



• U

C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

João Paulo Pais da Silva

A fiança *omnibus*, e o problema da sua determinabilidade quando prestada por sócios-gerentes

The omnibus warrant, and the problem of its determinability when provided by managing partners

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciência Jurídico-Forenses.

ORIENTADOR: Professor Doutor João Calvão da Silva

Coimbra, 2017

ÍNDICE

Abreviaturas	7
Introdução	8
1. Garantias das obrigações	10
1.1. Garantias gerais e garantias especiais das obrigações	10
1.2. Garantias pessoais e garantias reais	11
1.3. Garantias pessoais das obrigações	12
2. Fiança	15
2.1. Noções gerais	15
2.2. Requisitos	15
2.2.1. Requisitos da fiança	15
2.2.2. Requisitos do fiador	16
2.3. Características fundamentais	16
2.4. Estrutura negocial da fiança	20
2.5. Relações entre o credor e o fiador	20
2.6. Relações entre o devedor e o fiador	22
2.7. Pluralidade de fiadores	23
2.8. Extinção da fiança	24
3. Fiança geral e fiança <i>omnibus</i>	26
3.1. Objecto da obrigação em geral	28
3.2. Objecto da fiança <i>omnibus</i>	30
4. A obrigação solidária	33
4.1. Noção e modalidades	33
4.2. Fontes	34
4.3. Efeitos da solidariedade	34
4.3.1. Efeitos da solidariedade passiva	34
4.3.2. Efeitos da solidariedade activa	38
4.4. A solidariedade na relação fidejussória	40
5. A jurisprudência	42
5.1. AUJ 4/2001	45
6. Determinabilidade do objecto da fiança <i>omnibus</i>	46
6.1. Per relationem	46
6.2. A denúncia da fiança <i>omnibus</i> pelo fiador	47

6.3. Limitação vertical	48
6.4. Limitação horizontal	48
6.5. A influência do fiador omnibus sobre o devedor principal	49
6.6. A enumeração das fontes da obrigação	49
6.7. A aferição casuística	50
7. Exposição problemática	52
7.1. Princípio da boa fé	56
7.2. Alteração das circunstâncias	58
Conclusão	64
Bibliografia	67
Jurisprudência	68

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, quero agradecer a Deus por toda a força e iluminação que sempre me prestou ao longo de todo o percurso.

Quero agradecer à minha mãe por todo o carinho e apoio em toda a minha vida, e pela ajuda que me proporcionou em mais uma etapa.

Agradeço também a toda a minha família por toda a assistência que sempre me prestou em todos os momentos.

Quero ainda deixar os meus agradecimentos a toda a gente que me acompanhou e apoiou na minha vida pessoal e académica.

Os meus agradecimentos ao Professor Doutor João Calvão da Silva pela sua prestabilidade em ter aceite orientar a concretização deste trabalho.

Resumo

O seguinte trabalho irá versar sobre o tema da fiança *omnibus*, mais concretamente sobre a questão da determinação ou determinabilidade do seu objecto, de forma a que se possa aferir pela sua validade.

Para tal, irá ser facultada uma exposição sobre a criação desse instituto, em que se baseou e que soluções criou.

Será exposto o seu regime, assim como o da fiança civil, contrapondo os dois. Serão ainda enunciadas as particularidades da fiança *omnibus*, resultado das especificidades da sua envolvência.

Serão analisados os critérios de interpretação relativos à busca pela determinação / determinabilidade do objecto da fiança *omnibus*, assim como elencados uma série de regras e deveres pelos quais as partes se devem reger, mas também será realizada a exposição dos princípios e preceitos normativos que vão reger a relação estabelecida.

Palavras-chave:

[fiança] [omnibus] [fiança omnibus]

SUMMARY

The following work will deal with the subject of warrant *omnibus*, more specifically on the question of the determination or determinability of its object, so that it can be ascertained by its validity.

To this end, an exhibition on the creation of this institute, on which it was based and what solutions it created, will be provided.

It will expose its regime, as well as the civil bond, opposing the two. The particulars of the *omnibus* guarantee, as a result of the specificities of its surroundings, will also be enunciated.

The criteria of interpretation regarding the search for determination / determinability of the object of the *omnibus* warrant, as well as a series of rules and duties by which the parties are to be governed, will be analyzed, but also the exposition of the principles and normative precepts that will govern the established relationship.

Keywords:

[omnibus] [omnibus warrant] [omnibus guarantee]

ABREVIATURAS

Ac. (Acs.)	Acórdão (Acórdãos)
al. (als.)	alínea (alíneas)
art. (arts.)	artigo (artigos)
Cf.	Confrontar / Conferir / Conforme
Cód. Civ.	Código Civil
Cód. Com.	Código Comercial
CSC	Código das Sociedades Comerciais
ed.	edição
n.º	número
op. cit.	obra citada
pág. (págs.)	página (páginas)
Prof.	Professor
RC	Relação de Coimbra
RL	Relação de Lisboa
RP	Relação do Porto
ss. (segs.)	seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
Vol.	Volume

INTRODUÇÃO

A seguinte exposição, irá versar sobre a *fiança*, mais concretamente sobre a *fiança omnibus*, e, mais particularmente sobre o problema da sua determinação / determinabilidade do seu objecto.

Esta questão tem sido motivo de debate, doutrinal e jurisprudencial, ao longo de muito tempo, não só no nosso país como, em vários outros ordenamentos jurídicos, obtendo as mais sérias e valoradas apreciações e respectivos méritos.

Mas apesar de ser debatida há muito tempo, ainda hoje é uma questão bastante actual e intensa, devido à sua extrema utilidade, mas igualmente pelas adversidades que pode gerar, tanto para as partes, como para a própria relação fidejussória estabelecida, devido à sua estrutura.

A figura da *fiança omnibus*, teve a sua origem na praxe bancária, onde as empresas iam em busca de financiamento para desenvolver e fomentar as suas actividades, e os bancos procuravam garantir os financiamentos. Mas devido às exigências próprias da sociedade actual e que se tem vindo a desenvolver, a resposta por parte dos bancos, necessita de ser célere, ágil e eficaz, pela própria concorrência que existe no seu mercado, mas também para as empresas que vão em busca desse financiamento, para fazer face às suas próprias necessidades.

E para dar resposta a estas exigências, o sistema bancário, hábil e inovador, teve que criar institutos que agilisassem a concessão de crédito, entre os quais surgiu a *fiança omnibus*, que tal como a *fiança civil*, prevista e regulada nos arts. 627.º e seguintes, do Código Civil, é uma garantia pessoal, na qual o fiador, se compromete a garantir o cumprimento de todas as obrigações de um determinado devedor, obrigações essas, já assumidas, ou que venham a ser futuramente assumidas pelo devedor principal, perante um credor.

Será exposto neste trabalho o regime da *fiança*, as suas semelhanças e pontos de contacto, assim como, as possíveis diferenças assumidas pela *fiança omnibus*, em virtude das suas próprias especificidades e particularidades.

Sendo fruto dessas particularidades, a prática da utilização desta figura, que apresenta enormes vantagens para o credor, assim como para o devedor principal, pela agilização e rapidez no acesso ao financiamento, assim como pela flexibilidade da própria

figura, mas que se pode apresentar para o fiador, com enormes desvantagens, devido à fragilidade a que pode ser exposto.

O problema suscitado acerca da validade da fiança *omnibus*, orbita em torno do seu objecto, especialmente quanto à determinação ou determinabilidade do mesmo. E é relativamente a essa questão que iremos dar um especial enfoque, concretamente, quando é prestada por uma pessoa que tem controla ou tem controlo sobre o devedor principal.

Para tal, serão expostas algumas construções doutrinárias, que foram projetadas de forma a tentar alcançar a possível determinabilidade do objecto da fiança *omnibus*. Será também explanado e descrito as ferramentas das quais lançaram mão para tentar alcançar esse objectivo, o da determinabilidade do objecto.

Será versado também questões relativas a preceitos normativos, pelos quais poderão ou deverão ser utilizados para apreciar da validade da fiança *omnibus*.

Tentar-se-á, com a devida exposição e fundamentação, dar uma possível resposta a esse problema, ou tanto quanto possível, que possa haver de alguma forma um contributo.

Serão igualmente, colocadas algumas questões, quanto à análise de situações específicas de problemas que não são passíveis de resolução linear e uniforme.

Irá proceder-se também ao elenco de algumas regras e deveres, assim como princípios norteadores, que as partes deverão observar, na prática da utilização desta figura, relativamente às relações estabelecidas entre elas.

1. GARANTIAS DAS OBRIGAÇÕES

1.1. GARANTIAS GERAIS E GARANTIAS ESPECIAIS DAS OBRIGAÇÕES

A *garantia geral* das obrigações é traduzida “no património do devedor e comum a todos os credores”, pelo simples facto de o serem¹, sendo que é nessa medida, que se declara que o património do devedor constitui a garantia geral das obrigações ou a garantia comum dos credores. Quer isto dizer, “é o património bruto que se tem aqui em vista”, aquele que é constituído pelos valores activos antes de descontados os passivos².

De acordo com o art. 601.º do Cód. Civ. «pelo cumprimento da obrigação respondem todos os bens do devedor susceptíveis de penhora, sem prejuízo dos regimes especialmente estabelecidos em consequência da separação de patrimónios», consagrando-se, desta forma, o princípio geral da responsabilidade ilimitada do devedor, em que “o cumprimento da obrigação é assegurado pela totalidade dos bens penhoráveis existentes no seu património ao tempo da execução, mesmo os que tenham sido adquiridos depois da constituição da obrigação”³, havendo, no entanto, excepções a esta regra geral, que podem resultar “da lei, de convenção das partes ou da determinação de terceiros”⁴.

Além da *garantia geral*, poderão as partes estabelecer outras garantias, por não haver património suficiente para pagar as dívidas a todos os credores, não apresentando dessa forma garantias suficientes de cumprimento da obrigação. Para fazer face a esse possível incumprimento por parte do devedor, os credores vão procurar outros meios de reforçar a sua garantia. Essas garantias, são as chamadas *garantias especiais*, que são “os meios destinados a reforçar, em benefício de determinado credor, a garantia comum dos credores, dada a todos eles, em pé de plena igualdade, pelo património do obrigado”⁵, “tendo por objecto a responsabilização de outro ou outros patrimónios pelo cumprimento da obrigação, ou atribuindo ao credor determinados direitos sobre certos bens do próprio devedor ou de terceiro”⁶, sendo que as garantias especiais das obrigações são classificadas em *garantias pessoais* e *garantias reais*.

¹ M. J. de ALMEIDA COSTA, Direito das Obrigações, 12ª ed., 2014, cit., pág. 843.

² Ibid, pág. 843.

³ Ibid, pág. 844.

⁴ Ibid, pág. 845.

⁵ J. M. ANTUNES VARELA, Das Obrigações em Geral, Vol. II, 7ª ed., 2012, cit., pág. 471.

⁶ ALMEIDA COSTA, obrigações, pág. 881.

Algumas destas *garantias especiais*, são prestadas por terceiro, que reforça com o seu património a expectativa de satisfação do crédito oferecida pelo património do devedor, como por exemplo, a fiança, o aval, e a garantia autónoma⁷.

Outras, como são exemplo, os privilégios creditórios e o direito de retenção, incidem geralmente sobre bens do próprio devedor e traduzem-se no tratamento preferencial concedido ao titular da garantia sobre determinados bens desse património⁸.

Outras, finalmente, como o penhor, a hipoteca, a caução e a consignação de rendimentos, tanto podem recair sobre bens do devedor como coisas pertencentes a terceiro⁹.

1.2. GARANTIAS PESSOAIS E GARANTIAS REAIS

São *garantias pessoais*, “aquelas em que outra ou outras pessoas, além do devedor, ficam responsáveis com os seus patrimónios pelo cumprimento da obrigação”¹⁰, reforçando desta forma a garantia do credor, para o cumprimento da obrigação contraída pelo devedor. Desta forma, o garante responde pessoalmente com todo o seu património pela dívida do garantido.

São *garantias reais* das obrigações, aquelas em que o devedor ou terceiro, destinam, no todo ou em parte, o seu património, responsabilizando-se pelo cumprimento da obrigação.

Nas palavras do Prof. Doutor Carlos Mota Pinto¹¹, “os direitos reais de garantia são direitos que conferem o poder de, pelo valor de uma coisa ou pelo valor dos seus rendimentos, um indivíduo obter, com preferência sobre todos os credores, o pagamento de uma dívida de que é titular activo”.

Esta *garantia real*, dada pelo próprio devedor, ou por terceiro, significa que é dada uma certa primazia a um bem, bem esse que será afecto ao pagamento da dívida, sendo isso benéfico na medida em que, encontrando-se somente aquele bem afecto ao

⁷ ANTUNES VARELA, *Obrigações*, II, pág. 471.

⁸ *Ibid*, pág. 471.

⁹ Cf., ANTUNES VARELA, *Obrigações*, II, pág. 471.

¹⁰ Cf., ALMEIDA COSTA, *obrigações*, pág. 881.

¹¹ Cf., C. A. MOTA PINTO, *Direitos reais* [Texto policopiado] / C. A. da Mota Pinto ; [compil.] Álvaro Moreira, Carlos Fraga, Coimbra, 2010, pág. 135.

cumprimento da obrigação, não corre o risco de poder responder com todo o seu património. É igualmente benéfico para o credor, porque se faz pagar com preferência, relativamente aos credores comuns.

1.3. GARANTIAS PESSOAIS DAS OBRIGAÇÕES

Após um breve esclarecimento sobre em que se traduzem as *garantias pessoais* das obrigações, onde, através delas, terceiro ou terceiros vão garantir o cumprimento de uma obrigação com os seus patrimónios, convém referir quais as modalidades de garantias pessoais previstas.

De acordo com o Prof. Doutor ALMEIDA COSTA¹², as *garantias pessoais* que o Cód. Civ. prevê são, a fiança, a subfiança e o mandato de crédito. Aqui só será feita alusão à subfiança e ao mandato de crédito, porque a fiança será estudada mais detalhadamente posteriormente.

Subfiança

De acordo com o art. 630.º do Cód. Civ., «subfiador é aquele que afiança o fiador perante o credor», verificando-se, “sempre que alguém garante pessoalmente ao credor o cumprimento da obrigação do fiador”¹³, consistindo na “fiança de uma fiança”¹⁴, sendo que a obrigação do subfiador está para o fiador como a deste para a dívida principal.

Destá forma, a subfiança encontra-se sujeita à mesma disciplina que a fiança, mas com as necessárias adaptações, “excepto quando algum preceito legal ou as partes estabeleçam coisa diversa”¹⁵.

¹² ALMEIDA COSTA, obrigações, pág. 887.

¹³ ALMEIDA COSTA, obrigações, pág. 906.

¹⁴ Ibid, pág. 906.

¹⁵ Ibid, pág. 906.

Mandato de crédito

O mandato de crédito é uma figura semelhante à fiança¹⁶, e ocorre, “quando uma pessoa se obriga para com outra, que disso a encarregou, a conceder crédito a terceiro, em seu nome e por conta própria”¹⁷.

