



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

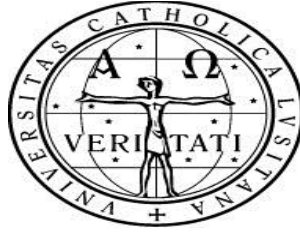
Da Admissibilidade da Fiança *Omnibus*
Determinabilidade do Objeto e Boa Fé Objetiva

José Manuel Jorge de Matos

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2021



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Da Admissibilidade da Fiança *Omnibus*
Determinabilidade do objeto e boa fé objetiva

José Manuel Jorge de Matos

Orientadora: Professora Doutora Maria de Fátima Ribeiro

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2021

À minha família: minha mãe, meu pai e minha irmã.

De omni re scibili (et quibusdam aliis).

Agradecimentos

Em primeiro lugar, agradeço à minha família – por tudo. Por todo o apoio, incentivo e compreensão ao longo do meu percurso académico, cuja mais recente etapa proporcionou a elaboração desta dissertação, a qual jamais poderia ter concebido e realizado desprovido do seu incondicional suporte.

Em seguida, gostaria de agradecer à Professora Doutora Maria de Fátima Ribeiro, pela douda orientação e por toda a disponibilidade e aconselhamento.

Finalmente, deixo uma palavra de agradecimento à Universidade Católica do Porto, ao corpo docente e aos serviços, pelo esforço na manutenção da atividade académica durante a pandemia. Em particular, agradeço aos serviços da biblioteca da faculdade pelo fornecimento em formato digitalizado de algumas das obras utilizadas na pesquisa e elaboração desta tese.

Resumo

O presente estudo tem como objeto o instituto da fiança *omnibus* e da sua admissibilidade contextualizado por uma prévia e breve análise ao regime da fiança comum, constante do código civil.

Consiste, num primeiro momento, numa explanação sobre a validade deste tipo fidejussório em face do requisito geral de determinabilidade do objeto dos negócios jurídicos seguida de numa análise comentada aos critérios de determinação preconizados em relação às obrigações presentes e às futuras, com especial enfoque no controlo do fiador sobre a atividade do devedor principal e no limite de montante.

Subsequentemente, analisa-se o lastro do princípio da boa fé objetiva na tutela do fiador *omnibus*, quer no momento da constituição, quer no momento da jacência e do exercício da garantia, com especial enfoque no regime da contratação por intermédio de cláusulas contratuais gerais, na exclusão de certos tipos obrigacionais do objeto da fiança e na imposição de deveres de conduta e de informação às partes, em particular, ao credor banco.

Conclui-se com uma relação consolidativa das principais ilações retiradas.

Palavras-chave: [fiança]; [*omnibus*]; [determinabilidade].

Abstract

The object of the present study is the *omnibus* guarantee and its admissibility prefaced by a brief analysis on the legal framework of the personal guarantee on the civil code.

It consists initially of a discourse on the validity of the institute in light of the general requisite of determinability of the object of legal transactions followed by a commented analysis of the various criteria of determination put forward pertaining to present and future obligations, with emphasis on the control of the activity of the debtor by the guarantor and the establishment of a quantitative limitation.

In addition, a subsequent assessment is made regarding the impact of the principle of good faith on the guarantor's protection both during the moment of constitution, as well as the moments of abeyance and exercise of the guarantee, focusing on the legal framework of general contractual terms and conditions, the exclusion of certain obligations from its object and compliance with duties of information and conduct binding both parties, with special focus on the creditor's behalf.

Finally, a consolidative enumeration of the main conclusions reached on the study is made.

Keywords: [guarantee]; [*omnibus*]; [determinability].

Índice

Advertências	10
Siglas e abreviaturas	11
Introdução	12
1. Garantia geral e garantias especiais: generalidades	15
2. Fiança: generalidades.....	16
2.1 Origem e definição	16
2.2 Caraterísticas	16
2.2.1 Acessoriedade	16
2.2.2 Subsidiariedade.....	17
2.3 Relações entre o credor e o fiador.....	18
2.4 Relações entre o devedor e o fiador	19
2.5 Extinção da fiança	20
2.6 Fiança de Obrigações Futuras	21
3. A fiança <i>Omnibus</i> : determinabilidade do objeto	22
3.1 Enquadramento da questão: regime aplicável.....	22
3.2 Fiança genérica de obrigações existentes.....	23
3.3 Obrigações futuras: critérios de determinação	24
3.3.1 Referência ao sujeito banco e à sua atividade.....	24
3.3.2 Limitação temporal	25
3.3.3 Possibilidade de denúncia unilateral pelo fiador	27
3.3.4 A condição suspensiva.....	28
3.3.5 Limitação quantitativa	29
3.3.6 Controlo do fiador sobre a atividade do devedor principal.....	32
3.3.7 Enumeração das fontes	36
4. A Aferição Casuística da Determinabilidade.....	37
5. Fiança <i>Omnibus</i> e Boa Fé Objetiva	39

5.1 Regime das Cláusulas Contratuais Gerais e exercício da autonomia privada pelo credor Banco.....	39
5.2 Deveres de Informação na fase de garantia.....	43
5.3 Exclusão de certas obrigações do âmbito natural da fiança	45
Conclusão.....	47
Referências Bibliográficas	50
Legislação	50
Jurisprudência citada.....	50
Obras citadas.....	51

Advertências

Na elaboração da presente dissertação tomámos algumas opções dignas de menção prévia.

Ao longo do trabalho, sempre que um artigo seja abordado sem menção expressa ao diploma legal a que pertence, deve entender-se como integrante do Código Civil de 1966. Em todos os outros casos, o artigo será citado com referência expressa ao respetivo diploma legal.

As referências bibliográficas a obras em nota de rodapé obedecem ao seguinte modelo: a primeira citação será feita de forma completa, com título, edição, editora, ano de publicação e página; daí em diante, as obras serão referenciadas na maioria das vezes apenas através da expressão “*op.cit*”, seguida da página, com ocasionais menções posteriores ao título de forma abreviada seguida de “...*cit*” (p.ex: *Assunção Fidejussória de Dívida/ Assunção...cit.*). Remete-se para a bibliografia final a relação e referenciação exaustiva de todas as obras citadas.

Os autores serão referenciados da primeira vez com uma versão mais completa do seu nome, em geral os apelidos e primeiro nome, e em seguida de forma mais abreviada, em geral o segundo apelido completo precedido pela letra inicial do primeiro apelido (p. ex: MENEZES CORDEIRO/ M.CORDEIRO).

Siglas e abreviaturas

AGBG – *Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (Lei dos termos e condições gerais).

AUJ – Acórdão uniformizador de jurisprudência.

Ac./ Acs. – acórdão/ acórdãos.

Art. – artigo.

BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil alemão).

BGH – *Bundesgerichtshof* (Supremo Tribunal Federal alemão).

Cf. – conferir.

CCG/'s – cláusulas contratuais gerais.

C.Com. – Código Comercial.

CPC – Código de Processo Civil.

CSC – Código das Sociedades Comerciais.

Ed. – edição.

Ed. rev. e at. – edição revista e atualizada.

Ed. rev. e aum. – edição revista e aumentada.

Ibid. – *Ibidem* (no mesmo lugar)

LCCG – Lei das cláusulas contratuais gerais.

Op.cit. – *opere citato* (obra citada).

p./pp. – página/ páginas.

RC – Relação de Coimbra.

Reimp. – reimpressão.

RL – Relação de Lisboa.

RP – Relação do Porto.

S. – sentença.

SA/'s – sociedades anónimas.

SC/'s – sociedades de regime civil.

SNC/'s – sociedades em nome coletivo.

SQ/'s – sociedades por quotas.

ss. – seguintes.

STJ – Supremo Tribunal de Justiça.

t. – tomo.

Vol. – volume.

Introdução

A presente dissertação versa o instituto designado por fiança *omnibus*, e pretende abarcar toda a evolução doutrinal e jurisprudencial que este espolteou, numa perspetiva atualista e com um objetivo sistematizante, visando a aplicação esclarecida do normativo fidejussório típico aos casos concretos a que subjaz.

Segundo BAPTISTA MACHADO, ao jurista cabe, em última instância, através do seu trabalho de interpretação, construção e sistematização, contribuir para o adensamento da *dogmática* jurídica¹. Sem qualquer tipo de pretensiosismo, buscaremos prestar esse contributo com este estudo, mesmo tendo em conta o seu carácter necessariamente conciso e limitado, mas nem por isso limitativo, e que assim o é por força da sua tipologia.

Para tal, começaremos por analisar de forma breve o universo a que pertence o objeto do nosso estudo, o do Direito das Garantias, para em seguida discorrermos acerca do regime da fiança comum, constante do Código Civil. Destarte, providos do indispensável contexto, situaremos e abordaremos a *vexata quaestio*: se, e em que termos, será válida a fiança que garanta todas as obrigações presentes e futuras que vinculem um indivíduo perante outro?

A nossa tarefa sai facilitada, fruto do elevado *corpus* dogmático relativo à fiança geral, como também por vezes é apelidada². De facto, a questão da futuridade da assunção fidejussória, quando confrontada com a acessoriedade, por um lado, e a perigosidade do elevado risco assumido e virtual perpetuidade do vínculo, por outro, levantaram questões quanto à admissibilidade de tal negócio.

O debate deu-se, num primeiro momento, em torno da questão da *determinabilidade do objeto*, requisito geral dos negócios jurídicos. Muitas foram as teses propugnadas com vista a alcançar o critério de determinação, quantos foram os doutos juristas a debruçarem-se sobre o assunto, aquém e além-fronteiras. Procuraremos glosar o seu mote, explicando-as todas na medida do possível, e desenvolvendo teses próprias, mas sustentadas. Tão aceso e prolífico foi o debate, que fez desta modalidade fidejussória o ápice do nosso entendimento acerca deste requisito. A essa conclusão chegará aquele que realize uma rápida busca por qualquer acervo jurisprudencial nacional e que não poderá senão reparar quantas vezes se lança mão da doutrina da fiança *omnibus* para, num

¹ BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 18ª reimpressão, Almedina, 2010, p. 359.

² Outras designações incluem “fiança genérica” ou “fiança caldeirão”.

qualquer libelo, explicitar o que se entende por determinabilidade do objeto negocial. Também por isso, este estudo é basilar no direito civil em geral, e não apenas no tocante às garantias e à fiadoria.

Abordaremos, finalmente, a questão da *boa fé objetiva* na constituição e exercício da fiança, porquanto tenha sido esse o instituto a presidir ao debate doutrinal num segundo momento, após a cristalização da questão da determinabilidade, cuja dissensão inicial culminou com um acórdão uniformizador de jurisprudência. A análise de toda a questão à volta da tutela do fiador *omnibus* sob este prisma trará à colação todo o dinamismo inerente a este tipo fidejussório numa perspectiva de *sistema aberto*, com a vinculação das partes - credor e fiador - a deveres de conduta e informação recíprocos, e também nesse sentido é importante numa perspectiva didática geral, bem como bastante atual, mercê do lastro doutrinal e normativo de que dispõe hodiernamente a cláusula geral da boa fé no ordenamento jurídico. Destarte, deslocaremos o foco de análise da tutela do fiador *omnibus* do campo da *validade na formação* para o da *legitimidade do exercício*.

O estudo desta garantia remete invariavelmente para o contexto sociológico que lhe subjaz e que reside na praxe bancária e no acesso ao crédito por parte das sociedades comerciais. Assim, regra geral, o fiador *omnibus* será alguém com interesse na atividade da sociedade comercial devedora principal - um sócio ou um gerente - a quem é exigida a prestação de fiança com a finalidade de garantir a totalidade da operação de financiamento, agilizando dessa forma o desbloqueio das verbas cujo montante final exato se desconhece *a priori*, através da desnecessidade da prestação de sucessivas fianças. Em função disso mesmo, embora abordando todas as possibilidades, este estudo debruçar-se-á especialmente sobre as fianças *omnibus* “comercializadas” – prestadas por sócio com controlo sobre a atividade da sociedade devedora, para garantia das dívidas desta perante um banco.

O risco assumido pelo fiador neste tipo de negócios, pela sua magnitude empresarial, contrasta com o cariz pessoal e individual da fiança e, por conseguinte, a sua tutela é de extrema necessidade, uma vez que tendo a assunção fidejussória como obrigação última a responsabilização do fiador pelas dívidas do devedor, na esmagadora maioria dos casos ela pode traduzir-se na total delapidação do património do garante. Isto porque, fruto de

vicissitudes económicas e financeiras, nem sempre o devedor principal será capaz de o «sacar a paz e a salvo»³ do compromisso assumido.

Ora, tendo tudo isto em conta, definido o objeto da dissertação, delineados os objetivos, afluído o conteúdo e evidenciada a metodologia, segue *infra* o nosso contributo.

³ GREGÓRIO MARTINS CAMINHA, “Tratado da Forma dos Libelos”, in *Obras Pioneiras da Cultura Portuguesa*, Vol. 13, 1ª ed., Círculo de Leitores, 2018, p.181, minuta intitulada: «Contrato de fiador e de sacar a paz e a salvo».

1. Garantia geral e garantias especiais: generalidades

«Pelo cumprimento da obrigação respondem todos os bens do devedor suscetíveis de penhora...», reza o art. 601º, que inaugura o capítulo V do Código Civil intitulado «Garantia geral das obrigações».

Destarte se consagra o instituto da *responsabilidade patrimonial*, também designada de *garantia geral*, no nosso ordenamento. Fala-se de “garantia” em sentido lato⁴, uma vez que impõe, tão simples e lapidarmente, que são «os bens do obrigado que respondem pelas suas adstrições»⁵.

Significa isto que, em princípio, a satisfação do interesse do credor terá no património do devedor o seu limite, pelo que o desenvolvimento da situação económica deste último está intimamente conexionado com as expectativas de cumprimento de um determinado crédito, que ocorrerá *in extremis* através da execução (817º).

Assumidas várias obrigações por um devedor, todos os seus credores comuns terão igualdade de acesso ao seu património (*par condicio creditorum*), o qual, sempre que se revele insuficiente para satisfação do cômputo global das dívidas (insolvência), há de lhes caber em iguais proporções (604º/1).

Em função dessa igualdade entre credores, para que um dado crédito possa usufruir de maior proteção, reforço e preferência face aos dos restantes, é possível o recurso às denominadas *garantias especiais*.

Estas consistirão, numa aceção estrita, ou no reforço quantitativo da garantia do credor através de uma nova obrigação secundária, ou no melhoramento qualitativo do crédito.

