Circunstâncias – A Concretização do Artigo 437.º do Código Civil, à Luz da Jurisprudência Posterior a 1974*, pp. 71 e ss.

⁴³⁶ Sobre a matéria relativa às “grandes alterações das circunstâncias” e às várias posições doutrinárias sobre o tema ver por todos, JOSÉ FERREIRA GOMES, *Contratos de M&A em Tempos de Pandemia: Impossibilidade, Alteração das Circunstâncias e Cláusulas MAC, Hardship e Força Maior*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Ano LXI, N.º 1, Lisboa, 2020, pp. 370 e ss.

⁴³⁷ É o caso de PAULO MOTA PINTO, *Contrato de Swap de Taxas de Juro, Jogo e Aposta e Alteração das Circunstâncias que Fundaram a Decisão de Contratar*, in *RLJ*, ano 143º, n.º 3988, Coimbra, 2014 p. 34, que defende as “grandes alterações das circunstâncias não têm relevo dogmático, nem diferença de regime legal.”

⁴³⁸ A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Novo Coronavírus e Crise Contratual Anotação ao Código Civil (Cord. Catarina Monteiro Pires)*, Lisboa, 2020, p. 62, alerta para o facto de a verificação de crises económicas e conflitos bélicos e sociais suscitarem a aplicação do instituto da alteração das circunstâncias.

⁴³⁹ Entre tantos outros acórdãos possíveis de citar: acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 04 de Julho de 1994, relativo ao processo 9311211, pesquisável em <http://www.dgsi.pt>, no qual foi determinado que: “[...] entre as alterações anormais das circunstâncias a atender para efeitos da aplicação do disposto no artigo 437 do Código Civil pode contar-se a desvalorização da moeda e a inflação. Porém, para merecer a tutela prevista nesse preceito terá essa desvalorização de ser abrupta e excessiva e, ainda, imprevisível [...]”. Ressalve-se, porém, que nem todos os fenómenos de inflação permitem que se aplique o instituto da alteração das circunstâncias, sendo certo que caso esta seja previsível, não será de aplicar tal regime. Nesse sentido, veja-se, por exemplo, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 29 de Setembro de 1992, relativo ao processo: 082473, que aqui citamos: “[...] Se, na época da celebração do contrato-promessa, era notória a acentuada desvalorização da moeda com alto índice de inflação, não constitui alteração anormal das circunstâncias o facto de tal situação se manter, passados mais de três anos, quando o Autor, com base nela, pede subsidiariamente a modificação do contrato [...]”.

aumento exponencial da necessidade de divisas estrangeiras; o surgimento de cataclismos naturais de grande magnitude (incêndios, terremotos, maremotos, tempestades, pandemias) ou o surgimento de conflitos armados (guerras, rebeliões, revoluções⁴⁴⁰).

Parece-nos, assim, ter operacionalidade⁴⁴¹ a teoria defendida por KEGEL⁴⁴², que desenvolve o conceito de “grande base do negócio”⁴⁴³, o qual integraria todas as situações anormais e imprevisíveis referidas no parágrafo anterior⁴⁴⁴, entre outras a configurar, na esteira das teorias do risco sobre esta matéria⁴⁴⁵.

Ressalve-se que todas as circunstâncias *supra* referenciadas não permitem, desde logo, a aplicação do regime legal previsto no artigo 437.º, do Código Civil.

⁴⁴⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Alteração das Circunstâncias – A Concretização do Artigo 437.º do Código Civil, à Luz da Jurisprudência Posterior a 1974*, p.71 salienta que os acontecimentos subsequentes à Revolução de 25 de Abril de 1974 podem, de certo modo, considerar-se como um fenómeno de grande alteração das circunstâncias.

⁴⁴¹ A “teoria da grande base do negócio” é aplicada pela jurisprudência dos nossos tribunais superiores, referindo-se, a título meramente exemplificativo, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14 de Junho de 2012, relativo ao processo 187/10.4TVLSB.L2-2, Relator: Sérgio Almeida, pesquisável em www.dgsi.pt.

⁴⁴² Sobre esta teoria, veja-se, com grande detalhe, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, pp. 1053 e ss. De forma mais concisa, e do mesmo autor, *Da Alteração das Circunstâncias – A Concretização do Artigo 437.º do Código Civil, à Luz da Jurisprudência Posterior a 1974*, p.71 e *Direito Bancário e Alteração das Circunstâncias*, in *Revista de Direito das Sociedades*, ano VI, n.º 2, Coimbra, 2014, pp.373 e ss.

⁴⁴³ De acordo com a teoria de KEGEL, existiria a aplicação da alteração das circunstâncias quando a mesma tivesse origem num perigo não concreto e individualizado, mas sim num perigo comunitário, de massas, natural ou causado pelo Estado que, transcendendo o domínio das partes do negócio, surgisse como fruto de um risco globalmente suportado. Discordamos deste autor quando diz, a propósito da “grande base do negócio”, que deveria ser utilizada, como indicador base a adaptar-se, uma repartição do dano metade por metade. Salvo melhor entendimento, nunca poderá haver um juízo prévio no que concerne à repartição dos danos causados pela alteração das circunstâncias. Tudo dependerá do caso concreto.

⁴⁴⁴ Em sentido crítico, ver por todos, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Alteração das Circunstâncias – A Concretização do Artigo 437.º do Código Civil, à Luz da Jurisprudência Posterior a 1974*, p.71, nota de rodapé (125), entende que esta construção é criticável, referindo que a ocorrência de acontecimentos catastróficos, como guerras ou crises, terá de dar lugar à aplicação de juízos políticos de solidariedade, devendo os danos ser repartidos entre os contraentes e o Estado.

Salvo o devido respeito por tal entendimento, por referência à nossa ordem jurídica e não obstante a coexistência de três sectores de propriedade dos meios de produção (público, privado e cooperativo), conforme resulta no artigo 82.º, da Constituição da República Portuguesa, a verdade é que a sociedade contemporânea na qual nos inserimos prevalece a economia de mercado, sendo a intervenção do Estado, em relação aos negócios jurídicos dos particulares, restrita e tendo de cumprir parâmetros apertados.

Posto isto, regra geral, em Direito civil, entendemos que os danos devem ser repartidos apenas entre as partes do contrato, em concreto, perante o credor, o devedor originário e o fiador caso haja alteração das circunstâncias e não devendo o Estado intervir nesta sede.

⁴⁴⁵ A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Novo Coronavírus e Crise Contratual Anotação ao Código Civil*, p. 63. A propósito da teoria de KEGEL, refere que apesar de tal teoria ser apelativa do ponto de vista expositivo, não tem relevância dogmática aplicando-se o regime do artigo 437.º do Código Civil quer às grandes como às pequenas alterações das circunstâncias.

Com efeito, e em primeiro lugar, as partes podem ter expressamente previsto nos seus clausulados contratuais, no âmbito da sua autonomia privada, e no estrito cumprimento do disposto no artigo 405.º, do Código Civil, que a verificação das circunstâncias acima apontadas não permitiriam a aplicação da alteração das circunstâncias, obviando à modificação ou resolução do contrato.

Contudo, e conforme acima dissemos, entendemos que, grosso modo, nas fianças civis, tais tipos de cláusulas tendem a não ser previstas no tráfego.

Em segundo lugar, a constelação de situações padrão que permitem a aplicação da alteração das circunstâncias é apenas um pré-requisito para que o intérprete-aplicador possa aquilatar se este instituto se pode aplicar num determinado caso concreto.

Passado este primeiro passo, e necessariamente sempre alumiados pelas circunstâncias em que a obrigação originária e a fiança foram constituídas, ter-se-á de analisar se a superveniência da alteração anormal de tais circunstâncias gera uma grave lesão para o equilíbrio contratual à luz do princípio da boa fé para as partes que compõem o triângulo fidejussório (credor, devedor originário e fiador), sendo sempre, porém, obrigatório analisar se a ocorrência de tais circunstâncias estão cobertas pelo risco próprio da fiança.

A boa fé, enquanto norma de conduta e enquanto conceito de natureza indeterminada, tem uma relevância essencial nesta matéria, exprimindo as valorações que constituem a espinha dorsal pela qual se rege o nosso ordenamento jurídico.

Todas as situações concretas que hipoteticamente permitem a aplicação da alteração das circunstâncias irão, à partida, colocar o devedor originário e o fiador numa situação económica/financeira que estes não apresentavam no momento em que se vincularam.

Se o devedor originário, não obstante a alteração das circunstâncias efectivamente vivenciadas, conseguir cumprir perante o credor a sua obrigação (v.g. conseguir continuar a pagar pontualmente ao banqueiro o mútuo por si contraído há vários anos para aquisição da sua casa de morada de família, como sempre o fez), o artigo 437.º do Código Civil não terá aplicação.

O mesmo se passa se o fiador, não obstante a verificação de alterações supervenientes, conseguir, mesmo assim, garantir o cumprimento da obrigação fidejussória.

Na eventualidade de o fiador ou o devedor originário não conseguirem cumprir com as obrigações a que estavam inicialmente adstritos, por verificação efectiva de alterações anormais, ter-se-á de deslindar a posição concreta em que cada uma das partes que compõem o triângulo fidejussório ficará, caso lhes seja exigido tal cumprimento.

A posição do credor é, à partida, a mais confortável, uma vez que, em termos gerais, tem legitimidade para exigir o cumprimento da obrigação perante o devedor originário e perante o fiador, mesmo que este tenha renunciado ao benefício da excussão prévia.

Por oposição, a posição do devedor originário e do fiador será a mais frágil, uma vez que a exigência do cumprimento da obrigação perante o credor poderá colocar em causa o seu património, desencadeando, *maxime*, a insolvência de um ou de ambos.

Tendo em conta tal facto, parece claro que se deverá analisar o equilíbrio da relação jurídica complexa que une o credor, o devedor originário e o fiador e as consequências que a sua prossecução, nos exactos termos definidos *ab initio*, poderão acarretar para as partes, mormente a sua quebra financeira de modo irreversível.