O mandato de crédito está regulado no art. 629.º do Cód. Civ., onde o n.º 1 deste preceito refere que, o autor do encargo «responde como fiador, se o encargo for aceite», e onde o n.º 2, do mesmo artigo, se lê que o autor do encargo pode revogar o mandato enquanto o crédito não tiver sido concedido, acrescentando o n.º 3, «é lícito ao encarregado recusar o cumprimento do encargo, sempre que a situação patrimonial dos outros contraentes ponha em risco o seu futuro direito».

Fora do âmbito do Cód. Civ., há também que fazer referência a outras garantias pessoais das obrigações, agora especialmente no âmbito mercantil, onde se dão como exemplo, o *aval*, a *garantia bancária autónoma* e as *cartas de conforto*.

Aval

O aval consiste na declaração de uma pessoa (avalista), que garante, por um dos subscritores que expressa ou tacitamente se indica (avalizado), o cumprimento, total ou parcial, da obrigação cambiária subscrita pelo avalizado.

Garantia bancária autónoma

Nos dizeres do Prof. Doutor ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, a garantia autónoma é, “no essencial, um contrato celebrado entre o interessado – o mandante – e o garante (em regra, o banqueiro), a favor de um terceiro – o garantido ou beneficiário”¹⁸, onde o garante se obriga a pagar ao beneficiário uma determinada importância, importância essa, que será paga à primeira solicitação, dito de outra forma, o garante pagará ao beneficiário determinada importância, assim que este lhe peça¹⁹.

¹⁶ ALMEIDA COSTA, obrigações, pág. 907.

¹⁷ Ibid. Pág. 907.

¹⁸ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Direito Bancário, 5ª ed., cit. pág. 833.

¹⁹ Ibid, pág. 833.

A função da garantia autónoma “não é, tanto, a de reforçar o cumprimento de um determinado contrato”²⁰, visando antes, “assegurar que o beneficiário receberá uma determinada quantia em dinheiro”²¹.

Desta forma, o mandante não tem o controlo do pagamento, pois, quem realiza esse pagamento é o garante, quantia essa que posteriormente o mandante terá que reembolsar ao mandante, com juros e comissões.

Cartas de conforto

Como refere o Prof. Doutor JOÃO CALVÃO DA SILVA, as cartas de conforto são “missivas dirigidas a um Banco para o motivar e determinar a conceder, manter ou renovar um crédito a terceiro, em geral uma entidade controlada (sociedade-filha) pelo subscritor (entidade controlante ou sociedade-mãe)”²².

Dada esta relação, logo se explica a intervenção do subscritor da carta, a favor dessa terceira entidade, procurando dar conforto e confiança ao banco, quanto ao cumprimento das obrigações por ela assumidas.

²⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Direito Bancário, pág. 835.

²¹ Ibid, pág. 835.

²² JOÃO CALVÃO DA SILVA, Estudos de direito comercial: pareceres, Coimbra, 1999, cit. pág. 369.

2. FIANÇA

2.1. NOÇÕES GERAIS

A fiança, regulada nos arts. 627.º e segs. do Cód. Civ., representa a figura-tipo das garantias pessoais, e é definida como “o vínculo jurídico pelo qual um terceiro (fiador) se obriga pessoalmente perante o credor, garantindo com o seu património a satisfação do direito de crédito deste sobre o devedor”²³.

Logo no n.º 1 do artigo 627.º, é referido que «o fiador garante a satisfação do direito de crédito, ficando pessoalmente obrigado perante o credor», referindo o preceito que é o fiador quem garante a realização da obrigação, do devedor perante o credor, com o seu património.

Desta forma, a fiança é colocada ao lado da garantia comum para reforçar a confiança do credor na efectiva satisfação do seu direito de crédito, portanto, é natural, que se escolha para fiador, uma pessoa cujo património ofereça ao credor maiores condições de solvabilidade do que o património do devedor²⁴.

Como refere o Prof. Doutor ANTUNES VARELA, “após a constituição da fiança passa assim a haver uma obrigação principal, a que vincula o (principal) devedor e, por cima dela, a cobri-la, tutelando o seu cumprimento, uma obrigação acessória, a que o fiador fica adstrito”²⁵. Quer isto dizer que, o fiador não é o devedor principal, mas é devedor.

Por estas razões a fiança é bastante utilizada pelas vantagens que fornece ao comércio jurídico, especialmente na concessão de crédito.

2.2. REQUISITOS

2.2.1. Requisitos da fiança

Iremos analisar brevemente os requisitos de validade da fiança. Como refere o Prof. Doutor ALMEIDA COSTA, “uma vez que a fiança resulta normalmente de negócio jurídico, segue-se que a sua constituição está subordinada, em princípio, a todos os

²³ ANTUNES VARELA, Obrigações, II, pág. 477.

²⁴ Ibid, pág. 478.

²⁵ Ibid, pág. 479.

correspondentes requisitos de validade²⁶, considerando o Professor²⁷ que, além destes, existem algumas determinações na lei, sendo elas:

- 1) A fiança terá que revestir a forma que a lei estabeleça para a obrigação afiançada, por força do art. 628.º, n.º 1;
- 2) Não depende, a validade da fiança, do consentimento ou conhecimento do devedor, podendo, inclusivamente, ser prestada contra a sua vontade, é o que resulta do art. 628.º, n.º 2);
- 3) Exige-se, também, a validade da obrigação garantida, de acordo com o n.º 1, do art. 632.º.

2.2.2. Requisitos do fiador

Prosseguindo com o pensamento do ilustre Professor, vamos agora analisar os requisitos que dizem respeito ao fiador²⁸.

Refere o ilustre Professor, que para o fiador, são exigidos os requisitos da capacidade e da idoneidade patrimonial, determinado pelo art. 633.º, n.º 1.

Já o n.º 2, do art. 633.º, atribui a faculdade, ao credor, de exigir o reforço da fiança, se o fiador nomeado mudar de fortuna ou apresente risco de insolvência, podendo o credor exigir o cumprimento imediato da obrigação, art. 633.º, n.º 3, caso o devedor, num determinado prazo, não reforçar a fiança ou oferecer outra garantia idónea.

2.3. CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTAIS

Os principais aspectos do regime jurídico da fiança são, a *acessoriedade* e a *subsidiariedade*, sendo eles que moldam os principais aspectos do regime. Há autores que acrescentam um terceiro aspecto ao regime da fiança, o facto de representar um *negócio de risco* para o prestador da garantia^{29, 30}.

²⁶ ALMEIDA COSTA, obrigações, pág. 891.

²⁷ Ibid, págs. 891 e ss..

²⁸ Ibid, págs. 892 e ss.

²⁹ M. J. DA COSTA GOMES, Assunção fidejussória de dívida, Lisboa, 1999, cit. págs. 118 e ss e Estudo do Direito das Garantias, 2004, cit., págs. 23 e ss.

³⁰ Manuel Januário da Costa Gomes, Assunção fidejussória de dívida, Lisboa, 1999, cit. págs. 118 e ss e Estudo do Direito das Garantias, 2004, cit., págs. 23 e ss.

A) Acessoriedade

Logo no art. 627.º, n.º 2, se refere que «a obrigação do fiador é acessória da que recai sobre o principal devedor».

Um dos aspectos da *accessoriedade* da fiança é que, como já foi referido *supra*, a forma exigida para a dívida principal, é a forma que a fiança deverá observar (art. 628.º, n.º 1). Este é um dos reflexos mais importantes da *accessoriedade* da fiança. Desta forma, não vigora o princípio da liberdade de forma, art. 219.º.

E como refere o Prof. Doutor ANTUNES VARELA, nem outra solução poderia ser razoavelmente adoptada, porque, “se a dívida contraída pelo fiador tem, por via de regra, o mesmo conteúdo da obrigação do devedor, não se compreenderia que a lei fosse menos exigente, quanto às garantias oferecidas pela forma negocial, para a criação do vínculo a cargo de terceiros do que é para o responsável directo pelo cumprimento da obrigação”³¹.

Outro dos aspectos da *accessoriedade* está previsto no art. 631.º, n.º 1, onde refere que a fiança, «não pode exceder a dívida principal nem ser contraída em condições mais onerosas», significa isto, “não serem válidas as cláusulas que estipulem o cumprimento pelo fiador em prazo mais curto que o daquela obrigação principal ou o cumprimento dentro de certo prazo, sendo pura a obrigação do devedor, etc.”³².

No n.º 2 do art. 631.º, prescreve-se que, caso a fiança seja contraída em condições mais onerosas que a dívida principal, a fiança não será nula, mas redutível nos termos da dívida afiançada.

Outro aspecto em que aflora a *accessoriedade* da fiança, encontra-se presente no art. 651.º, onde decreta que, extinta a obrigação principal, extinguir-se-á a fiança.

Resta ainda fazer mais algumas notas à questão da *accessoriedade* da fiança. O Prof. Doutor Januário da Costa Gomes refere que há diversos graus de *accessoriedade*, classificando como, *accessoriedade forte*, *accessoriedade fraca* e *accessoriedade média*³³.

Há *accessoriedade forte*, em termos plenos, no nascimento, na funcionalidade e na extinção. Relativamente à *accessoriedade fraca*, há mera dependência existencial como

³¹ ANTUNES VARELA, *Obrigações*, II, pág. 482.

³² *Ibid*, pág. 481.

³³ M. J. DA COSTA GOMES, *assunção*, pág. 111.

na obrigação de juros. No que diz respeito à *acessoriedade média*, esta é uma acessoriedade intermédia entre a acessoriedade genética e extintiva, mas não há uma actuação plena da acessoriedade, a todos os níveis.

Também o Prof. Doutor CALVÃO DA SILVA³⁴, no que à acessoriedade da fiança diz respeito, refere que, “a relação de dependência ou subordinação da obrigação de garantia relativamente à obrigação garantida”³⁵, distingue a *dependência*, entre, *genética*, *funcional* e *extintiva*.

Dependência genética, é a presente no art. 632.º, n.º 1, onde não é válida a fiança, se o não for a obrigação principal, salva a hipótese do n.º 2 do mesmo preceito normativo;

Dependência funcional, diz o ilustre Professor quando, podendo o fiador ao credor os meios de defesa que competem ao devedor, salvo se forem incompatíveis com a obrigação do devedor, como decorre do n.º 1 do art. 637.º, e sendo ineficaz perante este a renúncia daquele a qualquer um desses meios (art. 637.º, n.º 2);

Existe *dependência extintiva*, porque a extinção da obrigação principal, acarreta a extinção da fiança, como decorre do art. 651.º.

B) Subsidiariedade

A *subsidiariedade* é outra das características fundamentais do regime jurídico da fiança, concretizando-se esta característica no benefício da excussão. Este direito, previsto no art. 638.º, consiste na faculdade que é dada ao fiador de recusar o cumprimento enquanto o credor não tiver executado todos os bens do devedor, é o que resulta do n.º 1, do referido preceito.

Acrescenta o n.º 2, do mesmo artigo, que pode ainda recusar o cumprimento, se o fiador provar que o crédito não foi satisfeito por culpa do credor.

Mas a *subsidiariedade*, apresentando-se como um elemento normal, não é um elemento essencial da fiança.

E isso porque, casos há, em que o fiador não poderá fazer uso do benefício da excussão. Essas situações de exclusão da excussão, encontram-se previstas no art. 640.º,

³⁴ JOÃO CALVÃO DA SILVA, Direito Bancário, Coimbra, 2001, cit., pág. 380.

³⁵ Ibid, pág. 380.

e são: a) o caso do fiador ter renunciado ao benefício da excussão, ou tiver assumido a obrigação de principal pagador; b) o outro caso dá-se quando, por facto posterior à constituição da fiança, o devedor ou o dono dos bens onerados com a garantia não puder, ser demandado ou executado em território continental ou das ilhas adjacentes.

É que relativamente ao primeiro caso, o de exclusão do benefício da excussão, não existem razões para se negar a validade dessa renúncia do fiador, porque o benefício da excussão não corresponde a nenhum interesse de ordem pública, pretendendo apenas acautelar os legítimos interesses de um terceiro, o fiador³⁶.

C) A fiança como negócio de risco³⁷

A terceira característica que se pode falar relativamente à fiança, é a consideração desta como um negócio de risco, como refere o Prof. Doutor JANUÁRIO DA COSTA GOMES.

Pode afirmar-se que todos os negócios representam um risco. O que suporta a classificação da fiança como negócio de risco, é que o risco presente na fiança é um risco anormal, pois “o fiador pode ser chamado a suportar o esforço de satisfação do credor, sem que lhe possa exigir qualquer correspondente, correndo, depois, por sua conta, o subsequente esforço de obter, junto do devedor, grosso modo, a reintegração do que realizou, sem ter certezas quanto à respectiva efectivação”³⁸.

O Professor prossegue caracterizando a fiança como negócio de risco, identificando alguns aspectos do regime, sendo eles³⁹:

- a) Possibilidade do fiador saber ex ante o nível de risco assumido;
- b) Possibilidade de o fiador de risco poder consultar (estudar), no decurso do negócio, o nível de risco existente;
- c) Interpretação estrita das declarações de assunção de risco;
- d) Impossibilidade de aplicação da doutrina da alteração das circunstâncias a favor do beneficiário da assunção de risco;

³⁶ ANTUNES VARELA, *Obrigações*, II, pág. 492.

³⁷ M. J. DA COSTA GOMES, *assunção*, págs. 118 e ss.

³⁸ *Ibid*, pág. 120.

³⁹ *Ibid*, pág. 121.

- e) Forte restrição da aplicação da alteração das circunstâncias a favor do assuntor de risco;
- f) Tendencial carácter intuitu personae da vinculação.

2.4. ESTRUTURA NEGOCIAL DA FIANÇA

A questão da estrutura negocial da fiança tem sido objecto de controvérsia na doutrina e na jurisprudência, especialmente quanto à questão de saber se a relação fidejussória é estabelecida por relação contratual, ou por negócio unilateral.

Relativamente à questão da relação fidejussória se estabelecer por negócio unilateral, o Prof. Doutor VAZ SERRA⁴⁰, nos trabalhos preparatórios do Código Civil, admitia a possibilidade da constituição da fiança por negócio jurídico unilateral.

No que respeito diz à hipótese da fiança ser uma relação contratual, e por essa razão, só podendo ser constituída nos termos do art. 232.º, quando existir consenso entre as partes, seja entre o credor e o fiador, art. 628.º, n.º 2, seja entre o devedor e o fiador, art. 443.^{o41}.

Nesta questão não se pode deixar de afirmar a relação fidejussória como uma relação contratual, porque resulta sempre de um acordo entre as partes, seja entre credor e fiador, seja entre devedor e fiador.

2.5. RELAÇÕES ENTRE CREDOR E FIADOR

Nas relações que se estabelecem entre o credor e o fiador, e da obrigação que este assume, artigo 634.º, o direito que mais avulta, é o *benefício da excussão*, já referido *supra*, e previsto no art. 638.º, a favor do fiador. Ou seja, caso o devedor não cumpra, pode o credor exigir do fiador, a realização da prestação devida, podendo o fiador opor-se à agressão dos seus bens, enquanto o credor não tiver executado todos os bens do devedor. É o que resulta do art. 638.º, n.º 1.