No primeiro caso estamos perante uma garantia pessoal e a segunda hipótese consubstancia uma garantia real. Esta última traduz-se na afetação do produto da venda de um bem – coisa ou direito - à satisfação preferencial de uma ou mais dívidas e proporciona ao credor um direito real de garantia, oponível perante terceiros. O caso típico desta modalidade consiste na hipoteca (686º a 732º).

⁴ Sobre o debate acerca da verdadeira natureza da garantia geral do art. 601º, ver M.J. COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, Almedina, 2000. pp. 11 e ss.

⁵ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, vol. X, reimp., Almedina, 2017, pp. 231-232.

2. Fiança: generalidades

2.1 Origem e definição

No universo dos institutos garantísticos especiais, a fiança constitui o paradigma das garantias pessoais. É originária da gradual combinação de elementos de garantias do Direito Romano: a *sponsio*, a *fidepromissio*, e, em particular, a *fideiussio*^{6 7}. Trata-se do negócio⁸ pelo qual uma parte – o fiador – «se obriga, perante o credor, a cumprir uma prestação devida por outra pessoa (o devedor principal), caso se verifiquem determinadas circunstâncias»⁹.

Através da assunção, o fiador fica, assim, «pessoalmente obrigado perante o credor», nos termos do disposto no art. 627º/1. É criada uma nova obrigação com fins garantísticos, a qual terá o mesmo conteúdo da principal (634º), e revestirá caráter acessório (627º/2) e subsidiário (638º). No final, o credor ver-se-á dotado de uma garantia geral constituída pelo conjunto dos patrimónios dos dois devedores, os quais poderá executar enquanto credor comum¹⁰.

Chamado a cumprir, o fiador ficará sub-rogado nos direitos do credor (644º), podendo sucessivamente acionar o devedor principal.

2.2 Caraterísticas

2.2.1 Acessoriedade

Postula o artigo 627º/2 de forma concisa: «A obrigação do fiador é acessória da que recai sobre o principal devedor».

⁶ M. CORDEIRO, *op.cit.*, p. 423.

⁷ Para um estudo mais detalhado destas figuras, veja-se SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano*, vol. II, 4ªed., reimp., Coimbra Editora, 2014, pp. 158-166; para uma perspetiva de evolução cronológica do moderno instituto da fiança, veja-se M. CORDEIRO, *op.cit.*, pp. 423-437.

⁸ A maioria da doutrina, a qual seguimos, defende a tese contratualista. Neste sentido, M.J. COSTA GOMES, *op.cit.*, p. 388; no mesmo sentido, PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, 3ªed., reimp., Almedina, 2020, p. 87; também M. LEITÃO, *Garantias das Obrigações*, 6ªed., reimp., Almedina, 2019, p. 107.

Em sentido diverso, M. CORDEIRO, *op.cit.*, p. 454, admite que a fiança possa ser prestada através de simples ato unilateral.

Veja-se M.J. COSTA GOMES, *op.cit.*, p. 376 e ss. a propósito do debate sobre a estrutura negocial da fiança.

⁹ M. CORDEIRO, *op.cit.*, p. 439.

¹⁰ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol.II, 7ªed., reimp., Almedina, 2015, p. 478, considera ser este o «calcanhar de Aquiles» da fiança. Incidindo sobre a generalidade do património do devedor, «sofre todas as oscilações, para mais ou para menos, desse património».

A acessoriedade, enquanto princípio geral transversal a todo o direito das garantias concretiza a funcionalidade das mesmas, qual seja, a de assegurar o cumprimento dos créditos garantidos. Caracteriza-se, em função disto, pela dependência face à obrigação principal, dependência essa que pode ter vários graus¹¹.

O caso específico da fiança consubstancia uma *acessoriedade forte*, uma vez que a sua determinação é feita *per relationem*, através de remissões para a situação da obrigação principal na sua constituição (628º/1), no seu âmbito (631º; 634º), bem como na sua execução (635º/1; 637º/1) e na sua extinção (651º)¹².

A acessoriedade constitui uma característica não só típica, mas também essencial da fiança.

2.2.2 Subsidiariedade

O princípio geral da subsidiariedade, no direito das garantias, postula uma hierarquização entre a obrigação principal e a obrigação do garante no seguinte sentido: apenas será possível recorrer à segunda após o recurso à primeira¹³.

Este princípio manifesta-se na fiança na sua modalidade forte direta¹⁴, mormente através do *benefício da excussão prévia* consagrado no art. 638º (747º CPC, na sua manifestação processual). Permite ao fiador a recusa do cumprimento perante o credor até que todos os bens do património do devedor principal sejam executados (638º/1), ou seja, até que se esgote a possibilidade de obter a satisfação do crédito por intermédio dos bens do garantido¹⁵. *In extremis*, executados todos esses bens, é ainda possível que o fiador se recuse a cumprir provando a culpa do credor na não satisfação do crédito (638º/2). Ainda, caso a dívida afiançada tenha sido objeto anterior ou contemporâneo de uma garantia real, permite-se ao fiador exigir a execução prévia da mesma (639º/1). Cabe, contudo, ao credor a livre escolha de qual dos devedores pretende demandar, podendo,

¹¹ Veja-se, por todos, M. CORDEIRO, *op.cit.*, pp. 179-182., quanto aos três tipos de acessoriedade: a forte, a média e a fraca.

¹² Para uma relação pormenorizada de todas as manifestações da acessoriedade na fiança, M. CORDEIRO, *op.cit.*, pp.441-442.

¹³ M. CORDEIRO, *op.cit.*, p. 184.

¹⁴ Para os vários tipos de subsidiariedade, ver M. CORDEIRO, *op.cit.*, p. 188.

¹⁵ M. CORDEIRO, *op.cit.*, p. 487, diz o seguinte: «O credor tem, pois, o duplo ónus de executar todo o património do devedor – o que, em regra, só pela insolvência é possível – e de demonstrar que, não obstante, não logrou obter a satisfação do seu crédito».

não obstante tudo o que fica dito, demandar qualquer um deles, só, ou ambos em conjunto (641º/1)¹⁶.

Para além deste benefício, também noutras áreas do regime fidejussório se reflete a subsidiariedade¹⁷, corolário da preocupação de proteção do garante. Todavia, ela não constitui, ao contrário da acessoriedade, uma característica essencial da fiança: vem o art. 640º/a) possibilitar a assunção do fiador enquanto devedor principal, renunciando ao benefício da excussão prévia. Lembre-se que, *inclusive*, quando estivermos perante uma fiança comercial (101º C.Com.), a mesma não comportará o referido *beneficium*. E, de facto, na prática, assim ocorrerá na maioria das situações, ora em função da primeira ou da segunda hipótese.

Retenha-se que, apesar de não essencial, o princípio da subsidiariedade não deixa de fazer parte da pedra de toque deste instituto, a par da acessoriedade, e que a sua inclusão típica no regime legal deve ter consequências na aplicação e interpretação de qualquer fiança, mesmo que desprovida do *beneficium excussionis*.

2.3 Relações entre o credor e o fiador

A obrigação que surge da fiança vincula o assuntor e o credor e, como vimos até aqui, fruto da acessoriedade, é moldada pela obrigação principal quanto ao seu conteúdo (634º). Daqui se depreende que em função da finalidade do instituto - a de garantia - o seu principal vetor operará entre o credor e o fiador.

Para além do já mencionado *beneficio da excussão prévia*, nas suas modalidades pessoal (638º) e real (639º), o art. 637º/1 consagra a regra relativa aos *meios de defesa que assistem ao fiador*, fazendo a distinção entre aqueles que lhe são próprios e aqueles que lhe advêm da esfera do devedor *ex vi* acessoriedade. Assim, para além de qualquer invalidade ou extinção da própria declaração constitutiva da fiança, vem a lei, no essencial, permitir ao garante que este possa requerer a anulabilidade da obrigação principal sem que a renúncia do devedor a qualquer meio de defesa lhe seja oponível

¹⁶ P. DE VASCONCELOS, *op.cit.*, p. 92.

¹⁷ Veja-se M. CORDEIRO, *op.cit.*, pp. 444-445, para uma relação de todas as manifestações deste princípio na fiança.

(637º/2). *In fine*, faz-se ainda menção, no art. 637º/1, de que ficam somente vedados ao fiador os meios do devedor que sejam incompatíveis com a fiança¹⁸.

No art. 642º, concretiza-se um pouco mais este princípio geral, com menção expressa à exceção de compensabilidade e à possibilidade de impugnação do negócio principal.

Relativamente à *eficácia do caso julgado*, e de acordo com o art. 635º/1, sempre que este ocorra entre o credor e o devedor não será oponível ao fiador. Este último, todavia, poderá valer-se dele salvo se o mesmo for relativo a circunstâncias pessoais do devedor que não excluam a sua responsabilidade enquanto garante (635º/1 *in fine*). Simetricamente, o caso julgado entre o credor e o fiador aproveita ao devedor, desde que relativo à obrigação principal, mas não o prejudica (635º/2).

No que concerne à *prescrição*, o regime desvia-se da tendencial acessoriedade para consagrar uma situação de independência entre as obrigações de devedor e fiador no art. 636º.

2.4 Relações entre o devedor e o fiador

Apesar do esquema fidejussório ser apto a reger essencialmente as situações jurídicas do credor e do fiador, enquanto partes no ato constitutivo, também a realidade tripartida da fiança, que inclui o devedor principal mesmo que contra a sua vontade ou sem o seu conhecimento (628º/2), tem repercussões ao nível do regime. Nesse sentido, justifica-se a regulação da particular coexistência entre os dois devedores.

Assim, no que toca às relações entre o devedor e o fiador, começa-se pelo art. 644º com a *sub-rogação* do fiador nos direitos do credor em caso de cumprimento da obrigação, e na exata medida desse cumprimento. Tal efeito excede a mera pretensão regressiva entre devedores solidários, sendo que o fiador que cumpra adquire o crédito garantido, com todos os seus acessórios, garantias e pretensões (em consonância com o 592º/1 e 593º/1).

Sucedendo o fiador na posição do credor, ser-lhe-ão oponíveis os *meios de defesa* de que o devedor dispunha face ao credor. Por este motivo prevê-se, *ex bona fide* nos arts. 645º, 646º e 647º, que existam deveres de aviso entre ambos.

¹⁸ M. CORDEIRO, *op.cit.*, p. 485, interpreta esta norma como referindo-se, por ex., à impossibilidade de o fiador impugnar a paternidade quando a obrigação garantida seja de alimentos ao filho do devedor. Diversamente, outra doutrina vê neste dispositivo uma repetição do exposto no art. 632º/2.

Assim, se o devedor consentir no cumprimento do fiador ou não o avisar previamente dos meios de defesa de que dispõe perante o credor de forma injustificada, fica impossibilitado de lhes opor (647º).

Ademais, o fiador que cumpra deve avisar o devedor desse facto (645º/1). Caso contrário, perde o seu direito se o devedor efetuar a prestação em erro e restar-lhe-á proceder à repetição da sua prestação (645º/2).

Paralelamente, o devedor que cumpra deve avisar o fiador desse cumprimento, sob pena de responder pelo prejuízo que causar (646º), nomeadamente aquele que surgir de uma repetição falhada da prestação erroneamente realizada.

Finalmente, assiste ao fiador um *direito à liberação ou à prestação de caução* verificando-se determinadas circunstâncias elencadas no art. 648º e quando a relação devedor-fiador assim o justifique¹⁹, não tendo a fiança sido prestada em benefício exclusivo do credor²⁰.

2.5 Extinção da fiança

Como já foi dito anteriormente, a fiança extingue-se com a extinção da obrigação principal – fruto da acessoriedade (651º). Para além dessa causa, existem ainda situações que operam a extinção do negócio fidejussório de forma independente. Estas podem ser causas gerais de extinção das obrigações, bem como causas específicas extintivas da fiança. Porque mais condizente com o escopo do presente estudo, tratemos das específicas.

Ora, caso a obrigação garantida seja a prazo, a produção do seu vencimento possibilita o fiador a exigir que o credor acione o devedor dentro dos dois meses seguintes, sob pena de a fiança caducar (652º/1), com a ressalva feita *in fine*, e desde que goze do benefício da excussão.

Se a dívida principal for pura e o seu vencimento depender de interpelação, o fiador que goze do benefício da excussão pode exigir que o credor interpele o devedor decorrido um ano desde a constituição da fiança.

Também na hipótese de o credor inviabilizar, através de facto positivo ou negativo, a possibilidade de sub-rogação do fiador, se operará a extinção da fiança (653º)²¹. Está em

¹⁹ M.J. COSTA GOMES, *op.cit.*, p. 844.

²⁰ ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12ªed. rev. e at., reimp., Almedina, 2016, p. 901.

²¹ P. DE VASCONCELOS, *op.cit.*, p. 100.

causa proteger o fiador da eventual incúria do credor na gestão do seu crédito e no potencial agravamento que isso acarretará no risco do negócio fidejussório.

Deixamos o caso específico do art. 654º, relativo à extinção de fiança de obrigação futura para o ponto *infra*.

2.6 Fiança de Obrigações Futuras

Segundo o dispositivo do art. 628º/2 *in fine*, a fiança é suscetível de ser prestada para garantia de uma obrigação futura ou condicional.

A possibilidade de o objeto fidejussório consistir numa obrigação condicionada não causa grandes suspeitas, em virtude da própria acessoriedade²². Já o mesmo não se pode dizer quanto à fiança por obrigação futura. De facto, embora expressamente contemplada esta possibilidade, importa esclarecer quais os termos da permissão.

Sendo assim, em primeiro lugar refira-se que por “obrigações futuras” deve entender-se quaisquer créditos não existentes, não sendo exigível que se verifique uma relação jurídica entre o credor e o devedor à data da prestação da fiança²³. Significa isto que, embora logicamente anterior, se permite que a vinculação entre o credor e o devedor seja cronologicamente posterior à emissão da vontade de a garantir. O perigo e o risco em que incorre um assuntor nestes termos são inegavelmente mais elevados do que numa fiança por dívidas presentes, visto que inexistente uma perfeita determinação da prestação do fiador no momento da constituição, pelo que dúvidas se levantam quanto à sua conformidade com o disposto no art. 280º/1 quanto à determinabilidade do objeto.

Em função desta realidade *sui generis*, vem o art. 654º tutelar o fiador no sentido de permitir que este se libere da fiança com base no agravamento da situação patrimonial do devedor enquanto a obrigação principal não se constitua, ou livremente passados cinco anos da prestação fidejussória.

As interrogações e o risco serão tanto maiores quanto mais elevado for o âmbito do objeto da fiança, isto é, quantas mais forem as obrigações futuras assumidas. Ora, o objeto do presente estudo é exatamente o cúmulo deste universo: tratamos da fiança denominada *omnibus*, que garante todas as dívidas presentes e futuras do credor perante o devedor, em regra, emergentes de uma relação de financiamento.