Mais uma vez, e por referência à constelação de situações acima referidas, parece-nos que, a verificar-se uma situação de alteração das circunstâncias, na qual o devedor originário ou o fiador fiquem numa situação financeira periclitante, espoletada por uma crise cambial, de desvalorização da moeda e de hiperinflação e na sequência da qual o devedor originário incumpra e o fiador é demandado pelo credor, por exemplo, uma instituição de crédito, para cumprir integralmente com a obrigação fidejussória, entendemos que a relação jurídica em causa deverá ser alterada e, em casos mais graves, extinta, com a subsequente resolução do contrato, por aplicação do regime do artigo 437.º, do Código Civil.

A solução terá de ser, necessariamente esta, uma vez que existe uma desproporção violadora dos ditames da boa fé entre o âmbito da vinculação e a capacidade de cumprimento, tornando, irremediavelmente, a fiança ineficaz⁴⁴⁶.

A modificação da obrigação afiançada tem um conteúdo iminentemente variável, podendo concretizar-se, por exemplo, na diminuição do valor da obrigação fidejussória, na dilatação do tempo do seu cumprimento ou no estabelecimento de uma moratória.

Deste modo, caso se alterem os termos da obrigação afiançada, o fiador terá de a cumprir, nesses exactos moldes, o que para si será, à partida, uma posição de vantagem perante os termos da obrigação fidejussória inicial a que se vinculou.

Por seu turno, se se verificar a extinção da obrigação do devedor originário por decorrência da alteração das circunstâncias, a fiança também se extinguirá de imediato em virtude da acessoriedade de que está imbuída esta garantia pessoal, conforme decorre, desde logo, do artigo 627.º, número 2, do Código Civil.

A alteração ou extinção da obrigação por decorrência da alteração das circunstâncias parece-nos ser a solução mais equilibrada, atendendo aos vectores do sistema jurídica em que nos inserimos.

Com efeito, caso o devedor originário e o fiador fossem demandados para pagar nos termos inicialmente definidos, ficariam numa posição económica frágil que poderia levar, em última instância, também à sua insolvência, por inexistência de meios suficientes para cumprir com a obrigação que o primeiro se vinculou e a que o segundo afiançou.

Por seu turno, existem muitas situações no tráfego nas quais o credor poderá ver o seu crédito integralmente pago pelo devedor originário ou pelo fiador, sem que tal tivesse qualquer repercussão de relevo na sua esfera jurídica patrimonial, que ficaria praticamente inalterada, por oposição a estas duas partes da relação fidejussória, que ficariam numa posição económica/financeira periclitante e, em muitos casos, de modo irremediável.

⁴⁴⁶ JANUÁRIO COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida – Sobre o Sentido e o Âmbito da Vinculação Como Fiador*, pp. 811 e ss. refere, quando procede à análise da doutrina e jurisprudência alemãs, que caso se verificasse a aplicação do instituto da alteração das circunstâncias a fiança tornar-se-ia ineficaz.

Tal situação é particularmente flagrante nas situações em que o credor é uma sociedade comercial com robustez financeira, v.g., uma instituição de crédito.

O cumprimento pontual da obrigação nos seus termos primitivos resultaria, pois, numa onerosidade excessiva⁴⁴⁷, atentatória dos ditames da boa fé.

Destarte, deverá a obrigação originária ou a fiança, atendendo ao caso concreto, ser modificada, atendendo às alterações supervenientes e anormais vivenciadas, de modo a que se atinja um equilíbrio equitativo entre a posição do credor, do devedor originário e do fiador.

É importante, contudo, salientar que não esquecemos que a extinção da obrigação fidejussória tem um cunho vincadamente excepcional e carece de uma análise aprimorada do caso concreto para que o intérprete-aplicador possa chegar a tal conclusão⁴⁴⁸.

Aqui chegados, concluímos, curiosamente, que, apesar de a quebra financeira do fiador não integrar, por si só, uma das situações padrão de alteração das circunstâncias, a verdade é que esta causa estará, na maioria das vezes, a jusante das situações típicas de alteração das circunstâncias.

Assim, os casos de hiperinflação; crises cambiais e de divisas; cataclismos naturais de grande magnitude; conflitos armados; revoluções, espoletarão, com grande probabilidade, o agravamento abrupto das condições económico-financeiras do devedor originário e do fiador, podendo levar a que o cumprimento, quer da obrigação originária, quer da obrigação fidejussória, nos moldes a que inicialmente se vincularam, não seja possível por atentar contra a boa fé, nos termos expostos.

⁴⁴⁷ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Onerosidade Excessiva por Alteração das Circunstâncias*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 65, Volume III, Lisboa, 2005. pp. 634 e ss. refere que a figura da onerosidade excessiva não se encontra expressamente consagrada no regime legal previsto nos artigos 437.º a 439.º, do Código Civil. A mesma não é desconhecida da nossa ordem jurídica, tanto assim que os artigos 566.º, número 1 e artigo 1221.º, número 2, ambos do Código Civil, tratam da onerosidade excessiva da prestação.

Refere ainda este autor que a ideia da onerosidade excessiva que está na base da previsão de numerosas cláusulas negociais gerais relativamente proibidas.

⁴⁴⁸ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Onerosidade Excessiva por Alteração das Circunstâncias*, *ob. Cit.*, p.635 ensina que nos casos em a resolução do contato e a modificação do contrato seriam hipoteticamente possíveis, parecia, à partida, que deveria prevalecer a modificação em cumprimento do princípio do *favor negoti*. Conclui dizendo que a modificação do negócio é a solução preferida não sendo, porém, a solução imposta.

Desta feita, apesar de o incumprimento da obrigação fidejussória ser um risco típico da fiança, levando a que tal causa, por si só, impossibilite a aplicação do regime do artigo 437.º, do Código Civil, a verdade é que as causas supervenientes apontadas que desemboquem no incumprimento da obrigação originária terão, necessariamente, de permitir a aplicação do instituto da alteração das circunstâncias, se os demais requisitos deste estiverem também verificados.

O que releva é, pois, que o incumprimento tenha sido desencadeado por uma das situações imprevisíveis abrangidas pelo artigo 437.º, do Código Civil, possibilitando, assim, a modificação ou extinção da obrigação fidejussória.

A solução só pode ser esta, uma vez que, atendendo à situação do caso concreto, e do confronto entre o princípio da autonomia privada das partes (credor, devedor originário e fiador) que levou à sua vinculação e o princípio da boa fé e do equilíbrio contratual que deve alumiar qualquer contrato, deve este segundo princípio prevalecer⁴⁴⁹.

Verificamos, igualmente, que sempre que nos deparamos com uma situação de alteração das circunstâncias todas as partes que compõe o triângulo fidejussório irão ficar prejudicadas por referência à situação em que estavam no início da relação jurídica, restando, contudo, tutelar a parte mais frágil da relação, pelas razões que tentamos *supra* fundamentar, podendo acontecer situações no tráfego a que, atendendo aos interesses concretos em jogo, o credor é a parte a tutelar de forma mais intensa.

Na *fiança omnibus*⁴⁵⁰, também designadas de fiança geral⁴⁵¹, tão comum no Direito bancário e na prática comercial, mas que também se pode verificar em Direito

⁴⁴⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Alteração das Circunstâncias – A Concretização do Artigo 437.º do Código Civil, à Luz da Jurisprudência Posterior a 1974*, p. 64 refere, a propósito da alteração das circunstâncias, que se coloca um problema de contradição entre dois princípios jurídicos dotados de igual validade: a autonomia privada e a boa fé. Diz ainda que a alteração das circunstâncias representa uma zona do Direito na qual o intérprete-aplicador tem de decidir, tendo por referência modelos que comportam pontos de vista antagónicos, derivados das insuficiências do Direito na resolução dos casos concretos no tráfego e o dever de não se denegar a justiça quando esta é exigida juntos dos tribunais.

⁴⁵⁰ *Supra* p. 93.

⁴⁵¹ Como por exemplo é referido no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Abril de 1999, relativo ao processo 99B131, Relator Ferreira de Almeida, no qual foi dito e aqui transcrevemos: “[...] A “fiança geral”, ou “fiança omnibus”, criada pela prática bancária, surgiu com a finalidade de garantir através de um terceiro, o fiador, o reembolso dos financiamentos e outros movimentos de capital feitos pelas instituições bancárias em benefício dos seus clientes.

Tal modalidade de fiança possui assim por objecto os direitos de crédito que visa garantir nos termos do artigo 628º do CCIV -, tanto se podendo referir a obrigações já constituídas como a obrigações futuras, e caracteriza-se por apresentar um conteúdo genérico, muito amplo, com um grau de determinabilidade variável [...]”.

civil, entendemos que a questão da alteração das circunstâncias acaba por ter ainda uma maior necessidade de aplicação, caso os seus requisitos se encontrem verificados, atendendo à imensa “oneração” e risco que a mesma acarreta para o fiador⁴⁵².

15. OS PONTOS DE CONTACTO E OS PONTOS DE AFASTAMENTO ENTRE A ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS NA FIANÇA E O DIREITO DE LIBERAÇÃO DO FIADOR

Tendo sido analisado *supra* o regime jurídico da alteração das circunstâncias em sede de fiança, cabe agora aquilatar a eventual ligação deste instituto com o direito de liberação do fiador.

Uma primeira constatação parece resultar desde logo: quer a alteração das circunstâncias, quer o direito de liberação do fiador, são mecanismos legais que permitem repor o equilíbrio da relação jurídica fidejussória, colocada em causa por circunstancialismos externos imprevisíveis e anormais não previstos no momento da constituição daquela garantia pessoal.

Em segundo lugar, ambas as figuras permitem a desvinculação do fiador perante o credor.

Contudo, ao contrário do direito de liberação que se verifica, regra geral, nas relações internas, ou seja, na relação entre o fiador e o devedor originário, e apenas protege o primeiro, a alteração das circunstâncias tem um âmbito de aplicação geral, podendo tutelar quer o fiador, quer o devedor originário.