Além do benefício da excussão, o fiador tem *meios de defesa*, estando estes previstos no art. 637.º, onde no n.º 1, se lê que, o fiador dispõe dos meios de defesa que

⁴⁰ ADRIANO VAZ SERRA, Fiança e figuras análogas, apud ANTUNES VARELA, Obrigações, II, pág. 485.

⁴¹ ANTUNES VARELA, Obrigações, II, pág. 485.

lhe são próprios, e, além desses, tem ainda «o direito de opor ao credor aqueles que competem ao devedor, salvo se forem incompatíveis com a obrigação do fiador». Temos aqui dois grupos de meios de defesa, os primeiros, próprios da relação estabelecida entre o credor e o fiador, e os segundos, os que dizem respeito à obrigação principal, existentes na relação entre o devedor e o credor, porque se o fiador responde pela obrigação que recai sobre o devedor, naturalmente aproveitarão ao fiador, em princípio, todos os meios de defesa oponíveis pelo devedor ao credor⁴².

Nas relações entre o credor e o fiador, temos também, previsto no art. 635.º, o *caso julgado*. A solução que o art. 635.º, no seu n.º 1, consagra para o *caso julgado* entre credor e devedor, é que o caso julgado «não é oponível ao fiador, mas a este é lícito invocá-lo em seu benefício», porque o fiador não teve a possibilidade de se defender na acção contra a pretensão do credor, assim como a solução oposta levaria a possíveis conluíus entre as partes⁴³.

Na hipótese do caso julgado ser desfavorável ao credor, pode o fiador aproveitar-se dele, porque, não há o risco de existir conluio entre as partes, assim como, negligência por parte do devedor na sua defesa.

Outro aspecto que decorre das relações entre credor e fiador, é a *prescrição*. Esta encontra-se regulada, no art. 636.º.

Tanto a interrupção, como a suspensão da prescrição, relativamente ao devedor, não produzem efeitos relativamente ao fiador, n.ºs 1 e 2, do art. 636.º.

Também a renúncia à prescrição por parte de um dos obrigados, não produz efeito relativamente ao outro, é o que decorre do n.º 3, do art. 636.º.

A única excepção que existe, é relativa à interrupção da prescrição, art. 636.º, n.º 1, e se dá no caso do credor interromper a prescrição contra o devedor e der conhecimento desse mesmo facto ao fiador, considera-se a prescrição interrompida contra este na data da comunicação.

⁴² ANTUNES VARELA, *Obrigações*, II, pág. 494.

⁴³ *Ibid*, pág. 495.

2.6. RELACÕES ENTRE DEVEDOR E FIADOR

Passemos agora às relações que se estabelecem entre o devedor e o fiador.

Começemos por analisar a *sub-rogação do fiador nos direitos do credor*. Como determina o art. 644.º, «o fiador que cumprir a obrigação fica sub-rogado nos direitos do credor, na medida em que estes foram por ele satisfeitos».

Desta forma, tem o fiador o direito de exigir do devedor, tudo o que ele pagou ao credor, desde a prestação principal, juros, despesas, qualquer privilégio ou cláusula penal, acompanhando todos esses atributos a sub-rogação.

Mediante a sub-rogação, e sucedendo o fiador na titularidade dos direitos do credor, o fiador adquire igualmente todos os direitos reais de garantia que acompanhavam o crédito.

Ainda, relativamente ao fenómeno da sub-rogação, pode o devedor invocar contra o fiador, as mesmas excepções que podia invocar contra o credor, como, por exemplo, invocar a prescrição, de acordo com o art. 636.º, expectuando o previsto no art. 647.º. De acordo com este artigo, o devedor que consentir no cumprimento da prestação por parte do fiador, ou por este avisado, não lhe der conhecimento, de forma injustificada, dos meios de defesa que poderia opor ao credor, fica aquele impedido de opor esses meios ao fiador.

Entre o devedor e o fiador, existe ainda um dever recíproco de aviso, em caso de cumprimento da obrigação. O art. 645.º, refere o dever acessório de conduta imposto ao fiador que cumpre, e o art. 646.º, diz respeito ao dever imposto ao devedor que cumpre.

Outro direito importante que o fiador tem em relação ao devedor, é o previsto no art. 648.º, o direito à liberação ou à prestação de caução.

Nas palavras do Prof. Doutor ANTUNES VARELA, “a liberação do fiador é uma fórmula mais ampla do que o pagamento da dívida, visto abranger não só o cumprimento (realização pelo devedor da prestação devida), mas quaisquer outras formas de satisfação do direito do credor”⁴⁴.

⁴⁴ ANTUNES VARELA, Obrigações, II, pág. 501.

Os casos do direito à liberação ou à prestação de caução, encontram-se previstos nas alíneas a) a e), do art. 648.º.

2.7. PLURALIDADE DE FIADORES

No lugar de um, é possível que existam dois ou mais fiadores, tornando-se necessário saber como opera a responsabilidade destes para com o credor, assim como as relações dos confiadores entre si.

Em relação à responsabilidade para com o credor, há que distinguir entre duas situações.

A primeira é a de os fiadores terem actuado *isoladamente*, cada um por si. A segunda é o facto dos fiadores terem intervindo *conjuntamente*, no mesmo título, ou ainda em momentos diferentes.

No primeiro caso, onde cada um dos fiadores actua isoladamente, presume-se que cada um deles quer responder pela satisfação integral do crédito, desde que não tenha sido convencionado o benefício da divisão, de acordo com o n.º 1 do art., 649.º.

No segundo caso, de os fiadores prestarem a fiança conjuntamente, pode qualquer um deles invocar o benefício da divisão, sendo apenas responsáveis, em princípio, pela parte correspondente que garantiu.

Nas relações entre os confiadores, convém igualmente distinguir entre as situações de responsabilidade solidária, e os casos em que os confiadores gozam do benefício da divisão.

No caso de responsabilidade solidária, o fiador que cumpra integralmente a obrigação, adquire um duplo direito⁴⁵: “por um lado, fica sub-rogado nos direitos do credor sobre o devedor; por outro lado, como co-obrigado que também é, goza do direito de regresso contra os outros fiadores, de acordo com as regras das obrigações solidárias”⁴⁶.

Todavia, não poderá fazer uso dos dois direitos em conjunto.

⁴⁵ ANTUNES VARELA, *Obrigações*, II, pág. 506.

⁴⁶ *Ibid*, pág. 506.

De maneira diferente se passam as coisas no que diz respeito ao benefício da divisão. Aqui a lei estabelece uma diferença na hipótese do fiador que pagou a totalidade da dívida, ter sido demandado judicialmente, ou se pagou voluntariamente.

No caso do fiador, que pagou a totalidade da dívida, e apesar de lhe ser lícito invocar o benefício da divisão, foi demandado judicialmente, ele poderá exercer o seu direito de regresso contra os outros fiadores, em relação às quotas que a cada um deles compete, mesmo que o devedor não esteja insolvente, como decorre do art. 650.º, n.º 2.

Na outra hipótese, a do fiador que pagou a totalidade da dívida voluntariamente, não tendo invocado o benefício da divisão apesar de lhe ser lícito, ele só poderá fazer uso do seu direito de regresso contra os outros fiadores, depois de excutidos todos os bens do devedor, é o que resulta do art. 650.º, n.º 3.

2.8. EXTINÇÃO DA FIANÇA

Determina o art. 651.º que, «a extinção da obrigação principal determina a extinção da fiança», apresentando-se como uma consequência da acessoriedade da fiança, porque se o fiador garante o cumprimento da obrigação principal, extinta esta, é natural que se extinga também a fiança.

Se a obrigação principal for a prazo e produzido o seu vencimento, pode, de acordo com o artigo 652.º, n.º 1, o fiador que goze do benefício da excussão, exigir que o credor proceda contra o devedor no prazo de dois meses a contar do seu vencimento.

Na hipótese da obrigação principal não ser a prazo, mas cujo vencimento dependa de interpelação, o fiador que goze do benefício da excussão, pode exigir que se interpele o devedor se houver decorrido mais de um ano sobre a assunção da fiança, como decorre do n.º 2, do art. 652.º.

Outra causa de extinção da fiança, se dará quando, por facto positivo ou negativo do credor, não puderem ficar sub-rogados nos direitos que a este assistem (art. 653.º).

Há ainda que precaver a situação de se dar garantia de uma obrigação futura, prevista no art. 628.º, n.º 2. Sendo a obrigação futura, a eficácia da fiança fica na dependência de se vir a verificar ou não a obrigação principal.

Desta forma, o art. 654.º, determina que o fiador tem a possibilidade de se liberar da garantia nas seguintes hipóteses: quando situação patrimonial do devedor se agrave em termos de pôr em risco os seus eventuais direitos contra este, enquanto a obrigação não se constituir; ou se tiverem decorrido cinco anos sobre a prestação da fiança, caso não seja outro o prazo estabelecido.

3. FIANÇA GERAL E FIANÇA OMNIBUS

A *fiança omnibus* é comumente designada por *fiança geral*, mas o Prof. Doutor CALVÃO DA SILVA⁴⁷ procedeu à distinção entre as duas figuras.

A *fiança omnibus* é, “prestada para todas as obrigações, actuais ou futuras, do devedor principal nascentes de *certos e determinados tipos ou categorias de actividades* por ele desenvolvidas”⁴⁸.

A fiança geral, a fiança “*prestada para todas as obrigações do devedor principal resultantes de um qualquer título ou causa, de operações económicas de qualquer género ou espécie, inclusive de facto ilícito*”⁴⁹.

Convém, deixar ainda mais alguns apontamentos sobre a *fiança omnibus*. Esta, teve a sua origem na praxe bancária, onde, a actividade de concessão de crédito prima pela simplicidade e celeridade, por forma a dar resposta às exigências próprias dos mercados e às necessidades das sociedades comerciais de obterem os créditos que lhes são úteis e indispensáveis.

É com recurso à concessão de crédito externo que, maior parte das vezes, se permite que as sociedades comerciais desenvolvam a sua actividade, concessão de crédito essa que, praticamente se tornou indispensável ao sucesso dos agentes económicos, pois essa concessão permite recolher o volume de recursos indispensáveis para fazer face à exploração das actividades mercantis a que se dedicam estes agentes económicos, que de outra forma, seria difícil, senão impossível, manter a sua actividade.

Conforme o exposto, logo se percebe a acentuada importância que o financiamento bancário assumiu, de maneira a solucionar os problemas que surgem no dia a dia das sociedades comerciais, soluções essas que necessitam de uma resposta célere.

E, por forma a dar resposta a essas exigências, tornou-se inevitável que o sistema bancário criasse os mecanismos indispensáveis à disponibilização desse crédito, entre os quais, surgiu a *fiança omnibus* que, como já foi referido, trata-se de uma garantia pessoal,

⁴⁷ JOÃO CALVÃO DA SILVA, Estudos de direito comercial (pareceres), 1999, pág. 332.

⁴⁸ Ibid, pág. 332, nota (2).

⁴⁹ Ibid, pág. 332, nota (2).

em que o fiador se compromete a responder por todas as obrigações, presentes e futuras, do devedor, resultante das actividades por si desenvolvidas, perante um credor.

Daqui se pode retirar um aspecto fundamental deste instrumento, senão o mais significativo, que é a agilidade que imprime à concessão de crédito, sendo que de uma única vez, o credor prescinde da autorização individualizada do fiador na concessão de crédito às múltiplas operações que vão ser levadas a cabo entre o credor e o devedor.

Diante destas razões, fácil se torna perceber o porquê da vasta aceitação e recomendação de utilização da fiança *omnibus*, no tráfico bancário, pois tal modalidade fidejussória oferece amplas vantagens ao credor.

Já relativamente à posição do fiador, o mesmo não se poderá afirmar. Como constata CALDERALE⁵⁰, quando as partes contratam sob esta modalidade de garantia, o fiador: “a) se obriga como devedor primário, juntamente com o devedor primário e, se for o caso, com os demais co-fiadores, renunciando expressamente aos benefícios da excussão e da divisão; b) autoriza o banco a conceder crédito ao devedor, mesmo num eventual quadro de deterioramento de suas condições económicas; c) assume a obrigação de, por seus próprios meios manter-se informado acerca da situação económica do devedor principal; d) renuncia ao direito de subrogar-se nos direitos do banco enquanto este ainda não tenha sido integralmente satisfeito no seu crédito pelo devedor principal; e) afirma que as obrigações que assume são solidárias e indivisíveis também face aos seus sucessores; e f) concorda com que o exercício de sua faculdade de denúncia da avença fidejussória seja subordinado à satisfação de determinadas formalidades perante o banco credor e, por vezes, ao transcurso de um determinado período de tempo”⁵¹.

Perante estas condições, pode afirmar-se que, na perspectiva do credor, a utilização da fiança *omnibus* apresenta-se bastante atractiva e com enormes benefícios. Já no que diz respeito ao fiador, o mesmo não se pode dizer, pois este submete-se a um enorme risco.

⁵⁰ Calderale, Digesto, pág. 278, apud Frederico Faro, Fiança omnibus no âmbito bancário, 2009, pág. 217.

⁵¹ FREDERICO FARO, Fiança omnibus no âmbito bancário, pág. 117.

3.1. OBJECTO DA OBRIGAÇÃO EM GERAL

Nas palavras do Prof. Doutor ALMEIDA COSTA, o *objecto* da relação jurídica é definido como “sendo aquilo sobre que incidem os poderes do seu titular activo”⁵², adiantando o ilustre Doutor, a distinção entre *objecto immediato* ou *directo* do *objecto mediato* ou *indirecto* da obrigação, consistindo o primeiro na “prestação devida, isto é, na actividade de conduta a que o devedor se acha adstrito com vista à satisfação do interesse do credor”⁵³, e o segundo, “reside na coisa ou facto (positivo ou negativo) que deve ser prestado”⁵⁴.

Analisaremos agora, quais os requisitos necessários a observar para que a obrigação seja válida.

Como tal, determina o art. 280.º, nos n.ºs 1 e 2, que para o negócio jurídico ser válido, o seu objecto não pode ser, física ou legalmente impossível, contrário à lei, nem à ordem pública ou ofensivo dos bons costumes, ou indeterminável.

O objecto da obrigação é *fisicamente impossível*, como refere o Prof. Doutor ANTUNES VARELA⁵⁵ quando a prestação de facto seja “irrealizável (por exceder a capacidade do homem, contrariar a força inelutável da natureza, etc.), bem como a prestação de coisa que não exista, nem possa vir a existir nos termos da obrigação”⁵⁶, e que, de acordo com o art. 401.º, n.º 3, a impossibilidade da prestação é relativa ao objecto da obrigação, sendo que, o aqui relevante é a impossibilidade objectiva, e não a impossibilidade subjectiva.

Há *impossibilidade jurídica*, “quando a prestação consiste num acto cuja realização a lei não permite, podendo impedi-la”⁵⁷, como por exemplo alguém se obrigar a vender uma coisa de domínio público a outra pessoa.