²² M. CORDEIRO, *op.cit.*, p. 463.

²³ Neste sentido, M.J. COSTA GOMES, *op.cit.*, p. 307.

Analisaremos em que termos é que este tipo fidejussório preenche o *minimum* necessário à validade de uma fiança por obrigações futuras, e exigível no momento da sua constituição: a) a identificação do devedor; b) os contornos da operação garantida; c) os critérios limitativos dos créditos futuros a garantir²⁴. É sobretudo este último *item* que suscita dúvidas.

3. A fiança *Omnibus*: determinabilidade do objeto

3.1 Enquadramento da questão: regime aplicável

No que à determinabilidade do objeto diz respeito, importa, em primeira instância, definir o *regime aplicável* à fiança *omnibus*. Embora a letra do art. 280º/1 seja, a nosso ver, suficientemente esclarecedora, nem por isso se tem deixado de discorrer sobre o tema, em especial graças à existência, potencialmente conflituante, do regime que o art. 400º estabelece em específico no âmbito das obrigações.

Ora, sendo assim, temos que o art. 280º/1 se aplica a todos os negócios jurídicos, obrigações *inclusive*, e que segundo o seu regime um negócio será nulo se o seu objeto for «indeterminável».

Permite-se, assim, que se distingam duas situações de validade: a de o objeto ser determinado, por um lado, e a de o objeto ser indeterminado, mas determinável, por outro.

Neste último caso, a prestação não se encontra determinada no momento da conclusão do negócio, mas existem, contudo, critérios estipulados pelas partes *ab initio* para que em momento posterior se possa proceder a essa determinação.

É precisamente nessa circunstância que se lança mão do regime do art. 400º. Recorrendo a este, um objeto indeterminado mas determinável e, por conseguinte válido, poderá ser concretizado pelas partes em momento posterior.

Do exposto resulta a articulação de ambas as normas numa relação de complementaridade. Nas palavras de MENEZES CORDEIRO, «só se põe o problema da determinação da prestação nos termos do artigo 400º do Código Civil se a obrigação não

²⁴ *Ibid.*

for nula, por força do artigo 280º»^{25 26}. Esta é a posição adotada pela maioria da jurisprudência, e encontra-se consagrada no AUJ nº 4/2001²⁷.

Importa, portanto, analisar a fiança *omnibus* sob o prisma deste regime, uma vez que na prática, as mesmas são no mor das vezes assumidas sem qualquer tipo de critério que permita delimitar as obrigações assumidas em termos temporais, de *quantum*, e de natureza ou proveniência, em especial no que toca às obrigações futuras.

Analisaremos em seguida os critérios apontados pela doutrina e jurisprudência para a almejada determinabilidade no momento da conclusão.

3.2 Fiança genérica de obrigações existentes

No que concerne à fiança *omnibus tout court* – aquela prestada para todas as obrigações presentes e futuras - a doutrina portuguesa maioritária considera que esta é divisível em dois segmentos: a assunção das obrigações presentes e coevas da prestação da fiança, por um lado, e a das obrigações a constituir no futuro, por outro.

Quanto às *obrigações presentes*, considera a maioria dos juristas e da jurisprudência que a *atualidade dos créditos* é critério suficiente à luz do art. 280º/1²⁸, salvo raras exceções²⁹.

Quer isto dizer que se entende que as obrigações existentes no momento da assunção serão sempre determináveis, em último recurso, pelo menos através da simples averiguação das mesmas e cálculo aritmético dos seus valores, ainda que *a posteriori*³⁰.

²⁵ M. CORDEIRO, “Anotação ao acórdão de 19 de Fevereiro de 1991”, in *ROA*, 51(1991), vol.II, p. 563. Disponível em <https://portal.oa.pt/upl/%7Beacda502-74f5-4798-813a-3ce738fc8444%7D.pdf>. Consult. em 19-04-2021.

²⁶ No mesmo sentido, ROMANO MARTINEZ/ FUZETA DA PONTE, *Garantias de Cumprimento*, 4ªed., Almedina, pp. 93-95, defendem que «o artigo 400º do Código Civil deve ser interpretado em consonância com o artigo 280º, nº1, do mesmo diploma, de forma a não retirar utilidade a este último preceito, criando um conflito de normas.» (p.95 da obra); também M. LEITÃO, *op.cit.* p. 124.

Em sentido diverso, defendendo a aplicação autónoma do art. 400º, M.J. COSTA GOMES, *Assunção...cit.*, pp. 672 e ss. Não obstante, aplica ao caso concreto da fiança o regime do art. 280º/1.

²⁷ Ver ponto 2.1 do Ac.

²⁸ Neste sentido, R. MARTINEZ/ F. DA PONTE, *op.cit.*, p. 95; M. LEITÃO, *op.cit.*, p. 124; P. DE VASCONCELOS, *op.cit.*, pp. 105-106. Na jurisprudência, veja-se, p. ex., o ponto 2.3 do AUJ nº 4/2001.

²⁹ M.J. COSTA GOMES, *op.cit.*, pp. 597-601, considera que a atualidade dos créditos não é critério suficiente para conferir determinabilidade à assunção, pelo que a fiança que garanta todas as obrigações presentes do devedor para com o credor estará «“sob suspeita” de indeterminação ou indeterminabilidade» (*op.cit.*, p. 600).

³⁰ Neste sentido, R. MARTINEZ/F. DA PONTE, *op.cit.*, p. 95, falam, a este respeito, numa «operação aritmética com base num universo determinado (as dívidas existentes à data da fiança)»; também neste sentido EVARISTO MENDES, “Fiança Geral”, in *RDES*, XXXVII (1995), nºs 1-3, p. 133; M. LEITÃO, *op.cit.*, p. 124; P. DE VASCONCELOS, *op.cit.*, pp. 105-106.

Não obsta em nada à validade desta assunção o facto de não constar do título fidejussório qualquer tipo de menção ou enumeração relativa aos títulos dos quais surgem os créditos garantidos presentes à data da conclusão do negócio³¹. Caberá ao fiador, quando confrontado com tal assunção, exigir que lhe seja comunicado o valor das obrigações antes de decidir vincular-se.

Deverá, assim, a fiança *omnibus tout court* ser alvo de redução nos termos do art. 292º, subsistindo no seu substrato válido.

3.3 Obrigações futuras: critérios de determinação

Daqui se depreende que é no âmbito da determinabilidade das obrigações futuras que a questão tem sido mais discutida, sendo vários os critérios apontados no sentido de fornecer ao fiador uma representação *al presente* do risco fidejussório que assume na sua vinculação.

Façamos a sua análise, partindo da lição do AUJ nº4/2001^{32 33}:

É nula, por indeterminabilidade do seu objeto, a fiança de obrigações futuras, quando o fiador se constitua garante de todas as responsabilidades provenientes de qualquer operação em direito consentida, sem menção expressa da sua origem ou natureza e independentemente da qualidade em que o afiançado intervenha.³⁴

3.3.1 Referência ao sujeito banco e à sua atividade

Esta proposta consiste na defesa da qualidade subjetiva do credor, que em regra é um banco, como critério validante bastante.

Apoia-se na ideia de que a atividade bancária é alvo de minuciosa regulamentação, fiscalização e alto rigor técnico, conferindo previsibilidade ao decorrer da relação

³¹ EVARISTO MENDES, *op.cit.*, p.133.

³² Para uma análise aprofundada desta decisão, veja-se M.J. COSTA GOMES, “O Mandamento da Determinabilidade na Fiança Omnibus e o AUJ nº 4/2001”, in *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Collaço*, Vol.II, Almedina, 2002, pp. 49-78.

³³ Para uma análise aprofundada e cronológica da evolução jurisprudencial da fiança *omnibus* em Portugal, veja-se, M. CORDEIRO, *Tratado...cit.*, Vol.X, pp. 515 e ss; também M.J. COSTA GOMES, *Assunção...cit.*, pp. 665 e ss.

³⁴ Cf. ponto 4 do ac.

fidejussória, cujo risco para o fiador é assim representável na base de um comportamento ideal do credor banco - as “atividades bancárias normais” - e a consequente concessão de crédito em termos “padronizados” ao devedor principal.

Todavia, tal argumentação carece de cabimento, uma vez que a realidade será fundamentalmente contrária: ou seja, o banco concederá crédito ao devedor principal mediante a garantia que lhe ofereça o património do fiador³⁵. Equivale isto a dizer que o propugnado “comportamento padrão” é influenciado pela variável que se pretende que seja ele a determinar³⁶.

Acrescente-se que seria necessária uma qualquer base legal que viabilizasse este critério³⁷. Sem ela, qualquer tipo de especificidade que, porventura, se pudesse invocar em relação à atividade bancária não justifica um afastamento de um requisito geral imperativo de direito civil³⁸.

Finalmente, diga-se que não seria razoável interpretar a garantia em questão como abarcando qualquer tipo de dívida, mesmo aquela que extravasasse por completo o âmbito de atividade do credor banco³⁹, pelo que este critério, na prática, não altera em nada uma fiança *omnibus* sem limitações.

3.3.2 Limitação temporal

Este critério privilegia a determinação do objeto através da circunscrição cronológica da obrigação assumida pelo fiador *omnibus*, a aposição de um chamado limite horizontal ou duração máxima.

Este *dies ad quem* convencional pode ser entendido de duas formas: como dando origem a uma *fiança a termo certo*, ou a uma *fiança por tempo determinado*.

³⁵ Nas palavras de GIOVANNI VALCAVI, “Se ed entro quali limiti la Fideiussione Omnibus sia invalida”, in *Scritti Giuridici Scelti*, Nicolini Editore, 2005, p. 265: «La fideiussione amplia la capacità di indebitamento del debitore nella misure della rispondenza del garante». Disponível em <http://www.fondazionegiovannivalcavi.it/scritti/capitoli/diritto-civile15.pdf>. Consult. em 19-04-2021.

³⁶ G. VALCAVI, *op.cit.*, pergunta a propósito, referindo-se ao credor banco: «Come può egli ad un tempo garantire al fideiussore che i futuri ampliamenti di fido tengano conto solo di quello che il debitore merita e non anche di quello che abbia a meritare per la fideiussione prestata?»

³⁷ M.J. COSTA GOMES, *op.cit.*, p. 621.

³⁸ FREDERICO FARO, *Fiança Omnibus no Âmbito Bancário*, Coimbra Editora, 2009, pp. 236-237.

³⁹ M.J. COSTA GOMES, *O Mandamento da Determinabilidade...cit.*, p. 72. Diz ainda o seguinte: «O problema coloca-se, naturalmente, a partir daí, sendo inteiramente artificiosa a construção que vê, em abstracto e independentemente da qualidade do fiador, em tal limitação natural e estrutural, um critério de determinabilidade.»

No primeiro caso, a fiança não poderá ser alvo de denúncia por parte do fiador⁴⁰, cessando com o decorrer do prazo, por caducidade. Restará apenas ao fiador o recurso à resolução por justa causa⁴¹. Quanto ao credor, uma vez atingido o prazo e operada a caducidade, não poderá demandar o fiador, mesmo que por dívidas constituídas e vencidas durante a vigência da fiança⁴².

No segundo caso, o estabelecimento do prazo e a sua verificação não opera a caducidade do negócio fidejussório, e a conseqüente extinção da garantia, mas antes demarca as obrigações a garantir pelo fiador: apenas aquelas constituídas até ao termo final⁴³. Sendo assim, o assuntor poderá responder por obrigações cujo vencimento seja posterior à verificação do prazo, e este, à semelhança da denúncia, apenas fará cessar *ex nunc* a jurisgenia do título^{44 45}.

Determinar, em concreto, o sentido a atribuir ao prazo, e qual o tipo de fiança geral verdadeiramente acordado pelas partes, só poderá ser feito por intermédio da interpretação negocial. Ainda assim, em princípio, deverá entender-se que as partes pretenderam uma *fiança por tempo determinado*, cuja cobertura incluía as obrigações vencidas até ao seu termo⁴⁶.

Em função da sua inegável adaptabilidade, a tese que postulava a *combinação da limitação temporal e quantitativa* teve grande respaldo doutrinal e jurisprudencial⁴⁷.

Não parece, todavia, que seja suficiente ou eficaz, no que toca ao requisito do art. 280º/1, embora revista grande importância no exercício da garantia, que se considere válida uma fiança *omnibus* tendo por base este tipo de limitação. Para além de não gerar uma delimitação objetiva suficiente, não operando quanto à origem nem quanto ao montante das obrigações, refira-se ainda que o prazo estipulado pode ser excessivo e,

⁴⁰ Neste sentido, M.J. COSTA GOMES, *Assunção....cit.*, p. 774-775.

⁴¹ Neste sentido, M.J. COSTA GOMES, *op.cit.*, p. 775. Em sentido diferente, R. MARTINEZ/ F. DA PONTE, *op.cit.*, aplicam a estes casos o art. 564º, na parte em que permite ao fiador liberar-se *ex nunc* em função da deterioração e agravamento da situação patrimonial do devedor principal; no mesmo sentido, P. DE VASCONCELOS, *op.cit.*, p. 110, nota de rodapé 278.

⁴² M.J. COSTA GOMES, *op.cit.*, pp. 713-714 e 774-775.

⁴³ M.J. COSTA GOMES, *op.cit.*, pp. 713-714.

⁴⁴ M.J. COSTA GOMES, *op.cit.*, p. 711.

⁴⁵ Há ainda quem entenda, diferentemente, que o estabelecimento de um prazo implica para o fiador que este apenas responda pelas dívidas constituídas e vencidas durante a vigência do mesmo (M.J. COSTA GOMES, *op.cit.*, p. 711).

⁴⁶ M.J. COSTA GOMES, *op.cit.*, p. 712, comenta acerca deste tipo de fiança, que o limite, embora «sendo formalmente temporal, é *substancialmente* um limite de objeto da fiança, já que se destina a estabelecer um marco para o âmbito da vinculação do fiador» (itálico do autor).

⁴⁷ Neste sentido, F. FARO, *op.cit.*, p. 263.

⁴⁸ CALVÃO DA SILVA, *Estudos de Direito Comercial*, reimp., Almedina, 1999, p. 333, nota de rodapé (2), é um defensor desta tese.

consequentemente, inútil⁴⁸. Outrossim, diga-se que é natural, dada a utilização da fiança *omnibus*, que esta seja preferencialmente celebrada por tempo indeterminado. Pensamos *inclusive* que a denúncia será sempre um meio mais adequado de tutela, quando permitido *ad nutum*, tal como demonstraremos *infra*.