O regime jurídico da alteração das circunstâncias acaba por ter um âmbito de aplicação mais restrito do que o regime jurídico do direito de liberação do fiador, uma vez que as situações que permitem a aplicação do primeiro revestem um carácter de maior excepcionalidade, anormalidade e imprevisibilidade, que não têm de se verificar no segundo.

⁴⁵² Sobre a fiança omnibus e a sua relação com a alteração das circunstâncias, veja-se, JANUÁRIO COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida – Sobre o Sentido e o Âmbito da Vinculação Como Fiador*, pp. 823 e ss.

Destarte, se os riscos da fiança se agravarem sensivelmente, nos termos que tentámos esboçar neste escrito, o fiador terá direito a invocar o seu direito de liberação, não lhe sendo exigida a anormalidade de tal alteração, bastando apenas demonstrar a verificação das alterações sensíveis do risco da fiança, por referência ao momento inicial de constituição da fiança.

A alteração das circunstâncias não extingue automaticamente a obrigação originária, nem a obrigação fidejussória, podendo ambas ser transmutadas com a alteração dos seus termos iniciais, mas mantendo-se a sua vigência. Altera-se somente a configuração do cumprimento, quer pelo devedor originário, quer pelo fiador.

Pelo contrário, na liberação do fiador, apenas se extingue a garantia pessoal e não a obrigação originária que estava anteriormente afiançada, a qual se mantém nos seus exactos termos.

Entendemos, ainda, que a alteração das circunstâncias, enquanto instituto jurídico dotado de uma aplicação de carácter geral, tende a proteger os contraentes que vejam o cumprimento da sua obrigação afectar gravemente os ditames da boa fé, consubstanciado uma onerosidade excessiva não admissível pelo sistema.

Por seu turno, o direito de liberação tem como *ratio legis* a tutela concreta de umas das partes da relação fidejussória, em concreto o fiador, sendo um dos mecanismos de protecção que tem ao seu dispor, atendendo ao negócio de risco que se vinculou.

Aqui chegados, verificamos que a alteração das circunstâncias e o direito de liberação do fiador apesar de terem alguns pontos de contacto, são figuras distintas, cada uma tendo a sua *ratio* e autonomia dogmática própria.

§ 8.º NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO DE LIBERAÇÃO DO FIADOR

Depois do estudo que encetámos sobre a matéria da liberação do fiador por alteração sensível dos riscos da fiança, nas vertentes que considerámos mais relevantes para a compreensão da figura, analisando desde as suas origens históricas, até ao seu regime jurídico, só agora, no excurso final deste escrito, nos é possível aquilatar qual a sua natureza jurídica.

Partimos para a nossa análise tendo como premissa inicial a de que o direito tem, necessariamente, de ser explicado através do conceito-quadro de situação jurídica⁴⁵³, a qual comporta uma multiplicidade de modalidades.

Parece-nos que a liberação do fiador será uma situação jurídica⁴⁵⁴ complexa, uma vez que terá de ser analisada sobre vários elementos, referindo-se, como os elementos mais relevantes, o modo dinâmico como o devedor poderá alcançar a desoneração do

⁴⁵³ Concordamos integralmente com ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, I, 4.ª ed. Coimbra, 2019, pp. 864 e ss., quando diz que o desenvolvimento e a explanação do Direito deverá ser feito a partir de situações jurídicas, uma vez que a nível metodológico evitam um abstracionismo pré-jurídico se apenas recorrêssemos às normas jurídicas, evitando, ao mesmo tempo, o empirismo em que cairíamos se apenas recorrêssemos a casos concretos.

⁴⁵⁴ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS/PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9.ª ed., Coimbra, 2019, pp. 251 e ss. definem situações jurídicas como as situações da vida que têm relevância jurídica.

fiador e a intermediação do credor, consistindo cada um de tais elementos a face da mesma situação jurídica considerada, não tendo cada um deles, individualmente considerados, autonomia jurídica.

A liberação do fiador será, igualmente, uma situação plurisubjectiva, em virtude de os três vértices que compõe a relação fidejussória terem uma palavra a dizer na sua concretização.

É, também, uma situação jurídica patrimonial, em virtude de a liberação do fiador apenas se poder concretizar através de meios dotados de carácter de conteúdo patrimonial.

Atendendo à natureza complexa da liberação do fiador, esta será, sob o prisma do fiador, uma situação activa, uma vez que funciona com uma vantagem para este, sendo certo que, sob o prisma do devedor, será uma situação jurídica passiva, uma vez que consubstancia num “peso” para a sua esfera jurídica.

Conforme referem PEDRO PAIS DE VASCONCELOS e PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS⁴⁵⁵, a posição jurídica corresponde a uma situação jurídica que se insere numa relação jurídica concreta, como é a situação do credor ou do devedor numa relação jurídica creditícia.

A posição jurídica do fiador inclui uma teia complexa de situações jurídicas activas, mormente a possibilidade de desvinculação da obrigação fidejussória, mas também integra situações jurídicas parcialmente passivas, que se consubstanciam, por exemplo, na necessidade de acompanhamento permanente do cumprimento do fiador perante o credor.

Concretizando, entendemos que a liberação do fiador afigurar-se-á uma posição jurídica activa virtual, uma vez que, apesar da sua concretização acarretar, na esfera jurídica patrimonial do garante, uma vantagem patrimonial, correspondente à extinção da fiança, a verdade é que, conforme argumentámos anteriormente, a sua concretização está, em larga medida, dependente do credor e da conduta que este tenha aquando do exercício da liberação.

⁴⁵⁵ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS e PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9.ª ed., Coimbra, 2019, p. 253

Entendemos que o direito de liberação não poderá ser classificado como um direito subjectivo, enquanto permissão normativa específica de aproveitamento de um bem, na esteira da construção dogmática desenvolvida por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO⁴⁵⁶, e à qual aderimos, sem reservas. Efetivamente, apesar de estarmos perante uma permissão normativa específica, resultante da interpretação, na nossa ordem jurídica, da alínea b), do artigo 648.º do Código Civil, que tem por objeto concreto a liberação do fiador, a verdade é que o aproveitamento do “bem”⁴⁵⁷, espoletado pela concretização do putativo direito subjectivo, isto é, a extinção da obrigação da fiança, não se efectiva *per si*, não tendo um efeito imediato na concretização do bem jurídico a tutelar pela concretização daquele dispositivo.

A concretização da liberação apenas se corporiza, regra geral, de uma forma mediata, com o consentimento expresso do credor na exoneração do fiador e subsequente extinção daquele direito pessoal de garantia e com a necessidade da prática de uma multiplicidade de actos materiais a praticar pelo devedor.

De ressaltar que a efectivação da tutela pretendida pelo legislador poder-se-á nem se concretizar, conforme explicitado.

Saliente-se que o fiador apenas poderá demandar judicialmente o devedor caso este tenha agido culposamente, não tendo praticado uma conduta que potenciase a liberação do garante.

Todavia, sendo a liberação do fiador uma obrigação de meios e não uma obrigação de resultados, não poderá o devedor responder, em sede de responsabilidade civil, se se provar em juízo que tudo fez para atingir tal fim, não tendo conseguido, porém, sem culpa, alcançá-lo, v.g. porque o devedor não conseguiu encontrar um fiador idóneo que substituísse o fiador primitivo, encontrando, ao invés, um terceiro que

⁴⁵⁶ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, I, 4.ª ed. Coimbra, 2019, pp. 892 e ss., depois de fazer uma análise detalhada das várias construções doutrinárias sobre direito subjectivo desde SAVIGNY, preconiza a sua noção de direito subjectivo.

⁴⁵⁷ Ver por todos, MANUEL GOMES DA SILVA, *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, Lisboa, 1944, p. 83, definia bem, em sentido amplo, como tudo serve para o homem atingir qualquer fim. Por referência ao objecto em estudo, o fim em causa seria a exoneração do fiador, através da fiança, pela efectivação da liberação.

Salientamos que a noção de bem não está ligada à ideia de coisa corpórea, como se verifica nos Direitos Reais, nos termos do disposto no artigo 1302.º, do Código Civil e o princípio da inerência que intrinsecamente está ligado, uma vez que existem direitos subjectivos que não têm por objeto coisas corpóreas, bastando chamar à colação o exemplo paradigmático dos direitos de créditos que também são classificados de direito subjectivo, tendo por objecto uma prestação.

permitia a substituição do fiador primitivo, mas que não tinha património suficiente para que o credor aceitasse tal substituição da relação fidejussória.

Destarte, o devedor, mesmo tendo cumprido com a conduta a que legalmente estava adstrito, por motivos externos à sua vontade, não conseguiu alcançar o objetivo de liberação do fiador.

Assim sendo, a liberação do fiador nunca poderá ter a natureza de direito subjectivo, razão pela qual, estando este afastado, não se afigurará necessário proceder à análise das diversas classificações de direitos subjectivos⁴⁵⁸.

Tendo sido afastada a classificação do direito de liberação, como direito subjectivo, cabe aferir a sua integração em alguma das demais categorias das situações jurídicas activas, uma vez que o direito subjectivo não esgota o elenco deste tipo de situações jurídicas.

A primeira situação jurídica diversa do direito subjectivo que iremos tratar é o poder⁴⁵⁹.

O poder⁴⁶⁰ tem uma feição exclusivamente jurídica e não fáctica⁴⁶¹, configurando uma situação jurídica simples, não se podendo retirar qualquer vantagem adicional desta figura.

⁴⁵⁸ Cfr. refere ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, I, 4.^a ed. Coimbra, 2019, pp. 896 e ss. Lisboa, que se podem fazer diversas classificações dos direitos subjectivos. O direito potestativo é uma importante classificação de direito subjectivo, o qual pode ser definido como o poder de alterar unilateralmente, através do proferimento de uma manifestação de vontade, a ordem jurídica. Atendendo tão só à configuração do direito potestativo, e independentemente do conceito de direito subjectivo que sufragássemos, nunca o direito de liberação poderia ser um direito potestativo, uma vez que conforme amplamente demonstrámos, o fiador não tem como interferir unilateralmente, no sentido de extinguir a obrigação fidejussória.