Exige-se igualmente a *licitude* da prestação, i. é., a não violação da lei, da ordem pública ou dos bons costumes.

⁵² ALMEIDA COSTA, op. cit., Obrigações, pág. 151.

⁵³ Ibid, pág. 151.

⁵⁴ Ibid, pág. 151.

⁵⁵ ANTUNES VARELA, Das obrigações em geral, vol. I, 2000, págs, 801 e ss..

⁵⁶ Ibid, pág. 801.

⁵⁷ Ibid, pág. 804.

Uma prestação é assim contrária à *lei* quando, “sendo fisicamente possível e não consistindo num acto que o direito possa directamente impedir, viola todavia uma proibição legal”⁵⁸.

Há *violação da ordem pública*, quando a prestação, como refere o Prof. ANTUNES VARELA, “ofende interesses superiores da colectividade que, segundo o espírito do sistema, não podem ser sacrificados aos interesses particulares, embora a lesão por eles sofrida não esteja directamente prevista em nenhum preceito legal”⁵⁹.

Relativamente à *ofensa dos bons costumes*, esta compreende, não só a imoralidade, mas igualmente a violação de regras de boas condutas sociais. Cabem nestas situações, aquelas prestações que apesar de não serem punidas com sanções legais expressas, afecta e repugna a consciência e sensibilidade das pessoas.

A prestação precisa ainda, de ser *determinável*, ou como refere o Prof. Doutor ANTUNES VARELA, “concretizável no seu conteúdo”⁶⁰. Prossegue o ilustre Professor⁶¹ dizendo, que não se exige, no momento de constituição da obrigação esta que esteja determinada, mas a mesma tenha de ser determinável, de acordo com critério estipulados pelas partes ou fixados na lei.

Portanto, o objecto da obrigação será *determinado*, quando no momento da conclusão do acordo das partes, estas sejam capazes de visualizar a total extensão das suas vinculações, sem que seja necessário qualquer tipo de alterações posteriores.

O objecto da obrigação será indeterminado, mas *determinável*, quando o seu teor não seja totalmente conhecido pelas partes aquando da contratação, mas será possível determiná-lo com o recurso a critérios que permitam uma delimitação em momento posterior⁶².

A prestação será absolutamente indeterminada, quando não seja possível estabelecer, no próprio momento, ou em momento posterior, critérios que permitam delimitar o seu objecto.

⁵⁸ ANTUNES VARELA, das obrigações, vol. I, pág. 804

⁵⁹ Ibid, pág. 804.

⁶⁰ Ibid, pág. 805.

⁶¹ Ibid, pág. 805.

⁶² MENEZES CORDEIRO, “Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Fevereiro de 1991”, in: ROA, ano LI, 1991, pág. 563, apud, Frederico Faro, Fiança omnibus no âmbito bancário, 2009, pág. 126.

De outra forma, serão nulos os negócios “cujo objecto não foi determinado nem é determinável, por nem as partes nem a lei terem estabelecido o critério de harmonia com o qual se deva fazer a individualização do objecto”⁶³, como refere o Prof. Doutor CARLOS MOTA PINTO.

3.2. OBJECTO DA FIANÇA OMNIBUS

No que diz respeito à fiança *omnibus*, a questão mais proeminente é o problema da sua determinabilidade.

Tecidas as considerações a respeito da obrigação em geral, a questão da determinabilidade levantará pouca dificuldade, porque, observando o fiador, a relação existente entre o credor e o devedor principal, ele conseguirá perceber com alguma certeza e segurança a extensão da sua eventual responsabilização.

No âmbito da fiança *omnibus*, o processo de determinação de extensão da eventual responsabilização do fiador, apresenta-se bem mais complexa, pois a amplitude desta é bastante abrangente, respeitando a créditos actuais e futuros.

Mas tal não significa que, o objecto da fiança *omnibus*, possa deixar de estar em conformidade com os requisitos gerais de validade do negócio jurídico, e consequentemente, será determinável.

Mas devido às características próprias da fiança *omnibus*, tal tarefa não se preconiza fácil. É que, assumindo o fiador a responsabilidade por todas as obrigações actuais ou futuras do devedor perante o credor, decorrentes de “*certos e determinados tipos ou categorias de actividades por ele desenvolvidas*”⁶⁴, não se adivinha fácil para o fiador analisar, à partida, a extensão da sua responsabilização, sendo aqui o maior problema, o de saber o *quantum* da sua responsabilidade.

Portanto, é na determinação vertical do débito que se apresenta a maior dificuldade relativamente à fiança *omnibus*, porque não se apresenta fácil ao fiador conhecer previamente a extensão da sua responsabilidade.

⁶³ CARLOS MOTA PINTO, Teoria geral do direito civil, 2000, 4ª ed., pág. 553.

⁶⁴ JOÃO CALVÃO DA SILVA, Estudos, pág. 332, nota (2).

É que, como refere JANUÁRIO DA COSTA GOMES, “a necessidade de *determinação* do objecto da fiança, resultante do disposto no art. 280/1, reporta-se ao momento da celebração do negócio: é uma estrita questão de interpretação apurar se o objecto está então determinado”⁶⁵, o que tal não se apresenta de fácil consideração relativamente à fiança *omnibus*.

Prossegue, mais à frente, o ilustre autor, “a *determinabilidade* supõe, segundo a doutrina, que à data da celebração do negócio existam já – sejam logo *definidos* – elementos ou parâmetros para a (futura) determinação do objecto”⁶⁶.

Desta forma, começaram a procurar-se alternativas para dar resposta esse problema, no qual se encontrou no art. 400.º - matéria de obrigações, por contraposição ao art. 280.º que trata da matéria geral –, uma possível solução, onde se deixa para futura intervenção, por acordo das partes, ou destas e de terceiro, os critérios de determinação da prestação, em vez de se encontrarem previamente definidos, por força do art. 280.º.

Refere o art. 400.º, n.º 1, que a determinação futura da prestação, no caso das partes não terem estabelecido qualquer critério, deve ser pautado por juízos de equidade.

Mas será o art. 400.º, aplicável aos negócios fidejussórios em geral, e especialmente àqueles que contêm a cláusula *omnibus*? Poderá a integração do objecto negocial, especificamente da fiança *omnibus*, ser confiada ao credor, a terceiro ou a ambos, para determinação futura?

Adianta JANUÁRIO DA COSTA GOMES⁶⁷, que a resposta a estas questões não pode deixar de ser negativa, para o qual elenca as seguintes razões.

Assim, a primeira razão adiantada pelo autor⁶⁸, será a do carácter acessório da fiança, expresso no art. 627.º, n.º 2, exigindo que, à data da prestação da fiança, a obrigação garantida esteja já determinada, ou que seja determinável.

A segunda razão⁶⁹, prende-se com a questão de vigorar no nosso ordenamento jurídico, o princípio da proibição da livre ou arbitrária disposição do património alheio, onde se encontra manifestação no art. 949.º, n.º 1, princípio esse que proíbe a

⁶⁵ JANUÁRIO COSTA GOMES, Assunção, pág. 672.

⁶⁶ Ibid, pág. 673.

⁶⁷ Ibid, págs. 676 e ss.

⁶⁸ Ibid, pág. 676.

⁶⁹ Ibid, pág. 677.

“autosujeição patrimonial” de um sujeito relativamente à actuação de outro, situação que é igualmente atentória dos bons costumes⁷⁰.

Desta forma, a determinação do objecto negocial da fiança *omnibus*, não poderá ser realizada com o recurso ao art. 400.º, mas de acordo com o art. 280.º.

Referindo só mais um ponto, é que o autor em questão menciona ainda que, “a exigência de determinabilidade formulada no art. 280/1 não é uma exigência estática, insensível às peculiaridades dos negócios em campo”⁷¹.

⁷⁰ JANUÁRIO COSTA GOMES, Assunção, pág. 677.

⁷¹ *Ibid*, pág. 679.

4. A OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA

Como já foi possível analisar, a fiança civil, tem como uma das suas características fundamentais, a subsidiariedade, concretizando-se essencialmente essa característica no benefício da excussão.

Mas relativamente à fiança *omnibus*, a situação é diferente, porque, prescreve o art. 101.º, do Cód. Com., «todo o fiador de obrigação mercantil, ainda que não seja comerciante, será solidário com o respectivo afiançado», apresentando-se, desta forma, a solidariedade como característica das obrigações comerciais.

4.1. NOÇÃO E MODALIDADES

A noção de obrigação solidária encontra-se presente no art. 512.º, n.º 1, do Cód. Civ., onde refere que, «a obrigação é solidária, quando cada um dos devedores responde pela prestação integral e esta a todos libera, ou quando cada um dos credores tem a faculdade de exigir, por si só, a prestação integral e esta libera o devedor para com todos eles».

Daqui se podem retirar algumas notas típicas da solidariedade, como observa o Prof. Doutor ANTUNES VARELA⁷².

Do lado da *solidariedade passiva* ou entre *devedores*, que se define como, “havendo vários sujeitos passivos, qualquer destes responde perante o credor comum pela prestação integral, cujo cumprimento a todos exonera”⁷³, as notas típicas são: “a) o *dever de prestação integral*, sobre qualquer dos devedores; b) o *efeito extintivo recíproco* da satisfação dada por qualquer deles ao direito do credor”⁷⁴.

Há solidariedade activa ou entre credores, “quando são vários os sujeitos activos e cada um deles tem a faculdade de, por si só, exigir do devedor comum a inteira prestação, que, uma vez efectuada, o libera perante todos os outros”⁷⁵, são notas típicas: “o direito à prestação integral, por parte de qualquer dos credores; o efeito extintivo, comum a todos os credores, da satisfação dada ao direito de qualquer um deles”⁷⁶.

⁷² ANTUNES VARELA, obrigações, vol. I, págs. 751 e ss.

⁷³ ALMEIDA COSTA, obrigações, pág. 667.

⁷⁴ ANTUNES VARELA, op. cit., vol. I, pág. 751.

⁷⁵ ALMEIDA COSTA, op. cit., pág. 667.

⁷⁶ ANTUNES VARELA, op. cit., vol. I, pág. 752.

4.2. FONTES

No que diz respeito às fontes da solidariedade, esta só pode resultar da vontade das partes ou se resultar da lei, como se constata na letra do art. 513.º, «a solidariedade de devedores ou credores só existe quando resulte da lei ou da vontade das partes».

Adiante-se ainda que, a solidariedade não tem que ser prestada expressamente, podendo manifestar-se tacitamente⁷⁷.

4.3. EFEITOS DA SOLIDARIEDADE

4.3.1. Efeitos da solidariedade passiva

A matéria da solidariedade passiva encontra-se regulada no Código Civil, nos arts. 518.º e seguintes. No aspecto das relações, estas são divididas entre, *relações externas*, aquelas que decorrem entre o credor e os devedores, e *relações internas*, as que decorrem entre os devedores.

I – Quanto ao credor

O efeito fundamental da solidariedade passiva consubstancia-se no direito do credor poder exigir, de qualquer um dos devedores, ou só de algum deles, a totalidade, ou parte da prestação, como resulta do n.º 1, do art. 519.º.

Prescreve o art. 518.º, que não é lícito ao devedor demandado, opor o benefício da divisão, acrescentando que, na possibilidade de chamar os outros devedores à demanda, nem por isso se libera de realizar a prestação integral.

Mas também é estabelecido, no art. 517.º, que a solidariedade não impede que «os devedores solidários demandem conjuntamente o credor ou sejam por ele conjuntamente demandados».

Poderá haver, inclusive, afirma o art. 527.º, a *renúncia à solidariedade*, a favor de algum ou de alguns devedores. Mas tal, não prejudica o direito do credor, que mantém

⁷⁷ ALMEIDA COSTA, obrigações, pág. 668.

o direito à prestação por inteiro relativamente aos restantes devedores. Aqui o credor compromete-se a não exigir do beneficiário uma prestação superior à quota deste⁷⁸.

O credor pode exigir por meios extrajudiciais, a realização integral da prestação de algum dos devedores, mas “não se encontra por esse facto impedido de reclamar dos outros o cumprimento”⁷⁹.

Mas, se o credor exigir, por meios judiciais a totalidade da prestação, ou parte dela, não poderá «proceder judicialmente contra os outros pelo que ao primeiro tenha exigido, salvo se houver razão atendível, como a insolvência ou risco de insolvência do demandado, ou dificuldade, por outra causa, em obter dele a prestação», de acordo com o art. 519.º, n.º 1.

Acrescenta o n.º 2, do mesmo preceito legal, que se qualquer um dos devedores tiver algum meio de defesa contra o credor, este não ficará impedido de exigir de qualquer um dos outros devedores, a prestação integral, mesmo que esse meio já lhe tenha sido oposto.

O caso julgado, art. 522.º, entre o credor e um dos devedores não é oponível aos restantes devedores, sendo que “o objectivo da lei consiste em evitar que os condevedores não accionados sofram os efeitos da negligência do demandado ou até do seu conluio com o credor”⁸⁰.

II – Quanto aos devedores

De acordo com o art. 523.º, se algum dos devedores proceder à satisfação do direito do credor, por algum dos meios previstos nesse preceito legal, é produzida a extinção, relativamente a ele, das obrigações de todos os devedores.

Há que atender ao facto de se tornar a *prestação impossível*, e que no caso de tal suceder por facto imputável a um dos devedores, mantém-se a responsabilidade solidária de todos pelo respectivo valor, mas o devedor a quem o facto é imputável responde pela reparação dos danos que excedam esse valor, e, havendo vários devedores culposos, é solidária a sua responsabilidade, como decorre do art. 520.º.

⁷⁸ ANTUNES VARELA, obrigações, I, págs. 776.

⁷⁹ ALMEIDA COSTA, op. cit., pág. 672.

⁸⁰ Ibid, pág. 672.

O mesmo regime é aplicado à mora de um dos devedores, ficando apenas esse devedor responsável pelas consequências que daí resultem⁸¹.

Mas se a prestação se tornar impossível por facto não imputável a algum dos devedores, extinguir-se-á a obrigação solidária em relação a todos eles, sem prejuízo do *commodum* de representação de que goze o credor, art. 794.^{o82}.

Em relação aos *meios de defesa*, cada um dos devedores pode defender-se pelos meios que pessoalmente lhe competem, ou pelos meios que sejam comuns a todos os condevedores, art. 514.^o, n.^o 1.

São *comuns*, os meios de defesa que atingem a relação obrigacional complexa.

Consideram-se *personais* os meios de defesa que se caracterizam pela “ligação individualizada aos diversos condevedores, quer dizer, respeitam a cada uma das relações simples que permitem ao credor exigir o cumprimento integral da prestação”⁸³.

Há meios de defesa que só podem ser invocados por algum ou alguns dos devedores, e só aproveitam a estes, sendo qualificados como meios de defesa puramente pessoais⁸⁴.

Existem, igualmente, meios de defesa pessoais, que apesar de só poderem ser invocados pelo devedor ou devedores solidários a quem dizem respeito, mas que aproveitam a todos os condevedores. A compensação será o exemplo, arts, 523.^o e 851.^{o85}.