3.3.3 Possibilidade de denúncia unilateral pelo fiador

Parte da doutrina e jurisprudência houve que apontou, especialmente numa perspetiva de validade absoluta, que a tutela do fiador *omnibus* estaria salvaguardada pela possibilidade de denúncia unilateral. Afinal, a obrigação do garante seria correspondente ao saldo devedor do sujeito passivo principal aquando da cessação da aptidão jurisdicção do título fidejussório.

Sem prejuízo da integral aplicação do art. 654º às fianças de obrigação futura específica, há muito que a doutrina tem apontado que naquelas fianças genéricas cuja duração seja indeterminada, o fiador deve poder usufruir do regime geral de denúncia *ad nutum*, tal como é característico dos contratos que instituem *relações jurídicas duradouras*, tendencialmente perpétuas⁴⁹.

Usando desta prerrogativa, o fiador poderia com sucesso impedir os eventuais abusos das partes na relação principal, bem como evitar o excessivo avolumar da sua prestação.

A tese da denunciabilidade foi criticada e rebatida, e, a nosso ver, com toda a substância. De facto, embora, segundo a mesma, estivesse nas mãos do próprio fiador (veja-se!) a capacidade de definir a extensão do objeto da sua vinculação através da prática de um ato próprio e o facto de salvaguardar os interesses do credor em razão da sua eficácia *ex nunc*, tal não releva para fins de determinabilidade, que, como já desenvolvemos *supra*, deve ser aferida numa perspetiva *ex ante* e no momento da assunção, não no da determinação ou da chamada do fiador a responder.

Ademais diga-se, a denúncia não é suficiente para tutelar de forma adequada a posição do fiador, uma vez que o perigo que se pretende acautelar pode já estar consumado aquando da sua eficácia, respondendo o fiador por um elevado volume de créditos⁵⁰. No

⁴⁸ Neste sentido, F. FARO, “Da Validade da Fiança Omnibus”, in *Garantias das Obrigações*, coord. Jorge Sinde Monteiro, Almedina, 2007, pp.288-289.

⁴⁹ Neste sentido, M.J. COSTA GOMES, *op.cit.*, pp 704 e ss. e 77e e ss. e novamente em *O Mandamento da Determinabilidade...cit.*, pp. 58-59; EVARISTO MENDES, “Aval e fiança gerais”, in *DJ*, XIV (2000), pp. 160-161 e 163-165.

⁵⁰ Neste sentido, M.J. COSTA GOMES, *op.cit.*, pp. 689-690, e novamente em *O Mandamento da Determinabilidade...cit.*, p. 61.

fundo, o expediente denunciativo tem o condão – citando JANUÁRIO DA COSTA GOMES na senda de juristas estrangeiros⁵¹ – de «apor um limite temporal e quantitativo numa fiança cujos (eventuais) efeitos catastróficos para o fiador, este não pode retroativamente apagar»⁵².

Sendo assim, embora seja importante no desenvolvimento da relação fidejussória, a possibilidade de denúncia não é suficiente nem determinante para que se valide a fiança *omnibus* no seu pressuposto. É que, no final de contas, estamos perante uma espécie de fiança *por tempo determinado*, cuja duração é “decidida” *ex post* pelo fiador. E ainda que tal o coloque numa posição mais favorável, mesmo assim não opera diretamente no cerne da questão.

Fazemos nossas as palavras de MENEZES CORDEIRO no sentido de que a denunciabilidade da fiança enquanto solução para o «destempero» das fianças genéricas serve apenas, na teoria, de «paliativo»⁵³, de um *damage control* que viabilizaria a operacionalidade do negócio, não obstante a sua indeterminabilidade.

3.3.4 A condição suspensiva

Granjeou também alguns defensores a tese que justificava a validade da fiança *omnibus* ilimitada com sustentação no facto de que ela consubstancia um *negócio condicional*.

Pretende-se que o credor seja beneficiário de uma condição potestativa suspensiva não arbitrária *a parte creditoris*⁵⁴, cuja admissibilidade é maioritariamente aceite pela doutrina e jurisprudência⁵⁵, traduzível na possibilidade de conceder ou não crédito ao devedor principal⁵⁶, a qual legitima a determinação totalmente *a posteriori* do objeto do

⁵¹ REINICKE/TIEDTKE, na Alemanha, BREGOLI em Itália.

⁵² M.J. COSTA GOMES, *op.cit.*, p. 690.

⁵³ M. CORDEIRO, *Tratado...cit.*, vol. X, p. 525. *Verbis*: «Teoricamente, [a denunciabilidade] seria um paliativo. Na prática, o banqueiro diligente que visse ser-lhe denunciada uma fiança, cortaria, de imediato, o crédito, fazendo ainda vencer todas as obrigações em curso».

⁵⁴ Referimos “condição” no sentido de acontecimento futuro e incerto à ocorrência do qual as partes limitam a produção dos efeitos do negócio jurídico ou a sua resolução (270º). Para uma explanação sobre os restantes sentidos do vocábulo, ver F. FARO, *Fiança Omnibus...cit.*, pp. 266-267.

No que respeita à distinção entre condições potestativas, causais e mistas, e seus subtipos, veja-se, p.ex. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ªed., Coimbra Editora, 2005, pp. 565-566. A condição potestativa é aquela cujo evento condicionante depende exclusivamente da vontade de uma das partes.

⁵⁵ F. FARO, *op.cit.*, pp. 270-273.

⁵⁶ G. VALCAVI, *op.cit.*, p. 264, declara o seguinte a propósito da potestatividade da concessão de crédito: «Certamente il far credito in sé non è attività meramente potestativa, con riguardo ai soggetti del

negócio fidejussório, em sentido diferente ao exigido pelo art. 280º/1. A apregoada potestatividade teria como limite a prossecução dos *legítimos interesses contratuais* do credor, impossibilitando a contratação por mero capricho ou decisão frívola com o devedor principal.

Contudo, mesmo cingindo a decisão do credor aos seus legítimos interesses, tal desequilíbrio entre as partes não se coaduna com as exigências da boa fé objetiva⁵⁷, bem como permitir a definição da totalidade do conteúdo da prestação que recairá sobre o fiador *omnibus* vai para além do escopo condicional, ao qual é inerente *a priori* a amplitude dos efeitos condicionados, ou seja, *in casu*, o *quantum* da responsabilidade fidejussória⁵⁸.

Finalmente, pretender que a verificação de um requisito de validade como a determinabilidade possa ser preterido em função de uma condição é também extravasar o âmbito deste instituto jurídico, fazendo um uso abusivo do mesmo. A determinabilidade é uma condição imprópria, cuja subordinação negocial se explica numa lógica *ex lege* e não por exclusiva *vontade das partes*⁵⁹.

3.3.5 Limitação quantitativa

Outro critério, desta feita de carácter objetivo, é o do estabelecimento de um montante máximo garantido, *i.e. plafond*.

A tese do *importo massimo garantito*, como se designa em Itália, teve um acolhimento bastante assinalável numa perspetiva de correção dos excessos da fiança *omnibus*, oferecendo ao fiador a possibilidade de calcular previamente a magnitude da sua vinculação numa perspetiva numérica, num *quantum*⁶⁰.

Ora, tendo em conta que a calculabilidade é um dos elementos, a par da abarcabilidade, em que se traduz a determinabilidade, o estabelecimento *ex ante* de uma cifra logra, sem dúvida, conferir maior previsibilidade e determinabilidade às obrigações futuras. Parece-nos que tal facto é suficientemente óbvio: em comparação com qualquer outro tipo de

rapporto creditizio che sono liberi di contrarlo o no, ma lo è invece nei confronti del garante, alla loro mercé».

⁵⁷ F. FARO, *op.cit.*, pp. 277-278.

⁵⁸ F. FARO, *op.cit.*, pp. 278-279.

⁵⁹ MOTA PINTO, *op.cit.*, p. 562; ver também F. FARO, *op.cit.*, p. 280.

⁶⁰ Tanto acolhimento teve que em Itália, na senda da proposta do jurista ROPPO, ascendeu a critério legal, através da mudança operada no art. 1938 do *Codice* pela «lei da transparência bancária» (Lei nº 154 de 1992).

critério, *per se*, ou em combinação, o limite máximo será aquele mais objetivo e mais prático, e qualquer tipo de combinação terá de colocar, em nosso entender, sempre na base um *plafond*⁶¹.

Do que fica dito, ainda assim, será precipitado retirar a conclusão de que não existem problemas associados a este critério, e de que o mesmo não poderá ser alvo de crítica e reprovação em certos aspetos. Nada de mais errado.

Primeiramente, porque, apesar de evidente à primeira vista, nem por isso tem sido consensual qual o verdadeiro sentido a dar à limitação. Mais precisamente, coloca-se a questão de definir se o *plafond* abarca toda a prestação, ou se, diferentemente, não contemplará os segmentos acessórios da mesma, cingindo-se nesse caso unicamente à dívida principal⁶². Neste particular, diga-se, limitar o prognóstico do fiador apenas ao montante da dívida principal significa, na prática, inutilizar o próprio limite.

Aliás, tendo em conta o âmbito negocial em que surge a maioria destas operações, que implica a utilização de *cláusulas contratuais gerais* (questão que abordaremos em maior profundidade *infra*) e a possibilidade de exclusão de certos índices do perímetro do limite através de acordo entre as partes, pugnamos que caso a cláusula que proceda a tal divisão não seja alvo do mesmo destaque daquela que instituiu – em termos conformes à LCCG – o respetivo limite máximo, estaremos, em princípio, perante uma *cláusula-supresa* (8º/al.c) LCCG) e uma cláusula proibida por violar o princípio da boa fé (15º LCCG) ⁶³.

Dito isto, no silêncio das partes, o limite deve ser entendido como englobando toda a dívida, em função do art. 634º e do art. 11º/2 LCCG. Acerca desta situação, comenta JANUÁRIO DA COSTA GOMES, da seguinte forma: «Tratando-se, embora, de um problema de interpretação, *limite máximo* não significa ponto de partida para contagem de juros e custos, mas rigorosamente aquilo que as palavras significam: *limite máximo*.»⁶⁴ (itálico do autor).

Por outro lado, diga-se que a eficácia do *plafond* está dependente da adequação do seu *quantum* em face da relação concreta que se pretenda garantir. De facto, procurando esvaziar o seu efeito útil, é possível que o credor imponha ao fiador um limite

⁶¹ Mesmo comparado com o critério da enumeração taxativa das fontes, que trataremos adiante, o único igualmente objetivo e delimitador em abstrato, o limite vertical mostra-se menos minimizador da essência da figura, da sua *souplesse*, e, por conseguinte, sai vencedor desse “empate técnico”, como lhe chama FREDERICO FARO (*op.cit.*, p. 251). O autor refere-se aos dois critérios como «tecnicamente empatados», isto numa perspetiva analítica dos vários posicionamentos doutrinários.

⁶² F. FARO, *op.cit.*, p. 252.

⁶³ Neste sentido, F. FARO, *op.cit.*, p. 254.

⁶⁴ M.J. COSTA GOMES, *Assunção...cit.*, p. 701.

demasiadamente elevado, sendo que nessa situação a proteção do garante em nada saiu reforçada. Por este motivo, há que salvaguardar a possibilidade de sindicância do montante estabelecido. Neste ponto, em casos de evidente intenção defraudatória, nos quais se haja claramente recorrido ao *plafond* visando meramente uma «formal “satisfação” desse requisito»⁶⁵, há de se entender a fiança em questão, como se esta fosse ilimitada⁶⁶, o que implicará, em princípio, a sua nulidade. Mas, na dúvida, o montante deve considerar-se adequado e, por conseguinte, o objeto da fiança determinado⁶⁷.

Parece-nos, contudo, que o desequilíbrio potencial aqui em questão abonaria no sentido de que a dúvida determinasse a inadequação do *plafond*. Isto porque, na realidade, o contrário leva a que se permitam, na prática, várias fianças ilimitadas, que é exatamente o que se pretende impedir. Todavia, entendemos que possa não existir substrato legal que sustente tal linha de raciocínio do ponto de vista do Código Civil (estritamente falando), malgrado a evidente discrepância das posições das partes na fiança *omnibus* mesmo quando celebrada entre particulares. Em função disso, e tendo em conta que na prática as fianças gerais serão instituídas através de *cláusulas contratuais gerais*, diferimos para momento posterior a explicação aprofundada da nossa proposta.

Do exposto, retiramos que a limitação quantitativa, embora não sem alguns problemas, é o critério mais virtuoso que a doutrina tem proposto no que toca ao momento da *formação* do contrato. Preserva ainda a funcionalidade da figura de melhor forma que o critério da enumeração das fontes, como demonstraremos adiante.

Em suma, temos que, em princípio, a fiança *omnibus* prestada para garantia de todas as obrigações presentes e futuras decorrentes das relações bancárias credor-devedor (*fiança omnibus tout court*) que seja limitada por um montante máximo é determinável e, por conseguinte, válida nos termos do art. 280º/1⁶⁸.

⁶⁵ M.J COSTA GOMES, *op.cit.*, p.699.

⁶⁶ Neste sentido, M.J. COSTA GOMES, *op.cit.*, p. 699.

⁶⁷ M.J. COSTA GOMES, *op.cit.*, p. 700. No mesmo sentido, P. DE VASCONCELOS, *op.cit.*, p. 108, nota de rodapé 269.

⁶⁸ Neste sentido, M.J COSTA GOMES, *op.cit.*, pp. 681-682; P. DE VASCONCELOS, *op.cit.*, pp. 107-108; também neste sentido, embora com a achega de que não é “remédio para todos os males”, necessitando uma proteção sucessiva, F. FARO, *op.cit.*, pp. 257-258; CELINA VIDEIRA, “A fiança *omnibus*”, in *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, VIII (2016), 3, p. 672, (disponível em [http://www.revistadedireitodassociedades.pt/files/RDS%202016-03%20\(643-685\)%20%20Doutrina%20-%20Celina%20Videira%20-%20A%20fian%C3%A7a%20omnibus.pdf](http://www.revistadedireitodassociedades.pt/files/RDS%202016-03%20(643-685)%20%20Doutrina%20-%20Celina%20Videira%20-%20A%20fian%C3%A7a%20omnibus.pdf). Consult. em 19-04-2021.

3.3.6 Controlo do fiador sobre a atividade do devedor principal

Este critério privilegia uma abordagem prática à questão da determinabilidade da fiança *omnibus*, relacionada com a circunstância de na grande parte dos casos este tipo de garantia ser celebrada no âmbito de acordos de financiamento entre bancos e sociedades comerciais, sendo o fiador sócio ou gerente desta última.