⁴⁵⁹ MANUEL GOMES DA SILVA, *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, Lisboa, 1944, p. 48, definia poder como a disponibilidade de um meio para atingir determinado fim, ou conjunto de fins, cuja utilização o direito regula de modo unitário.

⁴⁶⁰ Em regra, o direito subjectivo é constituído por diversos poderes para o titular de tal direito. Como exemplo ilustrativo de tal conclusão, pense-se no direito real de gozo “propriedade”, o qual também é um direito subjectivo. Nos termos do disposto no artigo 1305.º, do Código Civil, o proprietário goza de modo pleno e exclusivo do poder de uso, fruição, disposição e oneração da coisa objeto do direito de que é titular.

⁴⁶¹ Conforme indicam PEDRO PAIS DE VASCONCELOS/PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9.^a ed., Coimbra, 2019, p. 258, a noção de poder jurídico não deve ser confundida com a noção de poder de facto, pela circunstância de o mais forte ter o poder efectivo de subjugar aquele que é mais fraco, apesar de não ter legitimidade para o fazer. O poder jurídico está, pois, ligado à ideia de licitude, sendo poder jurídico a disponibilidade de meios dentro das balizas permitidas pelo Direito. Assim sendo, apesar de em termos hipotéticos o fiador ou o devedor poderem ter algum tipo de “poder efectivo” que pudesse pressionar (e em termos mais intensos coagir o credor a aceitar a liberação e este a aceitasse de forma não livre) aquela parte do triângulo fidejussório estes não tinham legitimidade para o

Os poderes têm uma larga margem de conformação, realizando a doutrina diferentes construções sobre esta matéria⁴⁶².

A liberação do fiador nunca poderá ser um poder de gozo, uma vez que o exercício da liberação do fiador não se traduz na possibilidade de uso e fruição de uma coisa corpórea.

O poder potestativo traduz-se na possibilidade de produzir um efeito jurídico de forma unilateral, provocando uma alteração na esfera jurídica sem a necessidade de cooperação ou consentimento do terceiro ou até mesmo contra a sua vontade.

Uma vez mais, a liberação do fiador nunca poderá ter a natureza de poder potestativo, em virtude de este, para a sua concretização efectiva, carecer sempre da intervenção e cooperação do devedor e, regra geral, do consentimento do credor.

Vejamos agora se a liberação do fiador tem a natureza jurídica de poder creditício.

Ao contrário do poder de gozo, o poder creditício incide sobre um comportamento e não sobre uma coisa.

O poder creditício traduz-se na possibilidade de exigir licitamente de outrem uma certa conduta activa (acção) ou uma certa conduta passiva (omissão).

Todavia, atendendo à realidade variada, complexa e multipolar da liberação do fiador, parece-nos que a categoria de poder creditício, apesar de conseguir explicar parcialmente a natureza da figura estudo, não a consegue explicar no seu todo, mormente a possibilidade da sua não concretização, sem culpa imputável ao devedor e sem a sua responsabilização em termos civis, razão pela qual a liberação do fiador nunca poderá ter a natureza jurídica de poder creditício.

Outra categoria de situação jurídica activa que tem sido ensaiada pela doutrina é a figura da faculdade. A faculdade é muitas vezes confundida na ciência do direito, e até na jurisprudência dos tribunais superiores, com a figura do poder. Contudo, inexistem

fazer. Não estaríamos, pois, perante um poder, mas sim perante uma actuação ilícita e condenada pelo Direito.

⁴⁶² De acordo com ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, I, 4.ª ed. Coimbra, 2019, pp. 903 e ss. existem várias classificações possíveis de poderes, falando este autor de poderes materiais e poderes jurídicos; poderes de gozo, de crédito, de garantia ou potestativos. Por seu turno, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS/PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9.ª ed., Coimbra, 2019, pp. 258 e ss., apenas ensinam que os poderes jurídicos são de três espécies: poderes de gozo, poderes creditícios e poderes potestativos.

razões para confundir poder e faculdade, sendo possível fazer uma contraposição que ajude a explicar a sua diferença⁴⁶³.

Assim sendo, enquanto que o poder é uma realidade de natureza analítica, a faculdade tem natureza compreensiva.⁴⁶⁴

Conforme refere MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA⁴⁶⁵, se numa determinada regra jurídica o operador deontico for uma proibição, a situação jurídica constituída é uma sujeição. Por seu turno, se o operador jurídico for uma permissão, a situação jurídica é uma faculdade.

Atendendo, à natureza compreensiva da figura da faculdade, entendemos que esta também não é suficientemente idónea para explicar a natureza jurídica da liberação do fiador.

Outra importante situação jurídica activa desenvolvida pela ciência do direito é a expectativa jurídica, à qual se contrapõe a expectativa de mero facto.

Na expectativa jurídica⁴⁶⁶, e recorrendo aos ensinamentos de MARIA RAQUEL REI⁴⁶⁷, parece-nos que a expectativa jurídica é a inexistência de disponibilidade ou de liberdade do titular de determinada posição jurídica activa, no que concerne à eventual efectivação do direito expectante.

Na expectativa jurídica verifica-se que a liberdade de acção do titular de determinada posição jurídica activa⁴⁶⁸ ou o conteúdo possível de um direito é

⁴⁶³ Com particular clareza sobre esta distinção, veja-se, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, 1.ª ed, Coimbra, 2012, p. 269.

⁴⁶⁴ Neste sentido, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, I, 4.ª ed. Coimbra, 2019, p. 904.

⁴⁶⁵ *Ibidem*, p. 269.

⁴⁶⁶ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Da Expectativa Jurídica, Algumas Notas*, in *O Direito*, Ano 90, Coimbra, 1958, pp. 2 e ss., defendia que a expectativa em sentido técnico jurídico é mais do que uma esperança e menos do que um direito. Pressupõe que o facto complexo de formação sucessiva, na qual resultará, quando concluído, um direito para determinado sujeito já se começou a produzir, gozando o sujeito nessa pendência, ou seja, entre a formação do facto complexo e a concretização do direito propriamente dito, de uma certa protecção legal.

⁴⁶⁷ Cfr. MARIA RAQUEL REI, *Da Expectativa Jurídica*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, I, Ano 54, Lisboa, 1994, pp. 153 e ss., defende que a expectativa é uma posição jurídica instrumental em relação à consolidação ou efectivação do direito, defendendo que a expectativa jurídica não tem como desiderato ou aproveitamento de um bem ou a qualquer actuação sobre um bem. Esta tem apenas o objectivo de viabilizar ou impedir a obstrução do nascimento de um eventual direito.

⁴⁶⁸ Para ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, I, 4.ª ed. Coimbra, 2019, pp. 907 e ss., as expectativas surgem de uma categoria específica de posições activas, caracterizadas por uma elevada imprecisão e fazendo uma clara distinção entre as expectativas de mero facto e as expectativas jurídicas. Saliencia que, no que se refere à expectativa jurídica, dever-se-á encontrar um sentido útil e próprio para

restringida em virtude de circunstancialismos externos àquela situação jurídica, não existindo uma dogmática geral da expectativa jurídica ou um tratamento unitário da figura, em virtude da sua índole compreensiva, devendo o intérprete-aplicador, tendo em conta a situação jurídica concretamente considerada, deslindar se estamos ou não na presença de uma expectativa jurídica.

O exercício do direito de liberação carece, para a sua concretização efectiva, da execução de uma multiplicidade de actos materiais de conteúdo complexo, que se iniciam com a emissão da declaração de vontade do fiador, remetida ao devedor, de que pretende efectivar o seu direito de liberação, por verificação de alterações sensíveis dos riscos da fiança, devendo, na sua declaração de vontade, deslindar as razões por que pretende acionar este mecanismo de tutela.

O devedor diligente, após ter conhecimento da declaração de vontade emitida pelo fiador, deverá diligenciar, com todos os meios ao seu dispor, para atingir a exoneração do fiador e extinção de fiança, nos termos já explanados (v. g. constituição de uma hipoteca voluntária ou de um penhor, ou uma consignação de rendimentos; constituição de uma garantia bancária autónoma a favor do credor; constituição de um novo mútuo bancário ou de um mútuo civil para pagamento da dívida ao credor; subscrição de novas condições mais gravosas da obrigação principal, por parte do devedor originário; constituição de uma nova fiança em substituição da constituída, por parte de um novo fiador; pedido ao credor de renúncia à fiança, ou o estabelecimento de um moratória com o objectivo de recuperar o património do devedor.).

O fiador, a partir do momento em que exprime o direito de exercer o direito de liberação, caso o devedor seja diligente e cumpridor, assiste à produção sucessiva de actos materiais, que procuram concretizar, através de um dos meios acima indicados, a liberação efectiva da fiança e consequente extinção da relação fidejussória.

Conforme anteriormente referido⁴⁶⁹, regra geral, a concretização da liberação do fiador carece do consentimento expresso do credor, tendo este, na maioria das vezes, legitimidade para a recusar.

esta figura, diferente do direito subjectivo, defendendo que, em algumas circunstâncias concretas, podemos falar da expectativa como um direito subjectivo intercalar.

⁴⁶⁹ *Supra*, em especial, pp. 108 e ss.

Desta feita, o alcance da sua exoneração e extinção da obrigação da fiança, constituída originariamente pelo fiador, tem uma feição de forte incerteza, mormente nos casos em que o credor seja um profissional, v.g. uma instituição de crédito ou uma sociedade financeira, em virtude de, caso o devedor não consiga constituir outra garantia idónea ao cumprimento do crédito garantido, a fiança permanecer nos moldes originariamente constituídos, não permitindo o credor a exoneração do fiador, com claros riscos de incumprimento do direito de crédito da sua titularidade.