Há ainda meios de defesa pessoais, que apenas poderão ser invocados pelo devedor a que se referem, e que só este exoneram, ou seja, não beneficiam nem prejudicam os outros devedores. Exemplo é a prescrição (art. 521.^o, n.^o 1) e a remissão (art. 864.^{o86}).

O *caso julgado* está previsto no art. 522.^o, e a sua inclinação é “a de permitir que a sentença proferida em relação a um dos devedores *proveite* aos restantes (salvo quando

⁸¹ ALMEIDA COSTA, op. cit., pág. 673.

⁸² ANTUNES VARELA, op. cit., vol. I, pág. 780.

⁸³ ALMEIDA COSTA, op. cit., pág. 673.

⁸⁴ Ibid, pág. 673.

⁸⁵ Ibid, pág. 674.

⁸⁶ Ibid, pág. 674.

se basear em razões pessoais do demandado), mas *não os prejudique*, não lhes seja oponível”⁸⁷.

A *prescrição* está regulada no art. 521.º para as obrigações solidárias, e que apresenta o seguinte regime. “Por um lado, a prescrição que um dos devedores adquira não aproveita aos restantes; por outro lado, as causas que suspendem ou interrompem a prescrição a respeito de um dos devedores solidários não afectam a dos demais”⁸⁸.

III – Relações entre os devedores

Nas relações entre os devedores, o meio de defesa que assume maior preponderância, é o *direito de regresso*, art. 524.º, no qual, o devedor que realizar a prestação perante o credor, em mais da parte que lhe compete, fica esse devedor com direito de regresso contra cada um dos condevedores, na parte que lhes compete.

Desta forma, surge entre os vários devedores uma obrigação conjunta, onde o credor é o devedor que cumpriu a prestação e são devedores todos os restantes. Só com uma diferença, respeitante ao caso de insolvência ou impossibilidade de cumprimento, por parte de um dos devedores, a sua quota-parte será repartida proporcionalmente pelos outros devedores, incluindo o credor de regresso e os devedores que tenham sido exonerados da obrigação, ou do vínculo de solidariedade, de acordo com o art. 526.º, n.º 1⁸⁹. Ao credor de regresso, diz o n.º 2, do art. 526.º, não aproveita o benefício da repartição quando por negligência sua, não lhe tenha sido possível cobrar a parte do devedor solidário.

O devedor que cumpriu, não terá igualmente direito de regresso, contra os devedores solidários cujas obrigações tenham prescrito, desde que a aleguem, art. 521.º, n.º 2.

Além disso, prescreve ainda o art. 525.º, no seu n.º 1 que «os condevedores podem opor ao que satisfaz o direito do credor a falta de decurso do prazo que lhes tenha sido concedido para o cumprimento da obrigação, bem como qualquer outro meio de defesa, quer este seja comum, quer respeite pessoalmente ao demandado», acrescentando

⁸⁷ VAZ SERRA, fiança, pág. 147 e ss., apud, ANTUNES VARELA, vol. I, pág. 778.

⁸⁸ ALMEIDA COSTA, op. cit., pág. 675.

⁸⁹ Ibid, pág. 677.

o n.º 2 do referido preceito, essa faculdade é admitida, ainda que sem culpa sua, o devedor tenha deixado de opor ao credor o meio comum de defesa, excepto no caso da falta de oposição ser imputável ao devedor que pretende fazer-se valer do mesmo meio.

4.3.2. Efeitos da solidariedade activa

Os efeitos da solidariedade activa estão principalmente previstos nos arts. 528.º a 533.º.

I – Quanto aos credores

O efeito que assume maior preponderância relativamente à solidariedade entre credores é o direito que cada um deles tem de exigir a prestação integral, como decorre do art. 512.º, n.º 1, com a ressalva de poder ter sido convencionada solidariedade entre os credores (art. 528.º, n.º 2).

Os credores solidários podem accionar em conjunto o devedor, e o oposto é também possível⁹⁰.

Na hipótese de *impossibilidade de prestação* por facto imputável ao devedor, subsiste a solidariedade relativamente ao crédito da indemnização (art. 529.º, n.º 1). No caso da prestação se tornar impossível por facto imputável a um dos credores solidários, fica este obrigado a indemnizar os outros credores (art. 529.º, n.º 2).

O *caso julgado*, refere o art. 531.º, «entre um dos credores e o devedor não é oponível aos outros credores», podendo ser oposto pelos credores ao devedor, com a ressalva e sem prejuízo das excepções individuais que este possa invocar.

II – Quanto ao devedor

Refere o art. 532.º, que a satisfação do direito dos credores, pelas formas ali previstas, produz a extinção da obrigação do devedor.

⁹⁰ Referido supra

O art. 528.º, n.º 1, permite ao devedor a possibilidade de escolha do credor solidário a quem quer satisfazer o cumprimento integral da prestação.

Acrescenta ainda o n.º 2, do art. 528.º, que, «se o devedor cumprir perante credor diferente daquele que judicialmente exigiu a prestação, não fica dispensado de realizar a favor deste a prestação integral; mas, quando a solidariedade entre os credores tiver sido estabelecida em favor do devedor, este pode, renunciando total ou parcialmente ao benefício, prestar a cada um dos credores a parte que lhe cabe no crédito comum ou satisfazer a algum dos outros a prestação com dedução da parte do demandante».

De acordo com o art. 514.º, n.º 2, pode o devedor opor aos credores solidários, não só os meios de defesa comuns a todos eles, como ainda os que só a esse credor dizem respeito.

Os meios de defesa *comuns* são, por exemplo, “a nulidade do negócio de que deriva a obrigação e a excepção de não cumprimento do contrato”⁹¹. São meios de defesa *pessoais*, “a incapacidade do credor para receber a prestação, a condição ou o termo a que se refira apenas a um dos credores e o vício da vontade que também respeite a só um deles”⁹².

O art. 530.º, relativo à *prescrição*, no seu n.º 1, refere que, na possibilidade do direito de um dos credores se tiver mantido, seja por suspensão ou interrupção da prescrição ou outra causa, e os direitos dos outros credores tiverem prescrito, é possível ao devedor opor a esse credor - cujos créditos ainda se mantêm -, a prescrição do crédito relativa a estes últimos.

De outro lado, a renúncia à prescrição, feita pelo devedor a um dos credores, não aproveita aos restantes, art. 530.º, n.º 2.

III – Relações entre os credores

Diz o art. 529.º, n.º 2, se a prestação se tornar impossível por facto imputável a um dos credores, este fica obrigado a indemnizar os outros credores solidários.

⁹¹ ALMEIDA COSTA, op. cit., pág. 681.

⁹² Ibid, pág. 681.

O credor que viu o seu direito satisfeito além do que lhe cabia, terá este que satisfazer aos outros credores solidários a parte que lhes cabe no crédito comum, conforme o art. 533.º.

Adiante-se ainda, que se presume, conforme o art. 516.º, que os credores solidários participam no crédito em partes iguais.

Desta forma, também aqui e em consonância com a solidariedade passiva, a extinção da obrigação solidária faz surgir uma obrigação conjunta, na qual, será devedor, o credor solidário beneficiário, e credores, os restantes sujeitos activos da relação obrigacional inicial⁹³.

4.4. A SOLIDARIEDADE NA RELAÇÃO FIDEJUSSÓRIA

A questão que se trata aqui, é a de saber se existe compatibilidade entre, o regime da solidariedade, referido no art. 101.º, do Cód. Com., das *fianças comerciais*, e, entre o regime da *fiança civil comum*, baseado, para o fiador, no benefício da excussão⁹⁴. Assim, na *fiança comercial* e, por força do art. 101.º do Cód. Com., as obrigações do devedor principal e do fiador seriam solidárias, ao passo que, na *fiança civil comum*, estaria afastada a solidariedade, devido ao benefício da excussão.

JANUÁRIO DA COSTA GOMES, refere que o benefício da excussão, não é um impedimento à regra da solidariedade, dizendo que, o art. 512.º, n.º 2, do Cód. Civ., admite a existência de obrigações solidárias⁹⁵, mas adianta, que tal compatibilização, só existirá até ao momento em que se invoque o *benefício da excussão*⁹⁶.

O referido autor, em jeito de conclusão, expressa que, “o que a lei comercial consagra, por razões específicas, é simplesmente a *negação do benefício da excussão* como regime regra da fiança mercantil”⁹⁷.

Outro fundamento alegado, contra a solidariedade da obrigação do fiador, é outra característica da fiança, a *acessoriedade*. Considera-se, assim, que a posição do fiador não se identifica com a posição do condevedor solidário, mesmo quando aquele se

⁹³ ALMEIDA COSTA, op. cit., pág. 683.

⁹⁴ JANUÁRIO DA COSTA GOMES, Assunção, págs. 261 e ss..

⁹⁵ Ibid, pág. 268.

⁹⁶ Ibid, pág. 269.

⁹⁷ Ibid, pág. 269.

obrigou como principal pagador. É o que considera ALMEIDA COSTA, dizendo que a obrigação do fiador “embora não seja *subsidiária* em face do credor, continua a ser *acessória* em relação à do devedor afiançado”⁹⁸.

⁹⁸ ALMEIDA COSTA, op. cit., pág. 797.

5. A JURISPRUDÊNCIA

Vamos agora fazer um breve desenvolvimento sobre a jurisprudência em Portugal sobre o problema da validade da fiança *omnibus*.

A desenvolvimento da jurisprudência portuguesa na questão relativa à validade da fiança *omnibus*, pode ser dividida em três fases, de acordo com JANUÁRIO DA COSTA GOMES⁹⁹. Ou dito de outra forma, pode ser dividida em duas fases, e depois há um aresto do RC, que representa o prognóstico de inaugurar uma terceira fase¹⁰⁰.

Na *primeira fase*, refere o autor, encontram-se os Acs. RL 27.06.1985, RC 17.03.87 e RL 01.10.92¹⁰¹.

Nesta fase, a jurisprudência admite a validade das fianças com cláusulas *omnibus*, basicamente com o recurso ao argumento da determinação *per relationem*.

O único aresto que tem interesse significativo na *primeira fase*, considera o ilustre autor¹⁰², é o Ac. RL 27.06.85, que considera válida uma fiança, em que os fiadores se responsabilizam como “garantes e principais pagadores de todas as responsabilidades que a devedora venha a ter para com o dito banco seja qual for a proveniência desse título”¹⁰³. A justificação assenta em dois argumentos fundamentais¹⁰⁴. O *primeiro*, é que, sendo o credor um banco, “com uma actividade comercial bem conhecida e definida, está implícito no objecto da fiança todo o acto ou contrato relacionados com o seu comércio bancário, inseridos numa cadeia de múltiplos negócios com o mesmo cliente”¹⁰⁵. O segundo argumento, dá enfoque na qualidade dos fiadores, que eram sócios e gerentes da devedora, pelo que ao tentarem eximir-se das responsabilidades, não actuavam “segundo um comportamento de lealdade e de correcção”¹⁰⁶.

⁹⁹ JANUÁRIO DA COSTA GOMES, Assunção, págs. 661 e ss..

¹⁰⁰ Ibid, pág. 665.

¹⁰¹ Ibid

¹⁰² Ibid, pág. 667.

¹⁰³ CJ X (1985), t. 3, pág. 181, apud, JANUÁRIO DA COSTA GOMES, Assunção, pág. 667.

¹⁰⁴ JANUÁRIO DA COSTA GOMES, Assunção, pág. 667.

¹⁰⁵ CJ X (1985), t. 3, pág. 181, apud, JANUÁRIO DA COSTA GOMES, Assunção, pág. 667.

¹⁰⁶ JANUÁRIO DA COSTA GOMES, Assunção, pág. 667.

Em relação à *segunda fase* identificada na jurisprudência, podemos encontrar os “Acs. STJ 19.02.91, STJ 21.01.93, STJ 11.05.93, RP 31.01.94, STJ 10.05.94, STJ 15.06.94, RC 18.10.04, STJ 14.12.94, RP 28.05.96 e o Ac. STJ 18.06.96”¹⁰⁷.

Esta *segunda fase*, revela particular interesse na necessidade de determinação ou pelo menos determinabilidade do objecto da garantia, no entanto, apresentando várias tendências¹⁰⁸, mas em todos eles revelam como necessário a determinação, ou determinabilidade do objecto da garantia¹⁰⁹.

A *primeira tendência* é a de que o momento determinante para apurar a determinação ou determinabilidade do objecto é o da prestação da fiança, e não o momento em que o fiador é chamado a responder, como previsto nos Acs. do STJ 19.02.91, 11.05.93, 10.04.94 e 18.06.96¹¹⁰.

A *segunda tendência* é marcada por admitir a validade da fiança omnibus “prestada para garantia de todas as *obrigações já constituídas*, ainda que as mesmas não estejam quantificadas ou não sejam identificadas as fontes de onde provêm”¹¹¹.

A *terceira tendência* é a de considerar que a referência aos títulos de onde provirão as obrigações futuras, é critério suficiente para aferir a determinabilidade da fiança *omnibus*¹¹².

A *quarta tendência* é, “a de considerar a fixação de um *montante máximo* de responsabilidade do fiador como critério objectivo e limitativo da determinação”¹¹³.

A *quinta tendência* é marcada pelo aproveitamento dos formulários *omnibus*, sendo visível no Ac. STJ 19.02.91, e que, é aproveitado em termos de eficácia, «a parte da declaração da fiança relativa às obrigações “emergentes ou relacionadas com garantias bancárias”»¹¹⁴, e também no Ac. 21.01.93, onde é aproveitada, «em termos de eficácia, a parte da declaração fidejussória relativa a “quaisquer responsabilidades assumidas”»¹¹⁵.

¹⁰⁷ Januário da Costa Gomes, Assunção, pág. 667.

¹⁰⁸ Ibid, pág. 668.

¹⁰⁹ Ibid, pág. 668.

¹¹⁰ Ibid, pág. 669.

¹¹¹ Ibid, pág. 669.

¹¹² Ibid, pág. 670.

¹¹³ Ibid, pág. 670.

¹¹⁴ Ibid, pág. 670.

¹¹⁵ Ibid, pág. 670.

A *sexta tendência* é a do posicionamento dos fiadores relativamente à empresa devedora, mesmo quando sejam sócios dirigentes dessas, não apresentar especial relevo para a determinação ou determinabilidade da fiança *omnibus*¹¹⁶.

O Ac. da RC de 26.05.98¹¹⁷, encontra-se substancialmente integrado na segunda fase, mas pela inovação que imprimiu no panorama jurisprudencial nacional, JANUÁRIO DA COSTA GOMES dá um enfoque especial, razão pela qual o destaca como o início de uma *terceira fase*¹¹⁸. Esta fase, não prescindindo da exigência de determinação, ou pelo menos determinabilidade, foca especialmente, nas fianças *omnibus* sem limite máximo, a qualidade dos fiadores e a sua ligação com a empresa devedora.