Assim, o controlo do fiador sobre a atividade do devedor implica que o credor banco não possa aumentar os créditos garantidos sem a permissão do assuntor, o que elimina o perigo face a potenciais abusos do credor na relação principal. Residiria a solução, assim, em rigor, não no preenchimento do art. 280º/1, mas na desnecessidade da sua verificação⁶⁹.

De facto, ao ser igualmente parte na relação principal, porque *decision maker* na sociedade devedora, o fiador está em condições de apenas admitir as operações que sejam efetivamente necessárias, acautelando dessa forma a *ratio* da exigência de determinabilidade imposta pelo ordenamento. Daí que, nem todo e qualquer fiador societário viabilize uma fiança ilimitada: apenas aquele com efetivo controlo ao nível das obrigações sociais, que o permita determinar o âmbito da sua responsabilidade fidejussória. Estarão nestas condições, segundo JANUÁRIO DA COSTA GOMES, o sócio-gerente, o gerente não sócio, bem como o sócio único de uma dada sociedade⁷⁰.

Cessando esse pressuposto, essa posição de controlo, então cessará o apregoado preenchimento da *ratio* do art. 280º/1, o que levanta a questão de definir que efeito produzirá uma eventual *alienação superveniente da participação social* na fiança *omnibus* assumida. A este respeito, o entendimento dominante na jurisprudência⁷¹ vai no sentido de que a fiança *omnibus* não cessa pela perda da qualidade de sócio, a menos que

⁶⁹ P. DE VASCONCELOS, *op.cit.*, p. 108, escreve o seguinte acerca do fiador que controla a sociedade devedora: «Embora não possa prefigurar no momento em que é contraída a fiança qual o montante da sua responsabilização, está em posição de o controlar.»

⁷⁰ M.J. COSTA GOMES, *op.cit.*, p. 688.

⁷¹ Cf., por ex., Ac. STJ de 08-03-20212, ponto 2.2.2 da fundamentação (ponto V do sumário); cf. também Ac. RC de 29-03-2011, ponto IV do sumário, que aponta para tal visão como decorrente da acessoriedade na extinção e da função de garantia.

essa condição seja expressamente acordada⁷². A doutrina não é unânime na resposta à questão, oscilando entre a caducidade⁷³ e a subsistência do negócio⁷⁴.

Por outro lado, os defensores deste critério apontam que do ponto de vista comercialístico e societarístico – e não estritamente civilístico – não faria sentido a celeuma em torno da fiança geral, uma vez que o próprio ordenamento admite situações equiparáveis de responsabilização patrimonial subsidiária e ilimitada dos sócios pelas dívidas da sociedade. De facto, desde logo assim preconiza o regime geral das sociedades civis no art. 997º/1, o art. 175º/ 1 e 2 CSC para as sociedades em nome coletivo (SNC), e o art. 465º/1 CSC para os sócios comanditados. Nestes casos, estaríamos perante uma verdadeira garantia legal *omnibus* e universal. Permite-se ainda que um sócio, no âmbito das sociedades por quotas (SQ), se vincule estatutariamente na garantia geral e universal das dívidas da sociedade até determinado montante⁷⁵, por via do art. 198º/1 CSC.

Perante esta realidade, seria um contrassenso permitir uma tal magnitude de vinculação a um sócio por via dos estatutos da sociedade e negá-la por via de uma fiança. Tanto mais que o recurso a essa fiança mais não almejaria do que a *co-assunção do risco empresarial* face a um determinado credor e relativamente a apenas certos tipos de responsabilidade, num meio onde predomina a subcapitalização social. A fiança *omnibus* possibilitaria,

⁷² A mesma solução tem sido aplicada em caso de divórcio e separação de bens para o vínculo fidejussório do fiador cônjuge do co-fiador administrador de empresa, incluído na fiança em razão do alargamento da garantia aos bens comuns do casal e para prevenir, dessa forma, deslocações de bens entre massas patrimoniais (M.J. COSTA GOMES, *op.cit.*, p. 822). JANUÁRIO DA COSTA GOMES defende que em sede de fiança *omnibus*, «deverão ter *grosso modo* o mesmo tratamento das fianças prestadas pelos sócios que, entretanto, alienam as respetivas participações sociais.» (itálico do autor) (M.J. COSTA GOMES, *Ibid.*). A mesma conclusão na sua obra *O mandamento da Determinabilidade...cit*, pp. 55-56.

A este propósito, cite-se o Ac. RC de 20.03.2012 no qual se proclama o seguinte: «Não constitui alteração anormal das circunstâncias o divórcio do fiador casado com co-fiador administrador da sociedade devedora, a menos que se prove que essa condição de cônjuge foi uma causa/condição de ela prestar a fiança.» (ponto IV do sumário).

⁷³ Neste sentido, HENRIQUE MESQUITA, “Fiança: parecer”, in *CJ*, Ano XI (1986), t.4, p. 27, defende uma caducidade automática; EVARISTO MENDES, “Garantias bancárias: natureza”, in *RDES*, XXXVII (1995), nº4, pp. 457-58, defende a caducidade oponível apenas após conhecimento do credor da perda da qualidade de sócio.

⁷⁴ Neste sentido, M.J. COSTA GOMES, *op.cit.*, pp. 826-827, e outra vez em *O Mandamento da Determinabilidade...cit*, pp. 64-65, considera adequada a este caso a denúncia nos termos gerais, que já abordámos *supra* e, no caso de o sócio-fiador ter assumido uma fiança *omnibus* com limite temporal, a qual não seja suscetível de denúncia, aponta o recurso à resolução por justa causa, cujos efeitos operariam *ex nunc*, dependentes de comunicação ao credor.

⁷⁵ No entender de EVARISTO MENDES, “Aval e fiança gerais”, in *DJ XIV* (2000), t.1, p. 169, a obrigatoriedade de montante máximo nas SQ’s justificar-se-ia pelo facto de a responsabilização ser universal e, como tal, aproveitar a todos os credores sociais, defendendo a possibilidade, dada a sua singularidade, de uma fiança *omnibus* ilimitada. Ademais, admite-a também para as sociedades anónimas (SA), mas aparentemente apenas com recurso a limite máximo, embora não se alongue muito quanto a este tipo societário.

assim, que o sócio renunciasse ao regime de responsabilidade por dívidas da sociedade perante um determinado credor importante que este escolhesse.

Da nossa parte, entendemos que assegurar o afastamento de um requisito legal com base numa situação de facto sujeita a mudança, significa, em última análise, o defraudamento da norma. A extinção da fiança *omnibus* que supervenientemente vier a carecer de um requisito legal imperativo, como o do art. 280º/1, não pode ficar a cargo de um ato opcional por parte do fiador, eventualmente corrigido pelo instituto residual da boa fé no que toca à ação do credor. E, diga-se, o facto de na prática o sócio-fiador estar apto a proceder à denúncia da garantia logo que se desvincule da sociedade não elimina a possibilidade de ele não o fazer e, por conseguinte, a possibilidade de subsistirem fianças *omnibus* ilimitadas, determinadas *per relationem*, desprovidas de critérios objetivos de delimitação.

Na verdade, pensamos ser exatamente este o cerne da questão no tocante ao critério do controlo do fiador sobre a sociedade devedora. Afinal de contas, estas fianças «comercializadas» são fianças válidas *per relationem*⁷⁶, numa perspetiva de aplicação autónoma do art. 400º. O conteúdo das mesmas é definido pelo credor e pelo devedor à medida que desenvolvem a relação jurídica garantida. Todavia, o art. 280º/1 é imperativo e tutela *interesses gerais de contratação e de coesão do ordenamento jurídico*, e não de forma imediata e exclusiva interesses específicos de determinado contratante, pelo que não será atendível em sede desta norma o controlo que o fiador exerça sobre o devedor: a indeterminabilidade da fiança *omnibus* subsiste mesmo que, em concreto, inexista um elevado risco de *auto-sujeição patrimonial*.

Aliás, pretender que a fiança *omnibus* nestes casos comporta menos riscos pela circunstância de servir, em primeira instância, para a «cobertura e ordenação da relação de negócios que se estabelece entre o banco e a sociedade financiada»⁷⁷ não colhe. De facto, não concebemos, a título de exemplo, que uma fiança de montante máximo não possa produzir igual resultado ordenacional. Se não funcionasse sempre como

⁷⁶ M.J. COSTA GOMES, *Assunção...cit.*, pp. 675-676, escreve o seguinte, quanto à generalidade das fianças «omnibus»: «Ou seja, na realidade e substancialmente, as partes do contrato de fiança confiam a determinação da prestação do fiador ao credor e ao devedor principal, ou seja, a *uma das partes* e a terceiro.»

⁷⁷ EVARISTO MENDES, *Fiança. Comentário aos artigos 627 a 655 do Código Civil*, 2018, artigo 654, VI, a), p. 117. Disponível em [https://www.evaristomendes.eu/ficheiros/Evaristo_Mendes_Fianca_\(Comentario\)_Net.pdf](https://www.evaristomendes.eu/ficheiros/Evaristo_Mendes_Fianca_(Comentario)_Net.pdf). Consult. em 19-04-2021.

«verdadeira garantia das dívidas»⁷⁸, porque razão haveria o fiador de gerir a sua empresa de forma mais cautelosa, evitando ao máximo o incumprimento, em função da assunção? Fica a dúvida.

Além do mais, diga-se, a norma do art. 280º/1 cinge-se aparentemente apenas ao momento da conclusão do negócio porque presume que a determinabilidade será concedida mediante critérios fixos e estáveis e não conjunturas voláteis. Assim, determinabilidade *ab initio*, para efeitos desta norma, equivalerá a determinabilidade *all throughout* para o ordenamento. Nestes termos, a circunstancialidade, bem como a já aludida discordância interna e externa à doutrina quanto à extinção deste tipo de fianças, torna a posição do fiador face ao devedor inatendível em sede de determinação do objeto negocial.

Num outro plano, não seguimos igualmente o entendimento comercialístico que pretende justificar a assunção fidejussória ilimitada para o futuro com recurso analógico ao regime de responsabilidade por dívidas estabelecido pelo CSC para os diversos tipos societários. Repare-se que nas SQ's a regra é a irresponsabilidade dos sócios e que, quando o contrário é convencionado exige-se a estipulação de um limite máximo, ao passo que nas SNC's e SC's a vinculação *omnibus* e universal ilimitada é inerente ao regime, ou seja, não é o reflexo imediato de uma declaração negocial, é antes uma imposição do tipo societário⁷⁹.

Esta diferença é fundamental. O legislador reconhece o carácter direto e transaccional da cláusula de vinculação do art. 198º/1 CSC conjugada com a elevada magnitude das dívidas assumidas (em princípio, maiores do que em sede de SNC). Assim, conquanto a assunção revista carácter estatutário, a exigência de limite máximo neste artigo, a sua *ratio*, é equiparável à do regime do art. 280º/1 e do requisito imperativo de determinação do objeto dos negócios jurídicos.

Diga-se, *inclusive*, que o art. 198º CSC permite a estipulação de cláusula que restrinja a responsabilidade «até determinado montante» do quotista a determinada dívida social,

⁷⁸ *Ibid.* O autor escreve o seguinte: «Só em casos patológicos a fiança funcionará como verdadeira garantia das dívidas, no sentido do artigo 627.º, n.º 1.»; A mesma lógica é reproduzida pelo autor quanto ao aval prestado por livrança em branco em *Aval prestado por sócios de sociedades por quotas e anónimas e perda da qualidade de sócio*, p.22 e ss. Disponível em [https://www.evaristomendes.eu/ficheiros/Evaristo_Mendes_Aval_prestado_por_socios_de_SQ_Apontamento_\(final\)eu.pdf](https://www.evaristomendes.eu/ficheiros/Evaristo_Mendes_Aval_prestado_por_socios_de_SQ_Apontamento_(final)eu.pdf). Consult. em 19-04-2021.

⁷⁹ J.M. COUTINHO DE ABREU (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol.III, 2ªed. (2016), comentário ao art. 175, p. 29: a nota rodapé 79 dá conta da opinião de CATARINA SERRA, que atribui à responsabilidade dos sócios uma “*essência fidejussória*” que, no entanto, advém de uma “especial qualidade ou posição”, a de sócio.

individualizada pela sua natureza, fonte, ou circunstâncias específicas do credor, sem que tal acarrete a preterição do limite⁸⁰. Assim, a cláusula que estipule a responsabilidade ilimitada deverá ser considerada nula, por violar uma das notas características da sociedade por quotas⁸¹, pelo que uma fiança *omnibus* prestada sem limitação de montante por um quotista deve ser vista como uma fraude ao *princípio da tipicidade*⁸².

Por tudo isto, e com o devido respeito, não consideramos aceitável que se sustente, numa base analógica, a validade de fianças *omnibus* ilimitadas em meio societário por força da eventual posição de controlo do fiador sobre a atividade do devedor.

3.3.7 Enumeração das fontes

Finalmente, analise-se a proposta de determinabilidade que consiste na circunscrição do objeto da fiança com recurso à menção expressa dos títulos ou operações passíveis de celebração entre o credor e devedor principal, a qual obteve grande adesão, especialmente no âmbito jurisprudencial.

Na prática, sendo a relação fidejussória de cariz bancário, será possível ao fiador determinar *ex ante* os termos da sua vinculação desde que o tipo de operações bancárias (tais como desconto de letras e concessão de crédito), a celebrar entre credor e devedor principal, seja devidamente acautelado, com a consequente exclusão objetiva de obrigações manifestamente imprevisíveis cuja causa se encontre fora do âmbito da relação que efetivamente se pretende afiançar^{83 84}.

Claro está, a enunciação do rol de operações terá de ser suficientemente delimitativa no sentido de restringir o conteúdo da fiança em termos úteis. De nada servirá uma

⁸⁰ J.M. COUTINHO DE ABREU (coord.), *op.cit.*, comentário ao art.198, MARIA ELISABETE RAMOS, p. 185.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² Neste sentido, M. CORDEIRO, *op.cit.*, p. 525.

⁸³ CALVÃO DA SILVA, *op.cit.*, pp. 332-333, nota de rodapé (2), é um defensor da validade das fianças *omnibus* com recurso a este critério. No seu entender, a circunscrição deve ser feita do lado do devedor afiançado, e não do banco, através da menção a «*certos e determinados tipos ou categorias de atividades por ele [devedor principal] desenvolvidas*» (itálico do autor).