Assim sendo, e em suma, defendemos que o direito de liberação é, no plano das situações jurídica activas, uma expectativa jurídica, a qual alcançará maior concretização nos casos em que a alteração sensível dos riscos da fiança está relacionada com circunstâncias definidas *inter partes* (devedor e fiador), que não estejam relacionadas, exclusivamente, com a quebra patrimonial do devedor.

Assim sendo, e em suma, não obstante a solução dos diferentes codificadores relativamente à consagração da liberação do fiador, no caso concreto em estudo, concluímos que, muitas vezes, a sua concretização efectiva no tráfego será difícil de alcançar, atendendo aos óbices que ao longo deste escrito procurámos deslindar.

§ 9.º CONCLUSÕES

1.^a O direito de liberação do fiador tem as suas raízes primitivas no *Ius Romanum*, no Império Romano do Ocidente, concretamente, no século III d.C., ganhando novo fôlego no *Corpus Iuris Civilis*, no século VII d.C.

2.^a No período de Direito comum, o direito de liberação do fiador subsistiu, mas não em todas as latitudes.

3.^a Os códigos civis modernos, quer de matriz napoleónica, quer de matriz germânica, consagraram a figura nos seus textos legais, a qual já tinha respaldo, por exemplo, no § 357 do ALR prussiano, codificação de matriz jusracionalista.

4.^a O Código Napoleão previu o direito de liberação do fiador no seu primitivo artigo 2032.º, actual artigo 2309.º, após a reforma francesa das garantias de 2006, sendo a modalidade em estudo prevista no ponto 2, em termos compreensivos, relacionados com a quebra ou insolvência do devedor principal.

5.^a O regime do Código Napoleão espoletou a difusão do direito de liberação do fiador em diversos países e continentes, nos quais este modelo da codificação imperou, entre os quais podemos indicar os exemplos do artigo 844.º do Código de Seabra de 1867, do artigo 1843.º, do Código Civil espanhol de 1889, do artigo 2394.º do Código Civil colombiano de 1887, do artigo 2042.º do Código Civil hondurenho de 1906 e do artigo 2836.º do Código Civil mexicano de 1928.

6.^a Na Alemanha, a modalidade de liberação do fiador em estudo é consagrada no § 775 (1) BGB, em moldes mais analíticos do que aqueles previstos no Código Napoleão.

7.^a Em Itália, a modalidade de liberação em análise é consagrada no artigo 1953.º, ponto 2, do *Codice*, em termos semelhantes ao que se verifica no Código Napoleão.

8.^a Em Portugal, a modalidade de direito de liberação era prevista no artigo 844.º, ponto 2.º, do Código de Seabra, sendo uma figura que não tinha tradição entre nós e tendo tido como fonte inspiradora o artigo 2032.º do Código Napoleão.

9.^a Os Preparatórios e o Anteprojecto de ADRIANO VAZ SERRA sobre o direito de liberação do fiador, alterado, em parte, na sequência das 1.^a e 2.º Revisões Ministeriais de ANTUNES VARELA, deram ao regime actualmente previsto no artigo 648.º, alínea b), um carácter mais analítico, com recurso a conceitos abertos e indeterminados – “*os riscos da fiança se agravarem sensivelmente*” –, por oposição ao regime de pendor mais compreensivo previsto no Código de Seabra.

10.^a A concretização da liberação do fiador por verificação de alterações sensíveis dos riscos da fiança é potenciada se este cumprir com deveres de cuidado, no decorrer da relação jurídica fidejussória, monitorizando, de perto, o modo de cumprimento do devedor originário da obrigação afiançada.

11.^a O direito de liberação do fiador por verificação de alterações sensíveis dos riscos da fiança pode ser concretizado extrajudicialmente, tendo este, porém, de recorrer aos tribunais judiciais quando o devedor não pratique a conduta a que está adstrito.

12.^a O direito à prestação de caução é um meio de tutela alternativo do fiador, podendo este recorrer, de forma alternativa, a este mecanismo ou à sua liberação, não tendo, porém, o devedor igual possibilidade de escolha no exercício do artigo 648.º do Código Civil.

13.^a O fiador poderá lançar mão de um procedimento cautelar de arresto contra o devedor originário para tutelar, provisoriamente, a posição jurídica activa de que é titular, bem como de uma acção declarativa comum.

14.^a A jurisprudência dos tribunais superiores portugueses tende a aplicar a figura em estudo em termos algo exegéticos, não alcançando o seu potencial alcance e não tendo sido um auxiliar no seu desenvolvimento científico.

15.^a Atendendo à dogmática geral do direito de liberação do fiador por verificação de alterações sensíveis do risco da fiança, esta é uma forma de extinção da fiança.

16.^a O direito de liberação tem como objectivo central permitir a sua exoneração antes do momento do cumprimento da obrigação fidejussória e que a sub-rogação nos direitos do credor e o direito de regresso, perante o devedor originário, tenham uma aplicabilidade efectiva.

17.^a O devedor e o fiador podem convencionar entre si as circunstâncias que, *inter partes*, configurarão uma alteração sensível dos riscos da fiança, independentes do agravamento do património do devedor.

18.^a O risco deverá ter uma natureza anormal e não previsível no momento da constituição da fiança, assistindo-se, no decorrer da relação jurídica fidejussória, a um agravamento substancial das condições que estiveram na base da celebração da fiança, sendo certo que apesar de tal alteração não ter de decorrer sempre do agravamento da situação patrimonial do devedor, ela deve ter sempre um reflexo de carácter patrimonial.

19.^a A alteração substancial pode resultar de causa furtiva e não imputável ao devedor originário, assim como de causa culposa (negligente ou dolosa).

20.^a Nas fianças que tenham sido prestadas contra a vontade do fiador, com *animus donandi* e com *animus solvendi*, o direito de liberação não pode operar.

21.^a As relações fidejussórias em que o direito de liberação atinge maior aplicabilidade são aquelas na quais a obrigação principal seja diferida no tempo; nas fianças constituídas no âmbito de um contrato de execução duradoura, mas determinada no tempo, e na fiança *omnibus* ou fiança genérica, uma vez que é nestas três situações que o «factor tempo» poderá implicar uma alteração anormal na relação fidejussória, em particular no que se refere à esfera jurídica do devedor originário.

22.^a O direito de liberação materializa-se através da prática de vários actos de carácter complexo pelo fiador, de acordo com a circunstância do caso concreto, tendo o devedor originário discricionariedade de escolha no modo como alcança a exoneração do fiador.

23.^a Sem o assentimento do credor, a liberação não se poderá concretizar, alcançando a posição deste último um forte destaque na efectivação de tal posição jurídica activa.

24.^a A liberação do fiador em estudo, apesar de ser uma obrigação de meios, também se define por um resultado. Todavia, o devedor originário não se obriga a

alcançar tal resultado, obrigando-se, sim, à prática de todos os actos materiais de conteúdo complexo que, numa análise *ex ante*, sejam idóneos a alcançar a extinção da fiança, sendo, pois, a sua obrigação de comportamento, mas não de resultado.

25.^a A liberação do fiador pode concretizar-se, a título meramente indicativo, através da constituição de garantias reais por parte do devedor originário; a constituição de uma garantia bancária autónoma a favor do credor; a constituição de um novo mútuo bancário ou de um mútuo civil para pagamento da dívida ao credor; a subscrição de novas condições mais gravosas da obrigação principal, por parte do devedor originário; a constituição de uma nova fiança em substituição da constituída, por parte de um novo fiador; o pedido ao credor de renúncia à fiança, o estabelecimento de um moratória com o objectivo de recuperar o património do devedor.

26.^a Tratando-se de uma obrigação de meios, verifica-se o seu cumprimento se o devedor originário tentar, diligentemente, de boa fé, e através de todos os meios legítimos que tem ao seu dispor, atingir o resultado de liberação do fiador, ainda que, por causa que não lhe seja imputável, não o atinja.

27.^a A responsabilidade do devedor por incumprimento do direito de liberação do fiador tem natureza obrigacional, nos termos do disposto no artigo 798.º, do Código Civil, devendo o fiador ser ressarcido pelos danos emergentes e pelos lucros cessantes.

28.^a As partes não podem convencionar uma renúncia ao direito de liberação, tal qual se verifica no artigo 492.º, alínea 4, do Código das Obrigações suíço.

29.^a O fiador está condicionado à designada garantia geral do património do devedor originário para potenciar a sua libertação, nos termos dispostos no artigo 601.º do Código Civil, podendo recorrer aos mecanismos executórios contra o devedor previstos no artigo 817.º e do artigo 829.º-A, ambos do Código Civil, para atingir esse desiderato.

30.^a A garantia geral das obrigações nem sempre estará ligada a jusante do incumprimento, podendo ter um papel relevante aquando da vinculação do fiador, no momento da constituição da fiança e aferição do risco fidejussório.

31.^a Apesar de a aceitação do credor ter um papel central na concretização da libertação do fiador, poderão ocorrer situações concretas no tráfego em que o credor não poderá recusar a mesma, sob pena de incorrer em abuso de direito, nos termos do disposto no artigo 334.º do Código Civil, na modalidade de *venire contra factum proprium* e independentemente da sua conduta ser ou não ser culposa.

32.^a A invocação do direito de libertação pelo fiador pode desencadear *suppressio*, enquanto modalidade típica de abuso de direito, nas relações internas entre o fiador e o devedor originário, mormente, nas relações fidejussórias mais duradoras, paralisando-se, deste modo, a posição do fiador.

33.^a O credor não poderá recusar a libertação do fiador na circunstância de o devedor conseguir um modo alternativo de extinção da garantia pessoal originária e sem perigo para a sua esfera jurídica, sob pena de incorrer em abuso de direito, na modalidade de desequilíbrio no exercício.