Este Acórdão em análise, opta pela validade da fiança, considerando determinável o objecto, pela posição que os fiadores ocupavam na respectiva empresa, dando os argumentos de que, “os fiadores sabem, e o banco credor sabe também, que a afiançada é uma sociedade por quotas, com um determinado estatuto social, que pode desenvolver determinados negócios e só esses, e que, para os desenvolver, tem de socorrer-se do comércio bancário, aproveitando-se do crédito fornecido pela banca, mas naturalmente responsabilizando-se pelas obrigações daí nascidas”¹¹⁹, adiantando ainda, “Eles, os fiadores, são os sócios-gerentes da sociedade para a qual, com a sua fiança, conseguiram o crédito de que esta necessitava. Eles sabem qual é o limite quantitativo da sua fiança porque foram eles quem subscreveu os empréstimos obtidos para a sua empresa. Dentro dos limites do crédito concedido eles só vão, enquanto empresa, até onde quiserem ir; e como pessoas singulares, como fiadores, eles sabem sempre até onde foram”¹²⁰.

Portanto, o Acórdão aqui em apreço, considera não existir indeterminabilidade, pelo facto dos fiadores serem sócios-gerentes da sociedade, e desta forma estarem em perfeitas condições de controlar as obrigações que façam nascer.

¹¹⁶ JANUÁRIO DA COSTA GOMES, Assunção, pág. 671.

¹¹⁷ Proc. n.º 229/97 PR 15-97

¹¹⁸ JANUÁRIO DA COSTA GOMES, Assunção, pág. 671.

¹¹⁹ Ac. da RC de 26.05.98

¹²⁰ Ac. da RC de 26.05.98

5.1. AUJ 4/2001

Antes de avançar, só mais uma questão a acrescentar relativamente à jurisprudência portuguesa.

É que através do acórdão de uniformização de jurisprudência n.º 4/2001, de 23 de Janeiro de 2001, o STJ, veio fixar jurisprudência da seguinte forma, “é nula, por indeterminabilidade do seu objecto, a fiança de obrigações futuras, quando o fiador se constitua garante de todas as responsabilidades supervenientes de qualquer operação em direito consentida, sem menção expressa da sua origem ou natureza e independentemente da qualidade em que o afiançado intervenha”.

A situação consubstanciava-se no seguinte: um banco intenta uma acção de condenação contra A, B e C, sócios de uma sociedade, e seus respectivos cônjuges, e que eram fiadores da sociedade, a qual tinha pedido financiamento junto daquele banco, mas que, entretanto, deixaram de ser sócios da respectiva sociedade.

Neste caso em concreto, o STJ debruçava-se sobre a questão de saber se a fiança seria válida ou nula, por indeterminabilidade do seu objecto. Para análise desta questão, o STJ pronunciou-se sobre a cessão de quotas pelo fiador *omnibus*¹²¹, sobre a determinabilidade horizontal¹²², determinabilidade vertical¹²³, e mostrou-se especialmente sensibilizado para a posição do fiador¹²⁴.

Após se versar sobre estas questões em análise, o STJ pronunciou-se, fixando jurisprudência, como já se teve a oportunidade de expor neste ponto.

¹²¹ JANUÁRIO DA COSTA GOMES, Estudos de direito das garantias, vol. I, Almedina, 2004, pág. 121.

¹²² Ibid, pág. 125.

¹²³ Ibid, pág. 128.

¹²⁴ Ibid, pág. 133.

6. DETERMINABILIDADE DO OBJECTO DA FIANÇA OMNIBUS

Sendo a *fiança omnibus*, uma garantia “prestada para todas as obrigações, actuais ou futuras, do devedor principal nascentes de *certos e determinados tipos ou categorias de actividades* por ele desenvolvidas”¹²⁵, e, sendo prestada, geralmente, por um banco para satisfazer as necessidades das sociedades comerciais, no sentido de suprir as suas insuficiências creditícias, não se almeja tranquila a determinação ou determinabilidade do objecto da *fiança omnibus*, fruto das próprias actividades desenvolvidas por essas sociedades, e pelas vicissitudes específicas dos mercados em que se inserem.

No sentido de se tentar estabelecer a determinabilidade da *fiança omnibus*, foram desenvolvidas várias tentativas de forma a atingir esse objectivo. Dessa maneira foram construídos vários critérios que propusessem resolver a questão, critérios esses que vão agora ser enunciados.

6.1. PER RELATIONEM

A tese deste critério, consubstancia-se no facto de que a validade da fiança, está assegurada pela relação estabelecida entre o banco e o devedor principal, dado que pelo regular exercício da actividade do banco – bem características, de fácil cognoscibilidade e sujeita a regras específicas e ao controlo governamental -, e a actividade desenvolvida pelo devedor principal, davam indícios suficientes o fiador para prever a sua responsabilização perante o credor.

Desta forma, pelo exercício das actividades do banco e do devedor, e da relação especial entre eles estabelecida, constituiriam indícios suficientes para aferir da determinabilidade do objecto da *fiança omnibus*.

De salientar que esta tese teve bastante acolhimento em *Itália*, tanto na doutrina, nomeadamente, para autores como FRAGALI, RESCIGNO, COSTANZA, BOZZI, RASCIO, MASTRAPAOLO, PORTALE e MACCARONE¹²⁶, “autores para quem a determinabilidade está

¹²⁵ JOÃO CALVÃO DA SILVA, Estudos de direito comercial (pareceres), 1999, pág. 332.

¹²⁶ JANUÁRIO DA COSTA GOMES, Assunção, pág. 627.

assegurada *per relationem*, em virtude dos futuros negócios que serão realizados entre o banco e o devedor”¹²⁷, assim como na jurisprudência, na *Cassazione*¹²⁸.

6.2. A DENÚNCIA DA FIANÇA *OMNIBUS* PELO FIADOR

O cerne desta tese gira em torno do fiador, e na possibilidade deste se desvincular da fiança *omnibus*, pela possibilidade de denúncia.

É prática habitual na contratação de garantias fidejussórias, que estas sejam feitas por tempo indeterminado. Perante esta realidade, e devido aos factores característicos da fiança *omnibus*, colocou-se a hipótese do garante, ter “a possibilidade de pôr fim à sua relação mediante a *denúncia unilateral do contrato*”¹²⁹.

Esta hipótese, do fiador extinguir a qualquer momento a fiança *omnibus*, no caso de não ter sido aposto prazo, é pensado para que o garante, não fique a assistir à relação fidejussória de forma impotente, perante o possível endividamento do devedor principal, e potencialmente seu.

É de considerar, que os defensores desta tese, salientam que esta possibilidade, não prejudicaria o banco credor, pois a situação apenas gerava efeitos para o futuro, operando esses efeitos, após a dissolução do vínculo, sendo que as dívidas contraídas pelo devedor principal até esse momento, manteriam a força da garantia prestada pelo fiador¹³⁰.

A questão estaria em saber, se na possibilidade de as partes não terem estabelecido qualquer prazo, se existe a aplicação do regime do art. 654.º, para efeitos de desvinculação, ou se a denúncia pode ser operada a qualquer momento, conforme é característica dos contratos celebrados por tempo indeterminado¹³¹.

¹²⁷ JANUÁRIO DA COSTA GOMES, Assunção, op. cit., pág. 627.

¹²⁸ Ibid, págs. 632 e ss..

¹²⁹ FREDERICO FARO, Fiança omnibus no âmbito bancário, op. cit., pág. 238.

¹³⁰ Ibid, pág. 239.

¹³¹ JANUÁRIO DA COSTA GOMES, Assunção, pág. 705.

6.3. LIMITAÇÃO VERTICAL

Outra tese argumentada com o sentido de atingir a determinabilidade do objecto da fiança *omnibus*, foi a *limitação quantitativa* da garantia prestada, pela aposição de um montante máximo no momento da contratação.

Para concretiza tal situação foram apresentados argumentos em favor desta tese, os quais eram, por um lado, ao ser estipulado um valor máximo, o fiador sabia até onde poderia ir a sua responsabilização, por outro lado, “ao envolver a menção expressa a uma cifra concreta, consciencializá-lo-ia acerca da seriedade e dos riscos envolvidos em seu compromisso”¹³².

Estaria desta forma, balizado com exactidão, o possível *quantum* pelo qual o fiador poderia vir a ser chamado a responder, tendo assim, plena consciência da potencial exposição patrimonial a que estaria sujeito.

6.4. LIMITAÇÃO HORIZONTAL

Esta tese procura delimitar o objecto da fiança *omnibus*, sujeitando-a a um prazo de duração máximo, considerando que o instituto perderia a sua principal função, mas consumir-se-ia apenas, na transferência dos riscos do negócio principal para o fiador¹³³.

No que diz respeito aos efeitos da *limitação temporal* da fiança *omnibus*, há três linhas de pensamento que convém destacar¹³⁴.

A *primeira*, é no sentido de que, havendo as partes acordado um prazo para o término dos efeitos da fiança, e, chegado o termo final da vigência dela, tal situação resultava na imediata caducidade da garantia prestada¹³⁵.

A *segunda* concepção, pauta-se no sentido de que o fiador responde apenas pelas obrigações que, durante a vigência do prazo, se hajam constituído e vencido¹³⁶.

¹³² FREDERICO FARO, Fiança omnibus no âmbito bancário, pág. 248.

¹³³ Ibid, pág. 259.

¹³⁴ Ibid, págs. 261 e ss..

¹³⁵ Ibid, pág. 261.

¹³⁶ Ibid, pág. 262.

A *terceira* tendência, vai no sentido de que, o fiador é responsável por todas as obrigações que tenham sido constituídas durante a vigência do prazo da garantia prestada. Para esta linha de pensamento, são indiferentes as datas de vencimento das obrigações, interessando unicamente a data da sua constituição¹³⁷, ficando o fiador vinculado à garantia de cumprimento das obrigações contraídas.

6.5. **A INFLUÊNCIA DO FIADOR *OMNIBUS* SOBRE O DEVEDOR PRINCIPAL**

A tese aqui em discussão, tem na sua base, uma constatação da vida prática, sendo que, maioria das vezes, as fianças *omnibus*, são prestadas por sócios ou dirigentes da própria sociedade devedora.

Portanto, essas pessoas, pela especial posição em que se inserem, estão em condições de saber com absoluta precisão o volume da responsabilização a que se encontram adstritos a, possivelmente, responder.

Ou seja, quando o fiador, é sócio ou dirigente da devedora, ocupando uma posição de influência nas actividades desta, ele consegue ter conhecimento prévio, e com exactidão, da dimensão das obrigações constituídas pelo desenvolvimento da actividade da devedora, cobertas pela garantia que o fiador prestou.

6.6. **A ENUMERAÇÃO DAS FONTES DA OBRIGAÇÃO**¹³⁸

Além dos critérios até agora enumerados, começou a indagar-se pela construção de mais um, que teria por finalidade, a *enumeração* de todos os títulos que pudessem fazer nascer as obrigações.

¹³⁷ Frederico Faro, Fiança omnibus no âmbito bancário, pág. 263.

¹³⁸ Januário da Costa Gomes, Assunção, págs. 678 e ss..

Desta maneira, pretendia-se delinear expressamente, a concreta identificação das fontes que fizessem nascer as obrigações garantidas, por forma a solucionar o problema da determinabilidade do objecto da fiança *omnibus*.

De recordar que, podendo a fiança *omnibus* ter origem num número bastante amplo de operações - operações essas que são próprias da actividade desenvolvida pelos bancos na concessão de crédito -, geralmente era aposta na prestação de fiança um termo como “designadamente”, ou sinónimo desse, seguida da expressão “de todas as operações em direito consentidas”, ou expressão similar a essa, para designar as fontes de onde a obrigação pudesse nascer.

Ora, essa situação não era considerada como suficientemente delimitada, para que o fiador pudesse prever com a devida segurança, a extensão da sua vinculação.

Sendo que as possíveis fontes, de onde podem emergir as obrigações de uma sociedade comercial para com um banco, são vastíssimas, considerou-se que a enumeração delas, já constituiria delimitação suficiente, para que o fiador pudesse antever de onde as obrigações surgiriam, e assim seria possível alcançar a determinabilidade do objecto da fiança *omnibus*.

6.7. A AFERIÇÃO CASUÍSTICA¹³⁹

Esta tese, da determinabilidade do objecto da garantia, consubstancia-se no facto de que é considerado que a validade da fiança *omnibus* deve ser feita casuisticamente, porque cada caso apresenta as suas próprias particularidades.

Considera FREDERICO FARO¹⁴⁰, na possibilidade e eventuais abusos por parte do credor, do devedor, ou de ambos, inclusive, assim como, de possíveis conluíus entre eles, a concessão de certos créditos cobertos pela garantia fidejussória, podem passar intactos na análise da regularidade do negócio jurídico, mas ao autor parece “inquestionável que tais vicissitudes deverão ser aquilatadas, então, sob o feixe da *eficácia* do negócio e, mais particularmente, sob a ótica da *boa fé objectiva*”¹⁴¹.

¹³⁹ FREDERICO FARO, Fiança omnibus no âmbito bancário, págs. 302 e ss.

¹⁴⁰ Ibid, pág. 306.

¹⁴¹ Ibid, op. cit., pág. 306.

Adianta o referido autor à frente¹⁴² que, o debate a respeito da legitimidade da fiança omnibus, deverá sofrer uma alteração no seu paradigma, devendo passar a focar-se no regular exercício da garantia, por parte do credor e do devedor.

¹⁴² FREDERICO FARO, Fiança omnibus no âmbito bancário, pág. 307.

7. EXPOSIÇÃO PROBLEMÁTICA

Portanto, de tudo o que até agora foi exposto, chega-se a altura de concretizar.

Desta maneira, vamos construir, e para demonstrar melhor, colocar-se-ão algumas hipóteses possíveis, utilizando de base, uns casos exemplificativos que JANUÁRIO DA COSTA GOMES enumera¹⁴³. Estas possíveis hipóteses, têm como referência uma fiança *omnibus*, prestada a favor de um banco por uma sociedade de responsabilidade limitada, sem oposição de limite máximo, nem indicação circunscrita das operações¹⁴⁴.

Vamos partir então à análise desses casos. O *primeiro* desses casos, dá-se quando “a fiança é prestada por um amigo ou parente do sócio-gerente duma sociedade, que, não tendo (nem passando a ter) contacto com a vida da empresa (nomeadamente com a sua tesouraria) presta fiança para acudir ao amigo”¹⁴⁵.

Ora, aqui em jogo estão interesses de ordem económica e pessoal, mas que não se conjugam os dois simultaneamente, nas pessoas aqui em causa. Por outras palavras, para o devedor, o até pode existir uma vertente pessoal, pela relação confiança na pessoa do fiador, mas a vertente é necessariamente, e primordialmente, económica. Já para o fiador, a vertente é exclusivamente pessoal. Pode ter um interesse no sucesso da empresa devedora, derivado da relação de amizade com o devedor, mas o interesse não deixa de ser puramente pessoal.

Além disso, a única ligação que o fiador apresenta com a sociedade devedora, passa pela figura do sócio, não tendo conhecimento do que se possa passar a nível da tesouraria, apresentando-se como uma relação muito ténue, não dispondo de meios onde possa aferir, antecipadamente e com o mínimo de certeza, o possível *quantum* da sua responsabilidade, resultado das relações entre banco e cliente.