⁸⁴ M.J. COSTA GOMES, *Assunção...cit.*, pp. 684-685, exemplifica, a este título, com recurso a jurisprudência, a fiança em que «o fiador responde “por todas e quaisquer obrigações decorrentes de aberturas de crédito celebradas entre o banco e o cliente”» (sublinhado nosso); e a fiança em através da qual se garantam dívidas ao Banco «“(…) emergentes ou relacionadas com garantias bancárias”» (sublinhado nosso); F. FARO, *op.cit.*, pp. 298-299, faz uma breve análise da jurisprudência nacional adepta deste critério.

Cf. Ac. STJ 08-09-2011, que considera válida fiança prestada por sócio gerente da sociedade devedora para garantia de determinados contratos de fornecimento.

enumeração de títulos meramente exemplificativa⁸⁵ (*i.e.* provida do advérbio “designadamente”) ou uma elencagem de operações aparentemente taxativa, mas cujo âmbito englobe todas as operações passíveis, em abstrato, de celebração pelos sujeitos da relação principal (*enunciação plúrimo-universal*)⁸⁶. Estes casos em nada diferem de uma fiança *omnibus* ilimitada, e encontram-se, em igual medida, viciados de nulidade face ao art. 280º/1.

Por outro lado, mesmo que a enumeração forneça uma suficiente restrição do conteúdo previsível da prestação fidejussória, nem por isso estará isenta de críticas. Isto porque traduzindo-se o objeto da fiança essencialmente numa *prestação de quantia*, em nada a delimitação dos títulos ajuda a que o fiador conceba satisfatoriamente um *quantum* no momento da assunção, pelo que subsiste o perigo de vir a responder no futuro por dívidas de magnitude elevadíssima. Tendo isto em conta, não acautelada a calculabilidade do objeto, este será, para todos os efeitos, inabarcável para o fiador no momento da conclusão do negócio⁸⁷.

Em suma, embora em teoria seja aparentemente suscetível de conferir determinabilidade ao objeto da fiança, e de ter gozado de acentuado respaldo jurisprudencial, não consideramos a enumeração das fontes como critério suficiente para conferir validade à fiança geral.

4. A Aferição Casuística da Determinabilidade

Chegados a este ponto, analisados que foram os vários critérios de determinabilidade numa perspetiva isolada, merece ressalva a realidade da prática jurídica quanto ao tratamento da fiança *omnibus*.

A jurisprudência, bem como a doutrina, têm-se recusado a propalar um único critério como solução, sendo hodiernamente um ponto assente que este tipo de garantia é válido na perspetiva da determinabilidade do objeto, validade essa passível de ser atribuída com

⁸⁵ F. FARO, *op.cit.*, p. 301, apelida este casos de: «*pseudo-enumeração*», e aponta a sua frequente ocorrência nos formulários bancários, facto que não abona a favor do critério.

⁸⁶ M.J. COSTA GOMES, *op.cit.*, p. 684.

⁸⁷ Neste sentido, M.J. COSTA GOMES, *op.cit.*, p. 685;

fundamento nos mais variados elementos: através da enumeração de fontes, do controle do fiador, da limitação temporal, etc.⁸⁸

Ainda assim, se é verdade que certos critérios, como em especial o da limitação máxima quantitativa ou o da limitação temporal, são aptos em teoria a validar o negócio em sede de determinabilidade⁸⁹, também não deixa de se verificar que a sua viabilidade prática pode ser frustrada por força da sua manipulação visando o seu mero preenchimento formal (pense-se no caso da estipulação de *plafond* excessivo). Ora, ao contrário de objeções do ponto de vista da determinação, relativas ao art. 280º/1, estas achegas não estão diretamente relacionadas com a indeterminabilidade do objeto prestacional propriamente dita⁹⁰, mas sim com a forma como as partes exercem os seus direitos na vigência do negócio.

Por este prisma, o verdadeiro cerne da questão migra da *validade* para o campo da *eficácia*, questão que abordaremos em seguida.

Daqui se depreende que a análise apriorística e abstrata da determinabilidade da fiança *omnibus*, através da defesa “cega” de um critério único milagroso que presida à solução de todos os casos, postergando todos os outros elementos porventura disponíveis em concreto, foi abandonada em terras lusas.

Concluindo, retire-se o seguinte quanto à validade da fiança genérica em sede do art. 280º/1: a determinabilidade deverá ser aferida «em concreto, a partir do que do contrato consta e do que, em função do mesmo, é reclamado ao fiador»⁹¹.

⁸⁸ Neste sentido, P. DE VASCONCELOS, *op.cit.*, pp. 103 e ss., em particular pp. 107-08; M. LEITÃO, *op.cit.*, pp. 123-125; F. FARO, *op.cit.*, pp. 302-12; R. MARTINEZ/ F. DA PONTE, *op.cit.*, pp. 96-101, em particular p. 97.

⁸⁹ Nesse sentido, F. FARO, *op.cit.*, pp. 304 e ss., afirma a propóstio dos vários critérios que a «defesa da sua validade, em concreto ou *in abstracto*, é *inteiramente factível*», defendendo em seguida que o ponto focal deve residir nas «*inúmeras possibilidades de abuso* por elas [soluções] consentidas» (itálico do autor).

⁹⁰ F. FARO, *op.cit.*, p. 305.

⁹¹ Ac. RP 14-03-2017, ponto III) do sumário *in fine*. No mesmo sentido, ABÍLIO NETO, *Código Civil Anotado*, 17ªed. rev. e at., Ediforum, 2010, p.198, na anotação 62. ao art. 280º/1 transcreve o ponto VII do sumário do Ac. STJ de 19.10.1999: «O problema de determinabilidade, ou não, do objecto de obrigações futuras, isto é, da prestação debitória da fiança geral relativa a obrigações futuras, passa pela interpretação do termo constitutivo da garantia.».

5. Fiança *Omnibus* e Boa Fé Objetiva

5.1 Regime das Cláusulas Contratuais Gerais e exercício da autonomia privada pelo credor Banco

A fiança *omnibus*, cuja *alma mater* e campo de aplicação é, como se depreende, maioritariamente a *praxis* contratual da banca, tem na sua génese o circunstancialismo que advém da sua assunção através de esquemas contratuais pré-definidos, ou seja, mediante *cláusulas contratuais gerais*⁹², cuja utilização por parte do credor banco deve ser presidida e pautada em conformidade com a boa fé objetiva.

Cumularemos, assim, a Lei das Cláusulas Contratuais Gerais (LCCG)⁹³ com o art. 280º/1 numa perspetiva reforçada de complemento entre os dois regimes, versando o primeiro destes normativos a regulação do exercício da autonomia privada pelas partes capazes de conformar unilateralmente o conteúdo do negócio.

Começemos por estabelecer um ponto prévio relativo à estrutura negocial deste tipo de fiança. Via de regra, os modelos bancários dividem o objeto garantido e a fiança em duas partes⁹⁴, sendo uma relativa à operação contratada no presente, a qual, no fundo, ocasionou a exigência da prestação da garantia; e outra parte, da qual constam as operações suscetíveis de celebração no futuro e a menção aos negócios presentes, e que lhe conferem o carácter *omnibus*. Isto é, far-se-á constar do contrato a individuação do negócio “de partida” e a declaração de que os outorgantes se constituem fiadores da obrigação que dele emerge e, em seguida, no mesmo documento ou em documento separado, surgirá uma cláusula autonomizada, dita de extensão, na qual se declara que a fiança cobrirá obrigações emergentes de todos os presentes e futuros negócios que o banco celebre ou haja celebrado com o devedor principal⁹⁵.

⁹² Discordamos da corrente doutrinal que não considera o fiador um aderente para efeitos da LCCG. Veja-se, p ex., acs. RL de 19-11-2009 (ver ponto 2.1 de III); RL 18-09-2007; e RL 01-10-2014, nos quais se defende que a fiança *omnibus*, pelo facto de o fiador intervir de forma acessória e, logo, autonomamente do ponto de vista jurídico em relação ao devedor, perante o credor banco, não se encontra por isso abrangida pelo regime das CCG's.

Para que a assunção fidejussória caia no âmbito da LCCG, para tal basta que estejam verificados os pressupostos do seu art. 1º. Neste sentido, M.J. COSTA GOMES, *Assunção...cit.*, pp. 692 e ss; também F. FARO, *Fiança Omnibus...cit.*, p. 363, nota de rodapé (1021). Neste sentido, veja-se o ponto I do ac. STJ 09-07-2015.

⁹³ DL nº 446/85, de 25 de Outubro.

⁹⁴ M.J. COSTA GOMES, *op.cit.*, p. 695

⁹⁵ *Ibid.*

Assim sendo, focando-nos na *cláusula de extensão omnibus*, esta poderá constituir, antes de mais - sem prejuízo das outras situações previstas no art. 8º LCCG⁹⁶ – uma *cláusula-supresa* (8º/c) LCCG), na medida em que o aderente não possa razoavelmente contar com ela⁹⁷.

Este juízo é relativo não ao conteúdo e substância da cláusula *per se*, mas sim ao seu contexto e à sua efetiva comunicação ao aderente. Ou seja, tendo em conta, neste caso específico, o negócio a que está associada e que lhe deu origem e o modo como surge posicionada e comunicada no contrato. Desde logo, uma cláusula de extensão *omnibus* que surja num posicionamento marginalizado na estrutura do formulário violará este preceito, bem como aquela que surja num documento cuja epígrafe remeta especificamente para uma operação e um montante ou uma operação concreta⁹⁸. Tais cláusulas ter-se-ão como excluídas do contrato singular *ex vi* art. 8º LCCG, não chegando a produzir qualquer tipo de efeito⁹⁹.

Sucessivamente, caso não seja excluída nos termos anteriores, há que aferir da mesma à luz da cláusula geral de proibição de cláusulas (passe a redundância) contrárias à boa fé extante no art. 15º LCCG. A doutrina portuguesa auxilia-se do § 307 BGB (antigo § 9 do AGBG), o artigo correspondente no regime alemão, para concretizar este preceito. Assim, será contrária à boa fé qualquer cláusula que prejudique a parte aderente de modo irrazoável ou desproporcionado¹⁰⁰ (*unangemessene Benachteiligung*)¹⁰¹. A cláusula que viole este comando será nula nos termos do art. 12º LCCG¹⁰².

⁹⁶ No que ao art. 8/a) e b) LCCG diz respeito, veja-se, por ex., o afirmado no Ac. STJ de 3-05-2007, de que estando a noção de fiança e a de fiador há muito no senso comum, não pode o aderente pretender invalidar o negócio com motivo no desconhecimento de cláusulas que não são exigentes do ponto de vista técnico e interpretativo. Se este não conhece as exatas condições em que se obrigou, tal deve-se à sua irreflexão.

Quanto à cláusula de extensão *omnibus*, veja-se M.J COSTA GOMES, *op.cit.*, p. 585 e ss; e F. FARO, *Fiança Omnibus...cit.*, p. 385. Especificamente, deverá ter-se, do nosso ponto de vista, o posicionamento oposto. Ou seja, deverá ser o banco a demonstrar que procedeu à efetiva e adequada comunicação do sentido e das consequências daquele tipo de cláusula, e abster-se de bagatelizear o negócio ou induzir em erro o aderente, bem como “dissimular” o erro notório da contraparte quanto a qualquer questão relativa ao negócio.

Do exposto retira-se que o âmbito dos deveres de informação que caberão ao credor Banco que procure contratar uma fiança *omnibus* abarca todos aqueles elementos que o fiador desconheça justificadamente e que sejam fundamentais para uma conforme declaração de vontade (F. FARO, *op.cit.*, p. 378).

⁹⁷ M.J. COSTA GOMES, *op.cit.*, p. 694.

⁹⁸ M.J. COSTA GOMES, *op.cit.* p. 694-695.

⁹⁹ ALMEIDA COSTA, *op.cit.*, p. 266.

¹⁰⁰ M.J. COSTA GOMES, *op.cit.*, p. 695.

¹⁰¹ Na expressão alemã do § 307 BGB (ex-§ 9 AGBG).

¹⁰² A jusante, determinada a exclusão da cláusula de extensão *omnibus* (8º LCCG) ou a sua nulidade (12º LCCG *ex vi* 15º LCCG) há que atender, respetivamente, aos regimes dos arts 9º e 13º-14º LCCG. Tudo dependerá da forma como o negócio foi estruturado. Em último recurso, não sendo possível a efetivação dos expedientes consagrados, poder-se-á abrir mão do abuso de direito (art.334º), para manter a garantia

Ora, como já explicitámos *supra*, pugnamos que a estipulação de um limite vertical é apta a conferir validade às fianças gerais em relação ao art. 280º/1. Posto isto, a questão coloca-se: deverá defender-se um tratamento mais exigente em sede de LCCG para a fiança *omnibus*? Cremos que sim¹⁰³. A dualidade funda-se na diferença da tutela conferida pelos dois regimes, e é algo que se verifica, por exemplo, na jurisprudência alemã, após a célebre S. de 18.05.95¹⁰⁴. Ora, o regime da LCCG pressupõe o regime do art. 280º/1, que versa a determinabilidade, e reforça-o, adicionando uma variável de sindicância já não relativa àquele requisito apenas, mas sim à tutela da boa fé.

Nesse sentido, defendemos o seguinte, tendo em conta a dificuldade de sindicância do limite máximo: a cláusula de extensão *omnibus* que estipule o *plafond* é, em princípio, contrária à boa fé *ex vi* art. 15º LCCG bem como, em princípio, *cláusula-surpresa* nos termos do art. 8º/c) do mesmo diploma. Isto porque não só a posição das partes contratantes é, em princípio, desfasada em tal contexto negocial, sendo o fiador a parte fraca, mas também porque a fixação de um *quantum* limitativo é unilateralmente decidida pelo credor, parte forte. Esta última circunstância é decisiva uma vez que esse limite levará o credor banco a contratar de forma mais controlada com o devedor principal e este efeito estará comprometido, em princípio, caso seja o credor a defini-lo, sem qualquer participação por parte do fiador aderente.

Deveras, declaramos ser esta a situação ideal, tanto mais que o efeito útil de tal posicionamento será o de colocar a prova da conformidade do *plafond* do lado do banco, e de, em caso de dúvida, o limite se considerar contrário ao art. 15º LCCG. A solução poderá passar pela estipulação de um limite adicional, desta feita relativo à abarcabilidade, que restrinja o âmbito da garantia de forma a que a fiança não inclua todo

quanto ao negócio que constituiu a sua *occasio*. Neste ponto, veja-se, M.J COSTA GOMES, *op.cit.*, pp. 703-04, para todas as hipóteses de formulação da cláusula de extensão.