34.^a O abuso de direito poderá ser apreciado oficiosamente, podendo também o fiador e/ou o devedor apresentar em juízo acção para impor ao credor a conduta que lhe cabe, nos casos em que este incorra em *venire contra factum proprium* ou em desequilíbrio no exercício, além de poder peticionar o ressarcimento dos danos causados em virtude da conduta abusiva praticada.

35.^a A alteração das circunstâncias, enquanto instituto jurídico civil de carácter geral, aplica-se na fiança, não obstante as dificuldades concretas de aplicação no tráfego, atendendo, sobretudo, ao fim de garantia da fiança.

36.^a A quebra económica do devedor originário, entendida de forma isolada e espoletada por uma contestação hipotética de situações configuráveis não é, só por si, suficiente para se aplicar o regime da alteração das circunstâncias, afigurando-se essencial aquilatar as razões subjacentes à constituição da fiança.

37.^a O que releva é que o incumprimento tenha sido desencadeado por uma das situações imprevisíveis abrangidas pelo artigo 437.º, do Código Civil, possibilitando, assim, a modificação ou extinção da obrigação fidejussória.

38.^a O direito de libertação do fiador por alterações sensíveis da fiança é um regime jurídico diferente do regime da alteração das circunstâncias, não obstante ambos serem mecanismos legais que permitem repor o equilíbrio da relação jurídica fidejussória, colocada em causa por circunstancialismos externos imprevisíveis e anormais não previstos no momento da constituição daquela garantia pessoal.

39.^a O direito de libertação do fiador é uma situação jurídica complexa, em virtude de ter de ser analisada tendo em conta vários elementos, podendo referir-se, como aqueles que são mais relevantes, o modo dinâmico como o devedor poderá alcançar a desoneração do fiador e a intermediação do credor, consistindo, cada um de tais elementos, a face da mesma situação jurídica considerada, não tendo cada um deles, individualmente considerados, autonomia jurídica.

40.^a O direito de libertação do fiador por verificação de alterações sensíveis dos riscos da fiança tem natureza jurídica de expectativa jurídica, uma vez que a concretização do direito de libertação, para a sua efectivação, carece da prática de uma

multiplicidade de actos materiais de conteúdo complexo, com o assentimento necessário do credor, inexistindo certeza sobre verificação da liberação do garante.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, JORGE COUTINHO, *Do Abuso de Direito – Ensaio de Um Critério em Direito Civil e nas Deliberações Sociais*, Coimbra, 1999.

ABREU, TEIXEIRA, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 11, Coimbra, 1930, pp. 171-204.

ACOLLAS, ÉMILE, *Manuel de Droit Civil a L'usage Dés Étudiants*, Tome Troisième, Paris, 1971.

ALBALADEJO, MANUEL, *Curso de Derecho Civil Español II – Derecho de Obligaciones*, 11.^a ed., Barcelona, 2001.

ALCARO, FRANCESCO, *Fideiussione e Garanzie Personali*, in *Rivista di Diritto Civile*, Ano 34, N.º 6, Padova, 1988.

ALBUQUERQUE, RUY DE, /ALBUQUERQUE, MARTIM DE, *História do Direito Português*, Vol. II, Lisboa, 1983.

ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Contratos III*, Coimbra, 2015.

ANTUNES, HENRIQUE, *A Alteração das Circunstâncias no Direito Europeu dos Contratos*”, in *Cadernos de Direito Privado*, N.º 47, Coimbra, 2014, pp. 13 e ss.

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA,

Onerosidade Excessiva por Alteração das Circunstâncias, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 65, Volume III, Lisboa, 2005. pp. 625 e ss.;

O “Abuso do Direito” e o Art. 334 do Código Civil: Uma Recepção Transviada, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano – No Centenário do Seu Nascimento*, Volume I, Coimbra, 2006, pp. 607-631.

BASTOS, JACINTO RODRIGUES, *Das Obrigações em Geral, Segundo o Código Civil de 1966*, IV, Coimbra, 1973.

BARROCAS, MANUEL PEREIRA, *Estrutura Contratual Anglo-Saxónica Versus Direito Civil, Um Caso Típico da Diferença – A Cláusula Warranty*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 56, Lisboa, 1996, pp. 1118 e ss.

BASTOS, MIGUEL BRITO, *Deveres Acessórios de Informação, em Especial, os Deveres de Informação do Credor Perante o Fiador*, in *Revista de Direito das Sociedades*, V, 1-2, Coimbra, 2013, pp. 181-281.

BETTI, EMILIO, *Teoria Generale Delle Obbligazioni*, II, *Struttura Dei Rapporti D’Obbligazione*, Milano, 1953.

BRODERMANN, ECKART, *BGB, Kommentar*, 11. Auflage, 2016.

BRUTAU, JOSÉ PUIG, *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, Volumen II, *Contratos en Particular* 2.ª ed., Barcelona, 1982.

CAMPOS, DIOGO LEITE, *Tempo, Pessoa e Agregado na Relação Jurídica*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, I, Ano 72, Volume I, Lisboa, 2012, pp. 24-44.

CAMPOS, PAULO SILVA, *O Arresto como Meio de Garantia Patrimonial – Uma Perspectiva Substantiva e Processual*, *Revista de Direito das Sociedades*, Ano VIII, Número 3, Coimbra, 2016, p. 743-775.

CARNEIRO, MANUEL BORGES, *Direito Civil de Portugal, Contendo Tres Livros: I das Pessoas: II Das Cousas: III Das Obrigações e Acções*, Tomo III, Lisboa, 1828.

CARVALHO, AMÉRICO DA SILVA, *Extinção da Fiança*, Lisboa, 1959.

CASTRO, ARTUR ANSELMO DE, *Direito Processual Civil Declaratório*, Vol. I, 1.^a ed., Coimbra, 1981.

CEDON, PAOLO, *Commentario al Codice Civile*, IV, Artt. 1655.º-2059.º, 4.^a ed., Torino, 1999.

CIAN, GIORGIO/TRABUCCHI, ALBERTO, *Commentario Breve al Codice Civile* 1.^a ed., Padova, 1999.

CANOTILHO, GOMES/MOREIRA,VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.^a ed., Coimbra 1993.

CANOTILHO, GOMES, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed., Coimbra, 2003.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES,

Da Alteração das Circunstâncias – A Concretização do Artigo 437.º do Código Civil, à Luz da Jurisprudência Posterior a 1974, Separata dos Estudos em Memória do Prof. Paulo Cunha, Lisboa, 1987, pp. 5- 83;

Teoria Geral do Direito Civil – Relatório, Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 1988, pp. 131 e ss.;

Ciência do Direito e Metodologia Jurídica nos Finais do Século XX, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 48, Vol. III, Lisboa, 1988;

Da Pós-Eficácia das Obrigações, in *Direito e Justiça* (1981-1986), II, Coimbra, 1991, pp. 109 e ss.;

A Modernização do Direito das Obrigações, in Revista da Ordem dos Advogados, I, Ano 62, Lisboa, 2002, disponível em www.oa.pt;

Da Modernização no Direito Civil, Coimbra, 2004;

Do Abuso do Direito: Estado das Questões e Perspectivas in Revista da Ordem dos Advogados, I, Ano 63, Volume II, Lisboa, 2005, disponível em www.oa.pt;

Tratado de Direito Civil, I, 4.^a ed. Coimbra, 2012;

Tratado de Direito Civil, II, 4.^a ed. Coimbra, 2020;

Tratado de Direito Civil, V, 2.^a ed., Coimbra, 2012;

Tratado de Direito Civil, VI, 3.^a ed., Coimbra, 2019;

Tratado de Direito Civil, VIII, 1.^a ed., Coimbra, 2010;

Tratado de Direito Civil, X, 2.^a ed., Coimbra, 2017;

A Crise Planetária de 2007/2010 e o Governo das Sociedades, in *Revista de Direito das Sociedades*, I, Coimbra, 2009, pp. 263-286;

Direito Bancário e Alteração das Circunstâncias, in *Revista de Direito das Sociedades*, ano VI, n.º 2, Coimbra, 2014, pp. 373 e ss.;

A Crise e a Alteração das Circunstâncias, in *Revista de Direito Civil*, Ano I, Coimbra, 2016, pp. 7-66;

Da Boa Fé no Direito Civil, 6.^a reimp., Coimbra, 2015;

Código Civil Comentado I – Parte Geral, 1.^a ed., Coimbra, 2020 (Coordenação);

Código Civil Comentado II – Das Obrigações em Geral, 1.^a ed., Coimbra, 2021 (Coordenação).

CORDEIRO, A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Novo Coronavírus e Crise Contratual Anotação ao Código Civil* (Cord. Catarina Monteiro Pires), Lisboa, 2020.

COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.^a ed., Coimbra, 2016, reimp.

CRUZ, RITA BARBOSA DA, *O Arresto*, in *O Direito*, ano 132.º, Lisboa, 2000, pp. 106 e ss.

CUNHA, PAULO,

Do Património – Estudo de Direito privado, I, Lisboa, 1934;

Da Garantia nas Obrigações- Apontamentos das Aulas de Direito Civil do 5.º Ano Jurídico da Faculdade de Direito de Lisboa, I, Lisboa, 1938/1939;

Da Garantia nas Obrigações, II, Lisboa, 1938/1939.

DUARTE, DIOGO PEREIRA,

Modificação dos Contratos Segundo Juízos de Equidade (Contributo Para a Interpretação dos Artigos 252.º, n.º 2, e 437.º do Código Civil, in O Direito, 139, Lisboa, 2007, pp. 141-213;

Resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias: aplicação de um método à cessação e modificação do “Status Socii, Lisboa, 2015.

ECHEVARRÍA, DELGADO, *La fianza en Elementos de Derecho civil*, 2.^a ed., Barcelona, 1986.

ENNECCERUS/LEHMAN, *Tratado de Derecho Civil – Derecho de Obligaciones*, II, 35.^a ed., Barcelona, 1933.