Portanto, só resta concluir, que a condição da relação entre o fiador e o sócio, seja de amizade ou parentesco, não condicionando de forma alguma os negócios da empresa, não apresenta condições de se poder aferir pela determinabilidade do objecto da garantia.

¹⁴³ Januário da Costa Gomes, Assunção, págs. 685 e ss.

¹⁴⁴ Ibid, pág. 685.

¹⁴⁵ Ibid, pág. 685-6, identificado aí como, Caso A.

O *segundo* dos casos ocorre quando, “a fiança é prestada por um dos vários sócios da sociedade, da qual nunca ou só raramente recebe lucros e cuja evolução não (ou mal) acompanha”¹⁴⁶.

Nesta situação, o sujeito em apreço já apresenta um interesse directo, um interesse de ordem económica, no bom andamento da empresa. No entanto, este sócio, é um sócio que nunca ou raramente recebe lucros, e mal acompanha o desenvolvimento da sociedade. Ou seja, é um sócio que não se encontra muito empenhado na sociedade, nem por dentro da vida desta, que «terá “embarcado” num projecto para “fazer número”, ou “para ver o que dá”, e que se encontra arredado, por opção, impossibilidade ou imposição, do “palco dos acontecimentos”¹⁴⁷.

Poderá, neste caso resultar a determinabilidade do objecto da fiança omnibus? Não parece. É que esta hipótese apresenta semelhanças com a analisada anteriormente, com a diferença que aqui, o fiador, se apresenta com um interesse económico e directo sobre a sociedade, mas mesmo assim, não apresenta qualquer tipo de influência ou controlo sobre os negócios da sociedade, não existindo desta forma, determinabilidade do objecto da garantia.

O *terceiro* caso dá-se quando, “a fiança é prestada por um sócio minoritário, sem poderes de gerência, que tem, no entanto, conhecimento pormenorizado dos negócios da sociedade, estando, assim, em condições de conhecer as operações bancárias a celebrar (e celebradas) com o banco credor”¹⁴⁸.

Este caso apresenta similitudes com o anterior, mas neste, o sócio, é um sócio informado, que acompanha a vida da empresa, que tem conhecimento da evolução da mesma.

No entanto, isso não se apresenta como condição suficiente para a resposta deixar de ser a mesma que na situação anterior foi exposta. É que, apesar de ser um sócio informado, tendo conhecimento pormenorizado do que se passa, este continua a não ter poder de controlo, por forma a impedir os vínculos da sociedade.

¹⁴⁶ Januário da Costa Gomes, Assunção, págs. 686-7, aí denominado como, Caso B.

¹⁴⁷ Ibid, pág. 687.

¹⁴⁸ Ibid, pág. 687, aí denominado como, Caso C.

Assim, nesta situação, conclui-se pela indeterminabilidade do objecto da garantia.

A *quarta* hipótese sucede quando, “a fiança é prestada por um dos vários sócios da sociedade do Caso B, com a diferença de que o fiador é sócio-gerente da mesma, sem cuja assinatura o empréstimo do banco não pode viabilizar-se”¹⁴⁹.

Esta situação apresenta uma grande inovação, é que, aqui o fiador é, sócio-gerente da empresa, e, além disso, a sua assinatura é indispensável para seja possível obter o empréstimo do banco.

Aqui, o fiador, sendo sócio-gerente, além de ter um nível de conhecimento profundo sobre a vida da sociedade devedora, está em condições de controlar os negócios da empresa. Desta maneira, controlando os negócios da sociedade devedora, encontra-se em perfeitas condições de controlar o seu andamento, e o seu volume de endividamento, e indirectamente, na qualidade de fiador, de controlar e conhecer a dimensão da sua própria responsabilidade fidejussória. O sócio aqui, não se apresenta como um estranho às relações entre a sociedade devedora e o banco, já que ele é decisivo na vinculação daquela para com este. Nesta situação, o sócio-gerente, além de gerir a vida da empresa, gere igualmente o seu possível endividamento, apresentando igualmente, uma exposição patrimonial directa e indirecta.

Desta forma, o fiador encontra-se em perfeitas condições de controlar a sua responsabilidade fidejussória. No próprio momento da vinculação, não há em rigor, como diz JANUÁRIO DA COSTA GOMES, “Ubersehbarkeit e kalkulierbarkeit no próprio momento da vinculação fidejussória, mas ocorre uma situação de controlo e de poder ao longo da relação fidejussória que satisfaz as preocupações que estão na base daquelas exigências”¹⁵⁰. Quer isto dizer que, quando é prestada a fiança *omnibus*, não se tem conhecimento da potencial dívida, e, conseqüentemente, da responsabilidade fidejussória, pois tal situação depende de vários factores, como a evolução da empresa ou factores próprios do mercado em que está inserida, mas, “no entanto, o fiador encontra-se em perfeitas condições de dosear a sua vinculação, dele dependendo o quantum dessa

¹⁴⁹ JANUÁRIO DA COSTA GOMES, Assunção, págs. 687-8, aí denominado como, Caso D.

¹⁵⁰ Ibid, pág. 688.

vinculação. Tanto basta para que esteja preenchida a *ratio* da exigência da determinabilidade.”¹⁵¹.

É que desta forma, “por intermédio da fiança *omnibus*, portanto, comando, risco e responsabilidade passam a estar reunidos na mesma pessoa (sócio)”¹⁵².

Parece que, nesta situação, haverá determinabilidade do objecto da fiança *omnibus*.

O *quinto* caso dá-se quando, “a fiança é prestada por gerente da sociedade, que não é seu sócio, mas controla os negócios da empresa”¹⁵³.

Aqui a situação apresenta uma diferença, é que apesar de controlador dos fluxos, este não é sócio, ou seja, não tem uma sujeição patrimonial inicial, nem está obrigado a quinhonar nas perdas, como decorre do art. 20.º, do CSC, assim como neste caso específico, o referido nos arts. 198.º, 209.º e 210.º, todos do CSC.

Mas, ainda assim, o gerente tem um interesse directo no bom andamento da sociedade, assim como, estão adstritos a observar alguns deveres fundamentais, art. 64.º CSC, e poderão ser responsabilizados civilmente pela sua gestão, como decorre dos arts. 71.º e segs., do CSC, especialmente o presente, nos arts. 72.º, 78.º e 79.º.

Relativamente ao interesse directo que os gerentes podem ter no bom andamento da sociedade, diz respeito à sua remuneração, à qual tem direito, e que, não dispendo os estatutos de fórmula diversa, esta será fixada pelos sócios, n.º 1, do art. 255.º, do CSC. Mas tal reflecte-se mais expressamente nas hipóteses, não raramente existentes, de ser aposta no contrato de sociedade, uma cláusula prescrevendo que a remuneração dos gerentes pode consistir, total ou parcialmente, em participação nos lucros da sociedade, art. 255º, n.º 2, do CSC.

Observado o interesse directo, mas não sendo sócio, poderá o objecto da fiança *omnibus* ser determinável pelo gerente da empresa? Crê-se que sim. É que a resposta será a mesma que a da situação acima descrita, porque apesar do gerente não ser sócio, ele

¹⁵¹ JANUÁRIO DA COSTA GOMES, Assunção, op. cit., pág. 688.

¹⁵² FREDERICO FARO, Fiança omnibus no âmbito bancário, op. cit., pág. 284.

¹⁵³ JANUÁRIO DA COSTA GOMES, op. cit., pág. 688, aí denominado como, Caso E.

controla o fluxo de vinculação, desta forma, “o dirigente controla o nível de endividamento da empresa e mediatamente o seu próprio nível de endividamento”¹⁵⁴.

O *sexto* caso ocorre quando, “a fiança é prestada pelo *único sócio* da sociedade devedora”¹⁵⁵.

Esta hipótese, apresenta nítidas parecenças com a quarta hipótese, acima exposta. Mas aqui, a situação de identificação do fiador com a sociedade, é ainda mais patente. Portanto, não poderá deixar de haver a mesma solução, e, assim, afirma-se pela determinabilidade do objecto da fiança *omnibus*.

7.1. PRINCÍPIO DA BOA FÉ

Mas toda a questão não fica por aqui, havendo ainda aspectos que merecem uma análise.

O ponto aqui a ter em atenção, representa um princípio fundamental da ordem jurídica, com enorme expressão no campo das relações civis, com grande enfoque no domínio dos contratos, falamos do princípio da *boa fé*, que “exprime a preocupação da ordem jurídica pelos valores *ético-jurídicos* da comunidade, pelas particularidades da situação *concreta* a regular e por uma *juridicidade social e materialmente fundada*”¹⁵⁶.

Há que fazer uma distinção, a *boa fé objectiva* e a *boa fé subjectiva*. A *boa fé subjectiva* “tem em vista a situação de quem *julga actuar em conformidade com o direito*, por desconhecer ou ignorar, designadamente, qualquer vício ou circunstância anterior”¹⁵⁷, e, a *boa fé objectiva*, “constitui uma *regra jurídica*, é um *princípio normativo* transpositivo e extra-legal para que o julgador é remetido a partir de *cláusulas gerais*”¹⁵⁸, sendo que no âmbito dos contratos, apresenta extrema importância, que as partes devem observar e que as encarrega de proceder de “um modo *honesto, correcto e leal*, não só

¹⁵⁴ JANUÁRIO DA COSTA GOMES, Assunção, op. cit., pág. 688.

¹⁵⁵ Ibid, pág. 688, aí denominado como, Caso F.

¹⁵⁶ C. A. MOTA PINTO, Teoria geral do direito civil, pág. 124.

¹⁵⁷ Ibid, pág. 125.

¹⁵⁸ Ibid, pág. 125.

impedindo assim comportamentos *desleais* como *impondo* deveres de *colaboração* entre eles”¹⁵⁹.

Pode ainda dizer-se, que a *boa fé* em sentido *objectivo*, “acompanha a relação contratual desde o seu início, permanece durante toda a sua vida e subsiste mesmo após se ter extinguido”¹⁶⁰.

Assim, regendo-se as partes pela *boa fé objectiva*, poderá ser possível que esta se apresente para o fiador, como mais uma ferramenta para aferir da extensão da sua vinculação. É que uma das manifestações mais relevantes da *boa fé*, concretiza-se no *princípio da confiança*, confiança esta que para subsistir, terão as partes, a todo o tempo, de se pautar de forma honesta, correcta e leal, como já enunciado.

Portanto, num âmbito de cooperação, esta confiança para existir entre todas as partes envolvidas, tem que acontecer logo no primeiro contacto, e manter-se no percurso de toda a relação. Neste sentido, estão as partes adstritas a um dever de informação, que subsistirá a todo o tempo. Assim, logo de início, deverão as partes informar-se e, ser informadas, de forma criteriosa e diligente, sobre os contornos envolventes à relação a constituir. Mas não é, informar só por informar, é informar dizendo a verdade, realizando-o de maneira exacta e com precisão, correcta e clara.

Mas, não quer isso dizer, que tenha de ser partilhada toda a informação a todo o tempo. Quer isto sim dizer, que a informação a ser partilhada, consubstancia-se nos dados estritamente necessários e essenciais à conclusão e regular desenvolvimento do negócio. Exemplificando, para o fiador, não quer dizer que este tenha direito a toda a informação das relações que são estabelecidas, ou que se vão estabelecer, entre o credor e o devedor, ou que seja necessária a sua anuência para o financiamento daquele a este – não obstante a posição de controlo, ou outra, se a houver, do fiador, sobre a empresa devedora.

É que, por existir o dever de informação, este não confere um direito de ingerência na vida da empresa devedora, nem do banco, não podendo restringir os seus campos de actuação, por também existir uma relação de confiança entre o banco e a empresa devedora. O que se trata sim, é da correcta e legítima ponderação de interesses, no sentido de que não exista quebra de confiança entre as partes.

¹⁵⁹ C. A. MOTA PINTO, op. cit., pág. 125.

¹⁶⁰ Ibid, pág. 126.

De outra forma. Terão que existir limites no dever de informar na fiança *omnibus*, sendo que a informação prestada ao fiador, não pode pôr em dúvida as outras relações existentes, mas deve ser a necessária para que ele possa antever com a mínima certeza, o seu possível endividamento.

Mas quando se der a exigência de informar, esta informação terá que ser dada com precisão e honestidade.

Ora, nas situações acima identificadas – concretamente da quarta hipótese à sexta -, tudo o aqui exposto não se firma aí. Ou seja, o *princípio da boa fé* no seu sentido *objectivo* deve continuar a actuar em toda a sua amplitude, mas o que se quer dizer é que, enquanto o *dever de informação* surge enquanto ferramenta de maior utilidade, na previsão de quanto o fiador pode vir a ser responsável na relação fidejussória, nesses casos, isso não se torna necessário, é que reunindo na mesma pessoa, fiador e gerente, ele encontra-se sempre em condições propícias, para ter conhecimento, do volume da sua possível responsabilização.

7.2. ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS

Outro aspecto que apresenta grande relevo é o da alteração das circunstâncias e como pode influir na fiança prestada. Irão analisar-se duas questões, a do *património do devedor*, e a *cessão da qualidade de controlador de fluxo de vinculação* do devedor.

Património do devedor

Poderá ser possível nesta situação, de eventual diminuição patrimonial do devedor ou a insuficiência de outras garantias para a satisfação do crédito, que o fiador pretenda tornar ineficaz a fiança prestada? Parece não ser possível, porque não se cumpriria a tarefa da fiança, de garantir a satisfação do crédito do credor contra o devedor, pois a assunção de tais riscos faz parte do conteúdo da fiança¹⁶¹.

¹⁶¹ JANUÁRIO DA COSTA GOMES, Assunção, pág. 811.

Mas não se pode ficar por aqui a análise desta situação, correndo o risco de uma modesta apreciação da mesma.

Já se viu que a envolvimento em que a fiança omnibus é prestada, está sempre a sofrer grandes alterações, em virtude das vicissitudes e especificidades próprias dessa mesma envolvimento e do risco inerente à vida mercantil, portanto, é natural que o património das partes – e o do devedor aqui especificamente – sofram alterações. Mas nem por isso, se deve permitir que o fiador se tente eximir, levemente, das suas obrigações. Mas não se pode igualmente sujeitar o fiador, e o seu património, a arcar com todas as consequências de qualquer tipo de gestão que possa ser exercida por parte da empresa devedora.

Considerando que não se recorra ao instituto da alteração das circunstâncias, em toda e qualquer situação, o mesmo não pode deixar de ser utilizado, devendo comportar algumas excepções para a sua aplicação. E no nosso ordenamento, isso está previsto no Cód. Civ., nos arts. 437.º a 439.º., para as condições de *admissibilidade de resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias*, no art. 227.º, para a *culpa na formação dos contratos*, e, no art. 762.º, n.º 2, consagrando o *princípio da boa fé*.