¹⁰³ Em sentido diverso, M.J. COSTA GOMES, *op.cit.*, p.698, defende que não faz sentido estabelecer uma linha divisória entre as fianças celebradas entre particulares e aquelas celebradas com recurso a CCG's no direito português.

¹⁰⁴ Nesta decisão, considerou o BGH que, ainda que limitadas apenas à *Geschäftsverbindung* (relação credor-devedor), este tipo de cláusula é contrário à boa fé, estabelecendo, como princípio, a nulidade das *cláusulas omnibus* sem limite máximo face ao então § 9 AGBG. Além disso, considerou ainda que tal cláusula deveria, sem prejuízo, ser tida como contrária à norma do § 3 AGBG (atual § 305c, (1) BGB) e, como tal, ser considerada *cláusula-surpresa* (*überraschende Klausel*), exceção feita ao caso em que o aderente é um fiador com controlo sobre a atividade do devedor principal.

Até então, o entendimento do BGH era no sentido de que as fianças para todas as obrigações presentes e futuras, apenas delimitada pela *Geschäftsverbindung* não só preenchiam os requisitos do § 765 BGB (equivalente ao nosso 628º/2), como também não deveria ser entendida como contrária à boa fé em sede do § 9 AGBG.

Já quanto à fiança *omnibus* com limite máximo (*Höchstbetragsbürgschaft*), veja-se a S. de 7.3.96, na qual considera o BGH que, em princípio, a cláusula de extensão não será atentatória da boa fé, podendo, no entanto, constituir *cláusula-surpresa*.

e qualquer título plausível na relação entre o credor e o devedor, por forma a que a fiança *omnibus* com recurso a CCG's não tenha a mesma amplitude que uma fiança *omnibus tout court*: para todas e quaisquer obrigações futuras emergentes da relação credor-devedor.

Poder-se-á objetar a este entendimento mas, embora diminuidor da essência deste tipo fidejussório, que consiste precisamente na sua amplitude e elasticidade, entendemos que confere área delimitável suficiente para que se possa aliar a necessária clareza da assunção à tendencial generalidade almejada, sem comprometer o tipo por completo¹⁰⁵.

Só assim não será no caso de o fiador ser um *sócio-timoneiro*, em função da mitigação que tal situação opera no tendencial desequilíbrio do quadro negocial acima descrito. Embora *supra* tenhamos manifestado a nossa contrariedade face a este critério, fizemo-lo em sede de regime geral de determinabilidade. Ora, em sede de tutela da boa fé nas CCG's defendemos que tal circunstância é atendível, dada a maior consideração pela situação concreta das partes, devendo as fianças prestadas por fiadores que controlam a atividade do devedor ser consideradas, em princípio, como não contrárias à boa fé e como não constituindo *cláusula-supresa* – posto, claro está, que sejam limitadas a um *quantum*¹⁰⁶.

Em todos os outros casos, em princípio, mesmo pressupondo a correta comunicação e o devido conhecimento do conteúdo, não vislumbramos que a estipulação de um limite vertical seja suficiente para, de *per se*, tal como alude ALMEIDA COSTA¹⁰⁷, eliminar questões de justiça comutativa basilares no negócio concreto, relacionadas com a posição das partes, numa perspetiva «"quem diz contratual diz justo"»¹⁰⁸.

Embora possa parecer pouco ousada do ponto de vista técnico e doutrinário, consideramos que é o resultado adequado à *ratio* da LCCG, respeitadora do objetivo pretendido pelas partes (16º/al.b) LCCG) e da confiança suscitada nelas em função do processo negocial (16º/al.a) LCCG).

¹⁰⁵ Não se trata de defender uma perspetiva de invalidade absoluta do instituto em sede de LCCG, exigindo, à semelhança de M. CORDEIRO (*op.cit.*, p.526), que do título resulte o tipo e a origem das obrigações a garantir; a qualidade em que o fiador dá a sua garantia, o montante máximo garantido, e a duração máxima garantida.

¹⁰⁶ Em sentido diferente, M.J. COSTA GOMES, *op.cit.*, pp. 696-697, vai no sentido de tratar este tipo de situações como uma exceção à tendencial nulidade das fianças *omnibus* ilimitadas. O autor apenas admite que não se estipule um montante máximo precisamente no caso de o fiador controlar a atividade do devedor principal.

¹⁰⁷ ALMEIDA COSTA, *op.cit.*, p. 247.

¹⁰⁸ A expressão é de CALVÃO DA SILVA, *Banca, Bolsa e Seguros*, 5ªed. (2017) rev. e aum., Almedina, p.259, a propósito dos “valores fundamentais do direito” em sede do art. 15º e 16º LCCG.

5.2 Deveres de Informação na fase de garantia

Uma vez ultrapassada a fase de formação da garantia, também durante o período de jacência fidejussória se fará repercutir o princípio da boa fé objetiva no conteúdo dos deveres da parte ativa da relação jurídica, conquanto inexistam um dever primário de prestação a seu cargo.

Como coordenada geral, o dever de informação do credor Banco face ao fiador deve abranger todas as circunstâncias supervenientes que este último não haja podido conhecer justificadamente^{109 110}. O desconhecimento há de ser *justificado* em concreto mercê da impossibilidade ou elevado grau de dificuldade de obtenção da informação em causa, em função do *onus de auto-informação* que recai sobre o fiador acerca dos riscos em que incorre na assunção fidejussória bem como da sucessiva evolução da situação patrimonial do devedor principal¹¹¹.

A exceção reside nas situações de *sensível agravamento do risco da fiança*, agravamento esse imprevisível numa lógica de cálculo apriorístico de evolução da *situação patrimonial do devedor principal*. Isto porque, fundando-se a vontade de assunção do fiador no risco existente à data da conclusão do negócio, não é razoável pretender que este pressupõe a inalteração sucessiva do *status* económico do devedor, pelo que não será qualquer decréscimo de ativos a justificar uma conduta positiva por parte do credor, mas sim apenas um caso extremo¹¹².

Tal exigência é relevante para a tutela do fiador considerando o exposto no art. 468º/b), que permite a este liberar-se exatamente na situação de agravamento sensível do risco, independentemente de não ter existido culpa por parte do devedor nesse agravamento. Em sede de fiança *omnibus*, a informação será igualmente relevante em função do art. 654º.

No tocante à situação de *quebra de pagamentos por parte do devedor*, e conseqüente potencial agravamento da dívida do fiador graças à acumulação de juros, impõe-se ao

¹⁰⁹ Neste sentido, F. FARO, *op.cit.*, p. 386.

¹¹⁰ Significa isto que nas situações em que o fiador tenha sido capaz de obter a informação por sua própria iniciativa ou por intermédio de terceiros não será necessário que o credor Banco proceda ao seu esclarecimento. Ademais, sempre que o fiador aja como se tivesse conhecimento da informação, é legítimo ao credor banco concluir pela desnecessidade de comunicar.

¹¹¹ F. FARO, *op.cit.*, p. 400. Diga-se, aliás, que o *dever geral de informação* vincula ambos os pólos do negócio (*op.cit.*, p. 390).

¹¹² Neste sentido, F. FARO, *op.cit.*, p. 387; M.J. COSTA GOMES, *op.cit.*, pp 581-582 e 592.

credor banco o ónus de informar o fiador do sucedido, desde que a referida quebra, pela sua reincidência, indicie dificuldade económica do devedor em cumprir¹¹³.

Cela étant, para que os débitos surgidos posteriormente às situações acima elencadas sejam eficazes perante o fiador *omnibus*, o banco terá de o informar devidamente, e ele terá de concordar com a manutenção da garantia¹¹⁴. Isto porque, a este propósito, entende-se que o *animus fideiubendi* do assuntor *omnibus* encerra duas autorizações¹¹⁵.

Uma primeira autorização, que reveste o carácter *omnibus* propriamente dito e confere automaticidade na cobertura dos créditos futuros, atinente à operação garantida, e cuja premissa seja a situação patrimonial do devedor principal ao momento da conclusão do negócio¹¹⁶.

Uma segunda autorização, necessária em função do agravamento dessa premissa, e que se destina a consentir nas novas pretensões mutuárias das partes principais, haja vista a cessação da cobertura automática¹¹⁷. Esta prerrogativa não pode ser alvo de renúncia, pelo que qualquer cláusula que vise fornecer licença ao credor para aferir livremente da outorga de novas obrigações a um devedor principal financeiramente debilitado, ter-se-á, por via de regra, como *cláusula-surpresa* (8º/c) LCCG), bem como cláusula contrária à boa fé (15º LCCG), mesmo que, em concreto, a fiança se encontre limitada por um *plafond*¹¹⁸.

Só assim não será na hipótese de o *fiador controlar a atividade do devedor*. Nestes casos, atenta a “profissionalização” da contraparte, em princípio conhecedora dos costumes bancários sobre a matéria, bem como dos efeitos inerentes à assunção *omnibus*, e da posição privilegiada que esta ocupa na estrutura do devedor principal, que a habilita a tomar conhecimento da solvabilidade do devedor sem que tenha de recorrer ao credor, a boa fé objetiva impossibilitará o fiador de arguir a nulidade ou a ineficácia da fiança por ausência de informações ou de pedido de autorização por parte do credor banco¹¹⁹. Daí que, em princípio, uma cláusula que transfira para a esfera do sócio-fiador o ónus de seguir os desenvolvimentos negociais da sociedade, na prática permitindo ao

¹¹³ Neste sentido, M.J. COSTA GOMES, *op.cit.*, p. 962.

¹¹⁴ F. FARO, *op.cit.*, p. 389. M.J. COSTA GOMES, *op.cit.*, p. 590-591, alerta para a necessidade de «conjuguar a questão do âmbito dos deveres de protecção a cargo do credor com a própria responsabilidade (*Eigenverantwortlichkeit*) do fiador».

¹¹⁵ F. FARO, *op.cit.*, p. 427.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ F. FARO, *op.cit.*, pp. 427-428.

¹¹⁸ Neste sentido F. FARO, *op.cit.*, pp. 436-37.

¹¹⁹ F. FARO, *op.cit.*, p. 403.

credor banco a livre concessão de crédito, não deverá ser vista como atentatória da boa fé objetiva.

Finalmente, também aquando do exercício da faculdade de denúncia pelo fiador, se exige das partes que atuem sob a égide da boa fé objetiva. Por um lado, não poderá o credor banco intensificar a concessão de crédito durante o necessário período de pré-aviso¹²⁰ (numa lógica de «“lufa-lufa”»¹²¹), sob pena de ineficácia de tais obrigações perante o fiador. Por outro lado, o fiador que procure exonerar-se da garantia de forma despropositada, sem outra aparente racionalidade que a de liberar-se do compromisso assumido sem que o objetivo do financiamento tenha sido alcançado e sem que o escopo da fiança tenha sido respeitado, deverá igualmente ver votados à ineficácia os efeitos da sua declaração¹²².

5.3 Exclusão de certas obrigações do âmbito natural da fiança

Passamos agora para a análise dos efeitos da boa fé objetiva na delimitação dos créditos cobertos pela fiança *omnibus* e nos seus efeitos no que toca ao exercício dos direitos que dela advêm ao beneficiário.

Como demonstraremos, quer o título fidejussório revista um carácter mais delimitativo, quer contenha termos mais ou menos vagos, o dever de cooperação e consideração pela contraparte requer do credor que este, em conjunto com o devedor principal, concretize os débitos garantidos sem que se defraude o *animus fideiubendi* do assuntor e o risco por este legitimamente representado *ab initio*.

Assim sendo, não obstante a *souplesse* da fiança, não será admissível que o Banco dela se sirva para unilateralmente provocar o aumento do risco atuando na base de uma simples potestatividade¹²³. Nesse sentido, afirme-se a seguinte coordenada geral: após a assunção, o credor deve não só abster-se de tomar decisões que aumentem o risco acordado, como também deve zelar ativamente pela manutenção do mesmo em relação a fatores externos à relação fidejussória tripartida, sem prejuízo da total prossecussão do seu interesse inicial¹²⁴.

¹²⁰ Neste sentido, P. DE VASCONCELOS, *op.cit.*, pp. 109-110 ; F. FARO, *op.cit.*, p. 242; em sentido contrário, M.J. COSTA GOMES, *Assunção...cit.*, p. 776, e novamente em *O Mandamento da Determinabilidade...cit.*, pp. 59-60.

¹²¹ A expressão é de M.J COSTA GOMES, *Assunção...cit.*, p.776.

¹²² F. FARO, *Fiança Omnibus...cit.*, p. 414.

¹²³ F. FARO, *op.cit.*, p. 408.

¹²⁴ M.J. COSTA GOMES, *op.cit.*, p. 589.

Deve ser esta máxima a definir o perímetro da cobertura da fiança *omnibus*. Entretanto, as variáveis correlativas e simétricas de *risco transferido* e *interesse inicial* serão apuradas segundo o escopo e a finalidade da fiança concretamente contratada. Ou seja, a delimitação dos débitos exigíveis ao fiador será feita atendendo à natureza da relação garantida e à sua previsível evolução, bem como fatores a montante, como o eventual historial negocial entre as partes na relação principal, e, acima de tudo, pelo critério da *correta gestão do crédito* e da *normalidade do comportamento do devedor*¹²⁵.

Ora, posto isto, em primeira instância serão de excluir desde logo do âmbito natural de cobertura da fiança *omnibus* aquelas obrigações cuja origem não seja contratual, mas sim *ex delicto*¹²⁶; as dívidas de natureza extra-bancária que o devedor principal assumia; bem como aquelas de caráter bancário, mas que não se enquadrem na operação efetivamente garantida, regra geral, de obtenção de financiamento¹²⁷.

Outrossim, sempre que o devedor principal contraia dívidas no exercício anômalo da sua atividade, também a sua eficácia deverá ser vedada¹²⁸. Finalmente, e na mesma linha de raciocínio, também os créditos que o credor venha a adquirir supervenientemente sobre o devedor principal encontram-se, em princípio, fora do perímetro de eficácia da fiança *omnibus*¹²⁹.

A tentativa de acionar o fiador quando se verifique a inadimplência deste tipo de créditos é contrária à boa fé objetiva e, como tal, ineficaz perante o garante.

Assim se vê que mesmo que o termo da fiança seja vago e não exista uma enumeração útil das fontes das obrigações, ainda assim sempre existirão limites intrínsecos à fiança decorrentes da lógica da contratação, da causa do negócio.

Concretizando, o recurso à boa fé objetiva no âmbito da fiança *omnibus* não é apenas relevante no que toca ao estabelecimento dos *deveres acessórios* das partes, cuja importância numa relação negocial de grande risco é redobrada, mas também auxilia na própria determinação do *dever de prestação primário* a cargo do fiador, tanto na fase da constituição como sucessivamente até à liquidação do negócio jurídico.