ERITO, ALEJANDRO GUZMÁN, *A Influencia del Código Civil Francês en las Codificaciones Americanas*, Santiago do Chile, 2004, pp. 27 e ss.

FARO, FREDERICO *Fiança Omnibus no Âmbito Bancário: Validade e Exercício da Garantia à Luz do Princípio da Boa Fé*, Coimbra, 2009.

FERREIRA, JOSÉ DIAS, *Código Civil Portuguez Anotado*, II, 2.^a ed., Coimbra, 1895.

FRADA, MANUEL CARNEIRO DA, *Direito Civil – Responsabilidade Civil – O Método do Caso*, 1.^a ed., Coimbra, 2006.

FREITAS, JOSÉ LEBRE DE,

A Ação Declarativa Comum - À Luz do Código de Processo Civil de 2013, 4.^a ed., Coimbra, 2017;

A Ação Executiva - À Luz do Código de Processo Civil de 2013, 7.^a ed., Coimbra, 2017, pp. 9 e ss.

FRANZONI, MASSIMO, *Fideiussione Omnibus e Jus Superveniens, in Contratto e Impresa*, Padova, 1993, pp. 428 e ss.

GERALDES, ABRANTES/PIMENTA, PAULO/SOUSA, PIRES DE, *Código de Processo Civil Anotado, Vol. II*, Coimbra, 2020.

GILLOUARD, LOUIS, *Traité du Cautionnement et des Transactions - Livre III, titres XIV et XV du Code Civil, (Articles 2011 à 2058)*, deuxième édition, Paris, 1895.

GOMES, JANUÁRIO COSTA,

Assunção Fidejussória de Dívida – Sobre o Sentido e o Âmbito da Vinculação Como Fiador, Coimbra 2000;

A Fiança no Quadro das Garantias Pessoais – Aspectos de Regime in Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977, Volume III, Direito das Obrigações, Coimbra, 2007, pp. 79-119;

A Questão da Estrutura Negocial da Fiança Revisitada, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Henrique Mesquita, I, Coimbra, 2006, pp. 875-897;

Pluralidade de Fiadores e Liquidação das Situações Fidejussórias, in Estudos de Homenagem da Faculdade de Direito ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, 90 Anos, Coimbra, 2007, pp. 803-836;

Segurança, Subgarantia e Sobregarantia Entre os Três “S” do Direito das Garantias,
in Revista Jurídica da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, n.º 30,
Lisboa, 2016, pp. 71-89;

*O Regime Geral da Fiança e os 50 Anos do Código Civil. Esboço Para Novas Soluções
Face aos Novos Tempos* in Código Civil/Livro do Cinquentenário, II, Coimbra, 2019,
pp. 295-328.

GOMES, JOSÉ FERREIRA, *Contratos de M&A em Tempos de Pandemia: Impossibilidade,
Alteração das Circunstâncias e Cláusulas MAC, Hardship e Força Maior,* in Revista da
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano LXI, N.º 1, Lisboa, 2020, pp. 365-390.

GONÇALVES, LUÍS DA CUNHA, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil
Português*, V, Coimbra, 1933.

GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, *O Princípio Dispositivo e a Alegação de Facto em Processo
Civil: A Incessante Procura da Flexibilidade Processual,* in Revista da Ordem dos Advogados,
Ano 73, Vol. II/III, Lisboa, pp. 595-617.

GRUBER, URS, *Münchener Kommentar Zivilprozess-ordnung – §§ 511 – 945*, 3.aufgabe,
München, 2007.

GOUVEIA, JAIME DE, *Da Responsabilidade Contratual*, ed. do autor, Lisboa, 1932.

HABERSACK, *Münchener Kommentar BGB – Schuldrecht Besonderer Teil III – Band 5 §§ 705 –
853*, 4. auflage, München, 2004.

HEDEMANN, J. W., *Derecho de Obligaciones*, Volume III, tradução de Jaime Santos Briz,
Madrid, 1958.

HERMAN, ED. FUZIER, *Codes Annotés – Code Civil, Tome Quatrième (Art. 1582 a 2281)*, Paris,
1898.

JORGE, FERNANDO PESSOA,

Lições de Direito das Obrigações, II, 1.ª ed., Lisboa, 1969;

Ensaio Sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil, 1.^a ed., Coimbra, 1999, reimpressão.

JUSTO, ANTÓNIO DOS SANTOS, *Direito Privado Romano, II – Direito das Obrigações*, 4.^a ed., Coimbra, 2011.

LANÇON, BERTRAND, *O Estado Romano – Catorze Séculos de Modelos Políticos*, 1.^a ed., Sintra, 2003.

LACANTINERIE, BAUDRY-LACANTINERIE/WAHL, ALBERT, *Traité Thèorique et Pratique de Droit Civil*, Troisième Édition, Paris, 1924;

LEITÃO, ADELAIDE MENEZES, *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, Coimbra, 2007.

LEITÃO, LUÍS MENEZES,

Garantias das Obrigações, 5.^a ed., Coimbra, 2016;

Direito das Obrigações, I, 14.^a ed., Coimbra, 2017;

Direito das Obrigações, II, 11.^a ed., Coimbra, 2017;

LIMA, PIRES DE/VARELA, ANTUNES,

Código Civil Anotado, I, (Artigos 1.º a 761.º), 4.º ed., Coimbra, 1987;

Código Civil Anotado, II, (Artigos 762.º a 1250.º), 4.^a ed., Coimbra, 1997.

LOPES, HUMBERTO, *Da Extinção da Fiança*, in *Jornal do Fôro*, Ano 24, Lisboa, 1960

MADALENO, CLÁUDIA, *A Responsabilidade Obrigacional Objetiva por Fato de Outrem*, Lisboa, 2014.

MARQUES, REMÉDIO, *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, 3.^a ed., Coimbra 2011.

MARTINEZ, PEDRO ROMANO /PONTE, PEDRO FUZETA DA, *Garantias de Cumprimento*, 5.^a ed, Coimbra 2006.

MAZEAUD, HENRI/MAZEAUD, JEAN, *Leçons de Droit Civil*, Tome Troisième, 12.^a ed., 2000.

MEDICUS, DIETER /LORENZ, STEPHAN, *Schuldrecht*, II, Besonderer Teil, 15.^a auflage, 2010.

MEDICUS, DIETER, *Tratado de las Relaciones Obligatorias*, I, Barcelona, 1995.

MENDES, PAULO SOUSA, *A Garantia Geral das Obrigações*, in Revista Jurídica da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, N.º 6, Lisboa, 1986, pp. 67 e ss.

MENDONÇA, LUÍS CORREIA DE *As Origens do Código Civil de 1966: Esboço Para Uma Contribuição*, in *Análise Social*, Vol. XVIII (72-73-74), Lisboa, 1982, pp. 829-867.

MOREIRA, GUILHERME ALVES, *Instituições do Direito Civil Português, II, Das Obrigações*, edição do autor, Coimbra, 1911.

MÚRIAS, PEDRO/PEREIRA, MARIA DE, *Obrigações de Meios, Obrigações de Resultado e Custos da Prestação*, in *Centenário do Nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha*, Coimbra, 2012, pp. 999-1018.

OLZEN, DIRK, *ZPO Kommentar*, 7. auflage, 2015.

PATTI, SALVATORE, *Abuso del Diritto – Digesto Delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, I, Turim, 1987.

PEREIRA, DIOGO CASTANHEIRA,

O Interesse Processual na Acção Declarativa, 1.^a ed., Coimbra, 2011;

Prestação de Caução, in *Processos Especiais*, Vol. I, Lisboa, 2020.

PETTI, GIOVANNI BATTIST, *La Fideiussione e le Garanzie Personali del Creditos*, 1.^a ed., Padova, 2000.

PIRES, CATARINA MONTEIRO, *Limites dos Esforços e Dispendios Exigíveis ao Devedor para Cumprir*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 76, Lisboa, 2016, pp. 105-136.

PINTO, EDUARDO VERA-CRUZ, *Curso de Direito Romano*, Volume I, 1.^a ed., Cascais, 2009.

PINTO, PAULO MOTA, *Contrato de Swap de Taxas de Juro, Jogo e Apostas e Alteração das Circunstâncias que Fundaram a Decisão de Contratar*, in RLJ, ano 143^o, n.º 3988, Coimbra, 2014, pp.14-56.

POTHIER, ROBERT JOSEPH, *Tratado das Obrigações Pessoaes e Reciprocas nos Pactos, Contractos, Convenções, &c.*, tradução de Corrêa Telles, Tomo I, Lisboa, 1849.

PRIX, FÉLIX BERRIAT SAINT, *Notés Élémentares Sur le Code Civil, Tome Troisieme*, Paris, 1848.

PROENÇA, JOSÉ BRANDÃO, *Lições de Cumprimento e não Cumprimento das Obrigações*, 2.^a ed., 2019;

Comentário ao Código Civil, Direito das Obrigações, Das Obrigações em Geral, Lisboa, 2018 (Coordenação).

REI, MARIA RAQUEL,

Da Expectativa Jurídica in Revista da Ordem dos Advogados, I, Ano 54, Lisboa, 1994, pp. 149-180;

Da Interpretação da Declaração Negocial no Direito Civil Português, Lisboa, 2010.

RIBEIRO, RICARDO LUCAS, *Obrigações de Meios e Obrigações de Resultado*, Coimbra, 2012.

ROCHA, COELHO, *Instituições de Direito Civil Portuguez*, Tomo II, Coimbra, 1886.

RODRIGUES, ANTÓNIO JOSÉ, *Alteração das Circunstâncias e Eficácia Vinculativa do Negócio Jurídico – Sistema Jurídico Português e Sistema Jurídico Inglês*, in Revista Jurídica AAFDL, n.º 30, Lisboa, 2016, pp. 135-177.

RUGGIERO, ROBERTO, *Instituições de Direito Civil*, Volume III, Direito das Obrigações Direito Hereditário, 6.ª ed., Lisboa, 1937.