Questão que se coloca¹⁶², é a de saber se haverá alguma incompatibilidade entre a fiança e a utilização do instituto da alteração das circunstâncias. Não parece que assim seja, sendo a sua utilização da maior utilidade, por parte do fiador, para que este não fique estático e impotente, perante o grau de risco a que pode ser exposto, risco esse, que pode ser “gravemente atentatório dos princípios da boa fé”¹⁶³.

Mas tal não significa que se recorra à alteração das circunstâncias em todas as situações de diminuição patrimonial do devedor, porque devido ao seu próprio objecto e do mercado em que se insere, isso faz parte dos circunstancialismos e condicionantes. Tem que se proteger o fiador, mas também não se pode prejudicar a execução da garantia.

É ainda permitido ao fiador – que não tenha requerido a resolução ou modificação do contrato da fiança -, a possibilidade de paralisar a pretensão do credor, se o exercício desse direito se mostrar *abusivo*¹⁶⁴.

¹⁶² JANUÁRIO DA COSTA GOMES, Assunção, pág. 820.

¹⁶³ Ibid, pág. 820.

¹⁶⁴ Ibid, pág. 821-2

A cessação da posição

Esta apresenta-se como outra das situações possíveis, e surge quando uma pessoa, além de fiador, se apresenta igualmente, ou como sócio, ou como gerente da sociedade devedora, ou, inclusivamente, quando se reveste nessas duas qualidades simultaneamente, mas, entretanto, *cessa* essa sua posição dentro da sociedade.

Vamos iniciar esta análise, quando o fiador é (só) *sócio* da empresa. A dificuldade, coloca-se no campo de saber se, quando a fiança é prestada por um *sócio*, a intenção deste seria a de ficar vinculado à fiança mesmo depois de terminado o seu vínculo com a empresa, ou se era apenas sua intenção manter-se vinculado à fiança, enquanto permanecesse o seu vínculo com a empresa.

A situação já foi debatida entre nós e HENRIQUE MESQUITA, concluiu que, “sempre que, portanto, o sócio de uma sociedade declare que garantirá (v. g. como fiador) o cumprimento das obrigações que a firma a que pertence venha a assumir *no futuro*, a sua declaração deve ser interpretada, *mesmo que nela se não contenha essa restrição ou ressalva*, no sentido de que a garantia prestada *abrange apenas as obrigações que venham a ser assumidas pela devedora enquanto o garante for sócio dela*”¹⁶⁵, adiantando ainda o ilustre autor, “é essa, seguramente, a *vontade real* do declarante; e é esse também, por outro lado, o sentido que um *declaratório normal* atribuirá à declaração”¹⁶⁶¹⁶⁷.

Mas a jurisprudência tem sido contrária à posição de HENRIQUE MESQUITA, presente nos Acs. RL 7.10.86 e de 1.10.92, e ainda o Ac. STJ de 10.10.93, que a perda dessa qualidade não determinava a caducidade das fianças, mas sim que, se fosse essa a sua vontade, deveria ter sido estabelecida¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Fiança, pág. 27, apud, JANUÁRIO DA COSTA GOMES, Assunção, op. cit., pág. 822.

¹⁶⁶ Garantias bancárias, págs. 457-458, apud, JANUÁRIO DA COSTA GOMES, Assunção, op. cit., pág. 822.

¹⁶⁷ HENRIQUE MESQUITA não é o único a partilhar desta opinião, nesse sentido, EVARISTO MENDES, Garantias bancárias, pág. 458, apud, JANUÁRIO DA COSTA GOMES, pág. 823, onde a diferença na linha de pensamento daqueles autores, se resume a que, para Henrique Mesquita, a caducidade da garantia prestada acompanha a cessação da qualidade de sócio, enquanto que, para Evaristo Mendes, a oposição por parte do fiador só pode ocorrer se, à data da constituição da nova obrigação, o credor tivesse conhecimento da perda de qualidade de sócio.

¹⁶⁸ JANUÁRIO DA COSTA GOMES, Assunção, pág. 824.

Temos, desta forma que, o desejo do *sócio* se manter como fiador da sociedade, só se mantém, enquanto ele continuar ligado a esta, sendo que, perdendo essa qualidade, já não manterá o interesse em continuar vinculado à fiança prestada a favor da empresa.

A análise recairá agora sobre a situação de quando a fiança é prestada por *gerente* da sociedade. A sorte desta, irá de encontro à situação anterior. Não parece plausível que um *gerente*, depois de terminado o seu vínculo com a empresa, demonstre vontade em se manter fiador desta, e as razões para tal, são as que foram enunciadas para a situação de quando cessa a qualidade de sócio.

Resta agora saber, como será a hipótese da fiança ser prestada por *sócio-gerente*. Esta situação apresentar-se-á mais complicada, é que a perda de uma qualidade, não determina necessariamente a perda de outra, ou seja, o sócio pode deixar de ser gerente, mas, nem por isso, deixar de ser sócio.

Vamos começar pela hipótese do *sócio-gerente*, perder essas duas qualidades, simultaneamente. Aqui, não restarão dúvidas, pois apresenta semelhanças com as situações delineadas anteriormente. É que terminado o seu vínculo com a empresa, não há razões que determinem que a sua *vontade* será a de se manter como fiador da mesma.

Mas então, o que sucederá, quando o *sócio-gerente*, deixar de ser gerente da sociedade? Apresenta-se a mesma resposta às anteriores? Nesta situação não parece que a resposta possa ser a mesma que nas situações anteriores.

Aqui a sua vontade terá que se manifestar de forma expressamente literal e inequívoca. Tal se justifica por força do princípio da boa fé no cumprimento das obrigações, previsto no art. 762.º, do Cód. Civ..

É que, dada a situação específica, não vá o banco credor continuar na crença de que, como a ligação do fiador à empresa não terminou, apesar de ter deixado a gerência da mesma, e, assim, continuar a conceder créditos com base nessa crença. Nem o fiador tentar fugir às suas obrigações, alegando que era só, e absolutamente, naquela condição específica que se vinculava, independentemente de manter, ou não, a sua ligação com a empresa. É que a interpretação desta questão, considera-se, seria demasiado abstracta.

Mas existem ainda outras hipóteses, isto é, considerando naquelas hipóteses em que não está expressamente determinada a sua vontade, e que o fiador – já não sendo, nem sócio, nem gerente da sociedade -, deseja manter esse seu vínculo fidejussório de

garante da empresa, declaração essa que terá que ser feita de forma expressa. E assim se compreende, porque não vá o banco credor crer que o fiador desejou manter o seu vínculo fidejussório, e depois, este, deparado com o volume das suas obrigações, vir afirmar que nunca teve, nem demonstrou essa mesma vontade.

Considerações à parte, por razões de segurança nas relações jurídicas e pelos ditames da boa fé, deverão as partes estipular contratualmente a condição da sua vontade, se a sua vontade for a de unicamente ser fiador, enquanto perdurar aquela situação específica. Ficando adstrito que, no término daquela situação, deverá informar o credor de tal, para que ele possa tomar as devidas providências e diligências, de forma a continuar o seu regular exercício da relação com o devedor.

Há ainda outra consideração a ter em conta, que é a insustentabilidade de manutenção da vinculação fidejussória. Como refere, JANUÁRIO DA COSTA GOMES, “damos por adquirido e pacífico que as relações contratuais duradouras estão sujeitas, como princípio, ao regime da *resolução por justa causa*”¹⁶⁹.

Ou seja, quando a fiança é prestada por sócio, por gerente, ou por sócio-gerente, da sociedade, pode haver determinadas hipóteses que tornem insustentável – até porque, por exemplo, os gerentes podem ser destituídos, como previsto no art. 257.º, do CSC –, a manutenção da relação fidejussória. Mas terá que haver uma devida fundamentação para que haja *justa causa*. Portanto, alegando a *justa causa*, esta para gerar os efeitos pretendidos, terá que ser acompanhada dos respectivos fundamentos, não se bastando, para tal, com uma mera indicação da situação.

Mas, agora, voltando ao assunto controvertido, da fiança prestada por alguém que tenha controlo sobre o fluxo de vinculação da empresa.

Nessa situação, se a pessoa é fiadora e, ao mesmo tempo, tem controlo sobre a vinculação da empresa, ela sabe à partida, a quanto é que se está a vincular. Desta forma, na fiança prestada a favor da sociedade devedora, por alguém que tenha poderes de controlo e vinculação sobre a mesma, o objecto da fiança omnibus é, à partida, determinável, porque o fiador ao vincular a empresa à obrigação constituída, está

¹⁶⁹ JANUÁRIO DA COSTA GOMES, Assunção, pág. 825.

igualmente a vincular-se a si próprio, e está em perfeitas condições de aferir o potencial volume da sua responsabilização.

Mas acrescentando, que isso só sucede, apenas e enquanto o fiador, se mantiver nessa posição de controlo, posição essa privilegiada, para aferir da sua potencial responsabilização. Portanto, deve, de forma diligente, apor esse condicionalismo aquando da constituição da prestação da garantia. E deve igualmente, também diligentemente, dar a conhecer ao credor, de forma literal e expressa, qualquer alteração nessa sua qualidade, e as suas respectivas pretensões.

CONCLUSÃO

É chegada a altura de concluir a presente análise. Dado isso vamos recapitular o aqui exposto.

Como se pôde constatar ao longo do presente estudo, a fiança *omnibus*, foi concebida no âmbito das práticas comerciais, essencialmente, da bancária. Esta teve na sua origem, o propósito de garantir os financiamentos.

Financiamentos esses, essenciais e indispensáveis, procurados pelas sociedades que deles dependiam, não só com vista à manutenção da sua actividade mercantil, mas igualmente para fomentar e imprimir outra dinâmica, e fazer face à concorrência instalada no seio dos mercados onde se inseriam.

Na conjuntura da sociedade actual, que procura respostas céleres e eficazes, as práticas comerciais, não fogem desse contexto, sendo que por essa razão, sempre foi procurado criar os instrumentos necessários para dar resposta a essa situação.

É neste cenário que é criada a fiança *omnibus*, caracterizada pela sua resposta célere e eficaz às necessidades de financiamento das empresas, assim como se apresenta uma figura ágil e flexível no âmbito das relações estabelecidas entre as partes.

É ainda de salientar que a fiança *omnibus*, apresenta enormes vantagens para o credor, mas pode ser desvantajoso para o fiador, pela posição de fragilidade em que se coloca.

Mas para compreender esta figura, não será possível efectuar-lo de forma autónoma ou descontextualizada. Neste sentido, exige-se o devido enquadramento da fiança *omnibus*, por forma a esta ser integrada.

Numa primeira fase foram analisadas as *garantias gerais das obrigações*, demonstrando que por vezes estavam dotadas de insuficiências para satisfação do crédito do credor, e era pretendida outra segurança para colmatar essa situação, entrando, dessa maneira, na equação as *garantias especiais das obrigações*, em que um terceiro, reforça a garantia, com o seu património, na expectativa de satisfação do crédito devido ao credor.

Posteriormente foram analisadas e procedeu-se à distinção entre as *garantias pessoais das obrigações* e as *garantias reais das obrigações*, onde nestas é dada uma certa primazia a um bem, que fica afecto ao cumprimento da obrigação, com preferência

sobre outros credores, e, naquelas ficam responsáveis, outras pessoas, além do devedor principal, pelo cumprimento da obrigação.

Depois foram analisadas as figuras das *garantias pessoais das obrigações*, com maior incidência na *fiança*. Nessa exposição fez-se a análise da *fiança*, regulada nos arts. 627.º e segs., do Cód. Civ., dando noções sobre o seu regime e no que se consubstancia, expondo os requisitos e características que compõem a figura, e que devem ser observados, referindo ainda a sua estrutura e as relações entre as partes, e pelo que devem essas relações ser pautadas, assim como tudo o que lhes assiste decorrente daí.

De seguida, partiu-se para a figura da *fiança omnibus*, começando pela confrontação entre esta e a *fiança civil comum*, realizando a sua análise e dos objectos que as compõem, e expondo as suas possíveis diferenças de regime, especialmente devido à questão do regime da solidariedade, de que são alvo as fianças mercantis, como decorre do exposto no art. 101.º, do Cód. Com., e se pode ser compatível com o as características apresentadas pela fiança regulada no Cód. Civ..

Foi, seguidamente, analisado o *objecto* da fiança *omnibus*, e a maior dificuldade que aí se coloca, diz respeito à sua determinação / determinabilidade, e quais serão os preceitos normativos que deverão ser convocados para dar resposta a essa questão, se a determinação ou determinabilidade do objecto da fiança *omnibus* deve ser feita de acordo com o art. 280.º, ou deverá ser realizada com o recurso ao art. 400.º, ambos do Cód. Civ..

Devido à sua pertinência para a situação, foi de posteriormente analisado o regime da *solidariedade das obrigações*, e assim como, no que se consubstancia relativamente aos seus efeitos, e aos sujeitos presentes nas relações assim estabelecidas, para depois dar azo ao tratamento da solidariedade na relação fidejussória.

Expostas estas situações, foi elaborada uma breve, mas apropriada indicação à situação e desenvolvimento da *Jurisprudência* portuguesa relativamente à fiança *omnibus*, os contornos assumidos, assim como às suas fases e as tendências que as demarcaram.

Após essa referência, partiu-se para o elenco, enunciação e exposição dos critérios, que foram construídos e delineados com o objectivo de, possivelmente, obter a determinabilidade do *objecto* da fiança *omnibus*.

Posteriormente, procedeu-se à exposição problemática do tema aqui controvertido, partindo de possíveis hipóteses, e observando alguns problemas e questões que podem vir a surgir a esse respeito, dentro das hipóteses colocadas.

Para tal, foram invocados uma série de princípios jurídicos, institutos e preceitos normativos com vista a dar uma possível resposta à situação sobre a qual nos debruçámos, assim como, aos problemas que podem daí advir, porque, pelas particularidades e especificidades da situação, não se demonstrou fácil apresentar uma resposta directa e linear ao problema.

BIBLIOGRAFIA

CORDEIRO, António Menezes – Direito bancário, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2014.

COSTA, Mário Júlio de Almeida – Direito das obrigações, 12ª ed., Almedina, Coimbra, 2014.

FARO, Frederico – Fiança omnibus no âmbito bancário, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

GOMES, Manuel Januário da Costa – Assunção fidejussória de dívida. Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador, Lisboa, 1999.

- Estudo de direito das Garantias, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2004.

PINTO, Carlos Alberto Da Mota - Direitos reais [Texto policopiado] / C. A. da Mota Pinto; [compil.] Álvaro Moreira, Carlos Fraga, Almedina, Coimbra, 2010.

- Teoria geral do direito civil, 4ª ed., Coimbra Editora, 2005.

SILVA, João Calvão da – Direito bancário, Almedina, Coimbra, 2001.

- Estudos de direito comercial (pareceres), Almedina, Coimbra, 1999.

VARELA, Antunes – Das obrigações em geral, Vol. I, 10ª ed., Almedina, Coimbra, 2000.

- Das obrigações em geral, Vol. II, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2012.

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão da Relação de Coimbra, de 26.05.98.

Assento de Uniformização de Jurisprudência 4/2001, Processo n.o 197/00 — 1.a Secção.