Não obstante, a sua plena aplicação não deve relegar ou postergar a determinabilidade exigida pelo art. 280º/1, mas antes servir de complemento a esta. À validade formal, acrescenta-se, assim, a legitimidade do exercício da fiança *omnibus*.

¹²⁵ F. FARO, *op.cit.*, pp.408-411.

¹²⁶ Neste sentido, F.FARO, *op.cit.*, p.426.

¹²⁷ F. FARO, *op.cit.*, p.409-410.

¹²⁸ F. FARO, *op.cit.*, p.412.

¹²⁹ F.FARO, *op.cit.*, p.413.

Conclusão

Finda a análise, não podemos senão concluir, após todos os pontos desenvolvidos, pela desnecessidade de uma recapitulação exaustiva dos conhecimentos abordados acerca da fiança *omnibus*. A extensão do estudo torná-la-ia fastidiosa e redundante. Tendo isso em conta, colherá mais frutos, com certeza, uma conclusão que remate a presente tese com uma índole consolidativa. Nesse sentido, façamos uma relação das principais ilações a retirar, mas também das principais questões levantadas, cuja resposta poderá servir de base para futuras pesquisas.

Embora com a intenção saudável de cobrir de forma absoluta esta garantia, abordando na totalidade a questão da sua *validade e legitimidade no exercício*, sem que nunca tal tenha tolhido esta empresa, ou imposto a sua valia pela quantidade ao invés de pela qualidade, a realidade fragmentária falou mais alto e ficamos, assim, com um contributo na medida do possível para o *corpus dogmático* deste tipo fidejussório.

Todavia, registamos como salutar essa angústia interna gerada pela incompletude inerente à tarefa de análise e investigação, como sinal de que cumprimos a missão de jurista a que nos propusemos.

Vejamos, então.

I. A *fiança* corresponde ao paradigma das *garantias pessoais*. Consiste na assunção de uma obrigação perante o credor, obrigação essa que responsabilizará o assuntor – designado *fiador* - pelo cumprimento da dívida que um terceiro, o *devedor principal*, assumiu. A obrigação fidejussória é acessória da obrigação principal, e coloca, em princípio, todo o património penhorável do fiador (*garantia geral*) ao dispor do credor para a adimplência do crédito garantido.

II. A fiança é passível de garantir tanto *obrigações presentes* como *obrigações futuras*. Para tal, neste último caso, exige-se que no momento da assunção esteja preenchido um *minimum* de requisitos relativos à delimitação do objeto e identificação das partes, sem o que o negócio será nulo.

III. *Fiança omnibus* é aquela que garante todas as obrigações presentes e futuras que vinculem o devedor principal (sociedade comercial, em regra), ao credor (normalmente

um banco). Habitualmente, o fiador é alguém com *interesse na atividade da sociedade* - um sócio.

IV. Para que este tipo de fiança seja válida, terá de preencher o *requisito geral de determinabilidade* que consta do art. 280º/1. Significa isto que o fiador terá de ser capaz de representar *ex ante*, no momento da *conclusão do negócio*, a real extensão da sua prestação, que, para tal, deverá ser determinável, no mínimo.

V. Concluimos, em consonância com a doutrina e jurisprudência, que a fiança *omnibus* ilimitada é nula *ex vi* art. 280º/1 no segmento relativo às obrigações futuras, sendo as presentes válidas porque determináveis segundo o *critério da atualidade dos créditos*.

VI. São vários os *critérios de determinabilidade das obrigações futuras* propostos, com especial relevo para o da *limitação quantitativa*, capaz de fornecer *ab initio* um *quantum* ao assuntor e para o da *enumeração das fontes*, passível de delimitar com sucesso quais os títulos geradores das obrigações a garantir.

VII. Em princípio, a fiança *omnibus* prestada para garantia de todas as obrigações presentes e futuras decorrentes das relações bancárias credor-devedor (*fiança omnibus tout court*) que seja limitada por um montante máximo é determinável e, por conseguinte, válida nos termos do art. 280º/1.

Quando celebrada com recurso a *cláusulas contratuais gerais*, consideramos que, em princípio, a fiança *omnibus* com *plafond* é contrária à boa fé (15º LCCG), bem como constitui *cláusula surpresa* (8º/c) LCCG). A exceção reside nos casos em que o fiador tem *controlo sobre a atividade da sociedade devedora*.

VIII. Assinalámos que a *denunciabilidade ad nutum* e o *controlo do fiador* sobre a atividade do devedor são fatores fulcrais na tutela do assuntor *omnibus*, mas não conferem, *per se*, determinabilidade ao objeto da fiança.

IX. Rejeitámos a consagração de um critério de forma apriorística, em consonância com a doutrina e jurisprudência – incluindo aquela saída do AUJ nº4/2001. Ao invés, a validade e determinabilidade das fianças *omnibus* deve ser alvo de uma *aferição casuística*.

X. Finalmente, pugnamos pela insuficiência da tutela do fiador através da exclusiva análise da validade do negócio em abstrato. Como complemento, defendemos a necessidade da sua combinação com a tutela sucessiva baseada na *cláusula geral da boa fé objetiva* (762º/2). Através desta, o credor banco, embora desprovido de dever primário de prestação, vê nascer na sua esfera *deveres laterais de informação e de conduta*, cujo desrespeito, na fase de exercício, implica a *ineficácia* das obrigações assumidas face ao fiador.

Assinalamos a cobertura tanto da questão da determinabilidade como a da legitimidade do exercício no mesmo estudo, de forma sistematizada e esclarecida. Para além disso, o nosso contributo reside igualmente na argumentação relativa à inadequação do critério de controlo da atividade do devedor e na questão das cláusulas contratuais gerais. Como temas dignos de tratamento isolado e análise mais aprofundada, destacamos os efeitos da perda da qualidade de sócio na subsistência da fiança e a recondução da situação do fiador ao art.1º da LCCG e consequente aplicabilidade ou não do seu regime à prestação de fiança.

Não raras vezes, como explicámos, a jurisprudência tem admitido como elemento atendível no momento de aferir a determinabilidade de uma fiança *omnibus* o posicionamento do fiador relativamente ao devedor principal. Não concordamos com tal ponto de vista, tanto mais que no mor dos casos essa particularidade tem sido invocada para viabilizar fianças ilimitadas – sem *plafond* ou duração máxima.

Dito isto, a garantia fidejussória *omnibus* é um instrumento de inegável eficácia na cobertura de relações de financiamento societário, cuja preservação se justifica apesar da sua tendencial nulidade, quando ilimitada.

Finalizamos, fazendo nossas as sábias palavras de MENEZES CORDEIRO: «O Direito Civil é muito delicado: não se improvisa»¹³⁰. Há que encontrar o *sweet spot* entre a visão positivista do normativo legal e o absoluto e total casuismo, sob pena de impedirmos o necessário progresso jurídico ou ferirmos a coerência do ordenamento.

Creemos ter respeitado esse balanço com sucesso.

¹³⁰ M. CORDEIRO, *op.cit.*, p. 498.

Referências Bibliográficas

Legislação

- Código Civil.
- Código Comercial.
- Código das Sociedades Comerciais.
- Lei das Cláusulas Contratuais Gerais – DL n° 446/85.

Jurisprudência citada

Nacional:

- Acórdão Relação de Coimbra, de 29.03.2011, Processo n° 448/07.0TBCBR-A.C2, (Manuel Capelo).
- Acórdão Relação de Coimbra, de 20.03.2012, Processo n° 2421/09.4TBVIS-A.C1, (Manuel Capelo).
- Acórdão Relação de Lisboa, de 18.09.2007, Processo n° 4890/2007-7, (Luís Espírito Santo).
- Acórdão Relação de Lisboa, de 19.11.2009, Processo n° 4846/05.5TJLSB.L1-6, (Fátima Galante).
- Acórdão Relação de Lisboa, de 01.10.2014, Processo n° 10610/11.5TBOER.L1-6, (Tomé Ramião).
- Acórdão Relação do Porto, de 14.03.2017, Processo n° 24453/15.3T8PRT-A.P1, (José Igreja Matos).
- Acórdão Supremo Tribunal de Justiça, de 19.10.1999*.
- Acórdão Supremo Tribunal de Justiça, de 03.05.2007, Processo n° 06B1650, (Pires da Rosa).
- Acórdão Supremo Tribunal de Justiça, de 08.09.2011, Processo n° 6065/04.9TVLSB.L1.S1, (Lopes do Rego).
- Acórdão Supremo Tribunal de Justiça, de 08.03.2012, Processo n° 448/07.0TBCBR-A.C2.S1, (Távora Victor).

- Acórdão Supremo Tribunal de Justiça, de 09.07.2015, Processo nº 1728/12.8TBBRR-A.L1.S1, (Ana Paula Boularot).
- Acórdão Uniformizador de Jurisprudência nº4/2001, de 23.02.2001, Processo nº 197/00, .
- (Disponível em <http://www.dgsi.pt/>, exceto a assinalada *, que consta de *BMJ* 488.º-337)

Estrangeira:

- S. de 18.05.95. (BGH).
- S. de 07.03.96. (BGH).

Obras citadas

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, (coord.), [Mc: J.M COUTINHO DE ABREU], *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol.III, 2ª ed., Almedina, 2016.
- CAMINHA, Gregório Martins, “Tratado da Forma dos Libelos”, in: *Obras Pioneiras da Cultura Portuguesa: Primeiro tratado jurídico*, vol. 13, 1ª ed., s.l: Círculo de Leitores, 2018.
- CORDEIRO, António Menezes, [Mc: M. Cordeiro], *Tratado de Direito Civil*, vol.X, reimp. (2017), Almedina, Coimbra, 2015.
- .“Anotação ao acórdão de 19 de Fevereiro de 1991”, in: *Revista da Ordem dos Advogados (ROA)*, ano 51 (1991), vol. II, pp. 525-572. Disponível em <https://portal.oa.pt/upl/%7Beacda502-74f5-4798-813a-3ce738fc8444%7D.pdf> .
- (Consultado pela última vez em 19-04-2021).
- COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 12ª ed. rev. e at., 4ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2016.

- FARO, Frederico de Souza Leão Kastrup de, [Mc: F.Faro], *Fiança Omnibus no Âmbito Bancário: Validade e exercício da garantia à luz do princípio da boa fé*, Coimbra Editora, 2009.
- .“Da validade da fiança *omnibus*”, in: *Garantias das Obrigações: Publicação dos Trabalhos do Mestrado*, coord. Jorge Ferreira Sinde Monteiro Almedina, Coimbra, 2007, pp. 249-303.
- GOMES, Manuel Januário da Costa, [Mc: M.J. Costa Gomes], *Assunção Fidejussória de Dívida: Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Almedina, Coimbra, 2000.
- .“O Mandamento da Determinabilidade na Fiança Omnibus e o AUJ nº 4/2001”, in: *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Collaço*, vol.II, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 49-78.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, [Mc: M. Leitão], *Garantias das Obrigações*, 6ªed., reimpressão, Almedina, Coimbra, 2019.
- MACHADO, João Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 18ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2010.
- MARTINEZ, Pedro Romano / Pedro Fuzeta da Ponte, [Mc: R. Martinez/ F. da Ponte], *Garantias de Cumprimento*, 4ªed., Almedina.
- MENDES, Evaristo, “Aval e fiança gerais”, in: *Direito e Justiça (DJ)*, XIV, tomo 1, 2000, pp. 149-169.
- .“Fiança geral”, in: *Revista de Direito e de Estudos Sociais (RDES)*, XXXVII (1995), nºs 1-3, pp. 97-158.
- .“Garantias bancárias: natureza”, in: *Revista de Direito e de Estudos Sociais (RDES)*, XXXVII (1995), nº 4, pp. 411-473.

—. *Fiança. Comentário aos artigos 627 a 655 do Código Civil*, 2018, disponível em [https://www.evaristomendes.eu/ficheiros/Evaristo_Mendes_Fianca_\(Comentario\)_Net.pdf](https://www.evaristomendes.eu/ficheiros/Evaristo_Mendes_Fianca_(Comentario)_Net.pdf), (consultado pela última vez em 19-04-2021).

—. *Aval prestado por sócios de sociedades por quotas e anónimas e perda da qualidade de sócio*, 2015, disponível em formato PDF em [https://www.evaristomendes.eu/ficheiros/Evaristo_Mendes_Aval_prestado_por_socios_de_SQ_Apontamento_\(final\)eu.pdf](https://www.evaristomendes.eu/ficheiros/Evaristo_Mendes_Aval_prestado_por_socios_de_SQ_Apontamento_(final)eu.pdf), (consultado pela última vez em 19-04-2021).

MESQUITA, Manuel Henrique, “Fiança : parecer”, in: *Colectânea de Jurisprudência (CJ)*, Ano XI (1986), t. 4, pp. 23-29.

NETO, Abílio, *Código Civil Anotado*, 17ª ed. rev. e at., Ediforum, Lisboa, 2010.

PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

SANTOS JUSTO, António dos, *Direito Privado Romano (Direito das Obrigações)*, vol.II., 4ª ed., reimpressão, Coimbra Editora, 2014.

SILVA, João Calvão da, *Estudos de Direito Comercial: (Pareceres)*, reimpressão, Almedina, Coimbra, 1999.

—. *Banca, Bolsa e Seguros*, 5ª ed. rev. e aum., Almedina, 2017.

VALCAVI, Giovanni, [Mc: G. Valcavi], “Se ed entro quali limiti la Fideiussione Omnibus sia invalida”, in: *Scritti Giuridici Scelti*, Nicolini Editore, 2005, disponível em formato PDF. em <http://www.fondazionegiovannivalcavi.it/scritti/capitoli/diritto-civile15.pdf>, (consultado pela última vez em 19-04-2021).

VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, vol.II, 7ª ed. (1997), 11ª reimpressão, Almedina, 2015.

VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, [Mc: P. de Vasconcelos] *Direito das Garantias*, 3ª ed. (reimpressão), Almedina, Coimbra, 2020.

VIDEIRA, Celina, “A fiança *omnibus*”, in: *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, VIII (2016), 3, pp. 643-685., disponível em [http://www.revistadedireitodassociedades.pt/files/RDS%202016-03%20\(643-685\)%20%20Doutrina%20%20Celina%20Videira%20%20A%20fian%C3%A7a%20omnibus.pdf](http://www.revistadedireitodassociedades.pt/files/RDS%202016-03%20(643-685)%20%20Doutrina%20%20Celina%20Videira%20%20A%20fian%C3%A7a%20omnibus.pdf), (consultado pela última vez em 19-04-2021).