SÁ, FERNANDO CUNHA DE SÁ, *Abuso de Direito*, Coimbra, 1997

SANTOS, LOURENÇO NORONHA,

A Posição do Prejudicado no Abuso de Direito, in Revista de Direito Civil, I, 2016, Coimbra, pp. 205-248;

A Posição do Prejudicado no Abuso de Direito, in Revista de Direito Civil, II, 2016, Coimbra, pp. 377-418.

SANTOS, MOACIR AMARAL, *Da Fiança e de Alguns Benefícios do Fiador*, in Revista da Faculdade De Direito da Universidade De São Paulo, N.º 49, São Paulo, 1954, pp. 309-330.

SANTOS, PEDRO, *Das Consequências do Abuso de Direito*, in Revista de Direito Civil, N.º 0, 2015, Coimbra, pp. 199-241.

SCIALOJA, ANTONIO /FRAGALI, MICHELE, *Commentario Del Codice Civile – Delle Obbligazioni*, 3.ª ed., Bologna, Roma, 1960.

SERRA, ADRIANO VAZ,

Os Actos Emulativos no Direito Romano, in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, ano X, 1926;

Sub-Rogação nos Direitos do Credor, Separata n.º 37 do Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, 1953;

Fiança e Figuras Análogas, Boletim do Ministério da Justiça n.º 71, Lisboa, 1957;

Resolução ou Modificação dos Contratos por Alteração das Circunstâncias, Separata do Boletim do Ministério da Justiça n.º 68, Lisboa, 1957;

A Culpa do Devedor ou do Agente, BMJ 68, Lisboa, 1957;

Abuso do Direito em Matéria de Responsabilidade Civil, BMJ N.º 85, Lisboa, 1959;

Fiança (Algumas Questões) Garantia de Vícios na Venda em Execução, Lisboa, 1960

Direito das Obrigações (com Excepção dos Contratos em Especial) Anteprojecto, Lisboa, 1960.

SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 4.ª ed., Coimbra, 2002.

SILVA, MANUEL GOMES DA,

Conceito e Estrutura da Obrigação, Lisboa, 1943;

O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar, Lisboa, 1944;

Ensaio Sobre o Direito Geral de Garantia Nas Obrigações, Lisboa, 1965.

SILVA, NUNO ESPINOSA GOMES DA, *História do Direito Português – Fontes de Direito*, 4.ª ed., Lisboa, 2006.

SOUTULLO, CARMEN ARIJA, *Las Acciones de Liberación y Cobertura en la Fianza*, 1.ª ed., Valencia, 2001.

SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE,

As Partes, o Objecto e a Prova, 1.ª ed., Lisboa, 1995;

Estudos sobre o Novo Processo Civil, 2.ª ed., Lisboa 1997;

Introdução ao Direito, 1.ª ed, Coimbra, 2012.

TAVARES, JOSÉ,

A Fiança no Direito Comercial, Coimbra, 1896;

Os Princípios Fundamentais do Direito Civil, I, 2.ª ed. Coimbra, 1929.

TELLES, CORRÊA, *Digesto Português*, I, nova edição revista, Lisboa, 1909, pp. 57 e ss.

TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO,

Expectativa Jurídica: Algumas Notas, in *O Direito*, Lisboa, 1958, pp. 2-6;

Direito das Obrigações, 7.^a ed., Coimbra, 2000.

TOBEÑAS, JOSE CASTAN., *Derecho Civil Español Comum Y Foral – Tomo Cuatro – Derecho de Obligaciones*, 10.^a ed., Madrid. 1977.

TUHER, ANDREAS VON, *Derecho Civil, I, Los Derechos Subjetivos y el Patrimonio*, tradução do original *Der allgemeine Teil deutschen bürgerlichen Rechts*, Madrid, 1998.

VALLE, MIRELLA, *Fideiussione Omnibus in Contratto e Impresa*, Padova, 1990.

VARELA, ANTUNES,

Das Obrigações em Geral, I, 10.^a ed., Coimbra, 2000;

Das Obrigações em Geral, II, 7.^a ed., Coimbra, 1997, reimp. 2015.

VARELA, ANTUNES/BEZERRA.MIGUEL BEZERRA/NORA, SAMPAIO E, *Manual do Processo Civil*, 2.^a ed., Coimbra, 1985.

VASCONCELOS, MIGUEL PESTANA DE, *Direito das Garantias*, 2.^a ed., Coimbra, 2013, reimp. 2017.

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *O Abuso de Direito – Um Estudo de Direito Civil*, in *Revista do CEJ*, 1.º Semestre, Número 1, Lisboa, 2005, pp. 33-56.

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE/VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9.^a ed., Coimbra, 2019.

VELENCOSO, LUZ MARTÍNEZ, *La Doctrina de la Cláusula Rebus Sic Stantibus en la Jurisprudencia Espanõla*, in *Revista de Derecho Patrimonial, Navarra*, 2003, pp. 369-383.

VIDEIRA, SUSANA ANTAS VIDEIRA, *A Fiança no Apogeu do Direito Romano, Breve Apontamento*, Relatório de Mestrado, Lisboa, 1997.

WIEACJER, FRANZ, *História do Direito Privado Moderno*, 4.^a ed., Lisboa, 2010 (tradução de António Manuel Espanha do original *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2.^a ed., 1967).

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS PORTUGUESAS

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14 de Outubro de 1990 (Relator Torgal Mendes), pesquisável em www.dgsi.pt;
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de Setembro de 1992 (Relator Cura Mariano), pesquisável em www.dgsi.pt;
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 04 de Julho de 1994 (Relator Marques Peixoto), pesquisável em www.dgsi.pt;
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Abril de 1999 (Relator Ferreira de Almeida), pesquisável em www.dgsi.pt;

- Acórdão Uniformizador de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, de 23 de Janeiro de 2001;
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 05 de Março de 2002 (Relator Armando Lourenço), pesquisável em www.dgsi.pt;
- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 09 de Maio de 2002 (Relator Casimiro Gonçalves), pesquisável em www.dgsi.pt;
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Dezembro 2002 (Relator Garcia Marques), pesquisável em www.dgsi.pt;
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de Março de Novembro de 2003 (Relator Araújo Barros), pesquisável em www.dgsi.pt;
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de Março 2003 (Relator Ribeiro de Almeida), pesquisável em www.dgsi.pt;
- Acórdão Tribunal da Relação de Évora de 11 de Dezembro – 2003 (Relatora Ana Resende), pesquisável em www.dgsi.pt;
- Acórdão Tribunal da Relação do Porto de 26 de Abril de 2005 (Relator Alberto Sobrinho), pesquisável em www.dgsi.pt;
- Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 11 de Maio de 2005 (Relator António Gonçalves), pesquisável em www.dgsi.pt;
- Acórdão Tribunal da Relação de Guimarães – 18 de Janeiro – 2006 (Relatora Rosa Tching), pesquisável em www.dgsi.pt;
- Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa – 22 de Novembro de 2007 (Relator Jorge Leal), pesquisável em www.dgsi.pt;

- Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa – 05 de Maio de 2011 (Relator Aguiar Pereira), pesquisável em www.dgsi.pt;
- Acórdão do Tribunal da Relação do Coimbra de 20 de Março de 2012 (Relator Manuel Capelo), pesquisável em www.dgsi.pt;
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 14 de Junho de 2012 (Relator Sérgio Almeida), pesquisável em www.dgsi.pt;
- Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa de 10 de Janeiro de 2013 (Relator Pedro Martins), pesquisável em www.dgsi.pt;
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Junho de 2013 (Relator Moreira Alves), pesquisável em www.dgsi.pt;
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 02 de Novembro de 2014 (Relator Lopes do Rego), pesquisável em www.dgsi.pt;
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de Janeiro de 2015 (Relator Fonseca Ramos), pesquisável em www.dgsi.pt;
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 05 de Maio de 2015 (Relator Gregório Silva Jesus), pesquisável em www.dgsi.pt;
- Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa 19 de Maio de 2015 (Relatora Maria da Conceição Savedra), pesquisável em www.dgsi.pt;
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de Março de 2016 (Relator Lopes dp Rego), pesquisável em www.dgsi.pt.
- Acórdão Tribunal da Relação de Coimbra de 08 de Novembro de 2016 (Relatora Maria João Areias), pesquisável em www.dgsi.pt;

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de Maio de 2018, Relator Artur Dias), pesquisável em www.dgsi.pt;
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 04 de Outubro de 2018 (Relatora Graça Amaral), pesquisável em www.dgsi.pt;
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 08 de Janeiro de 2019, Relator José Capacete, pesquisável em www.dgsi.pt;
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de Março de 2019 (Relator Nuno Oliveira Pinto), pesquisável em www.dgsi.pt;
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de Maio de 2019 (Relatora Graça Amaral), pesquisável em www.dgsi.pt;
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 22 de Maio de 2019 (Relator Paulo Dias da Silva), pesquisável em www.dgsi.pt;

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS FRANCESAS

Acórdão da Cour de Cassation, Chambre Civile 1, de 03 de Janeiro de 1996, relativo ao processo 93-17348, disponível em www.legifrance.gouv.fr;

Acórdão da Cour de Cassation, Chambre Commerciale, de 12 de Outubro de 1999, relativo ao processo 96-19663, disponível em www.legifrance.gouv.fr;

Acórdão da Cour de Cassation, Chambre Commerciale, de 20 de Abril de 2017, relativo ao processo 93-17348, disponível em www.legifrance.gouv.fr;

Acórdão da Cour de Cassation, Chambre Commerciale, de 30 de Janeiro de 2019, relativo ao processo 17-22745, disponível em www.legifrance.gouv.fr.

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS ESPANHOLAS

Acórdão da Audiencia Provincial Civil de Madrid de 04 de Dezembro de 2014, relativo ao processo nº 456 /2014, disponível em www.poderjudicial.es;

Acórdão do Supremo Tribunal de 20 de Julho de 2018, relativo ao processo 598/2015, disponível em www.poderjudicial.es.