

ORIGINAL

Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa - Escola de  
Lisboa

# **Do Direito de Regresso na Fiança: Considerações sobre a Natureza Solidária da Obrigação Fidejussória**

Tese de Mestrado Forense, Vertente Civil e Empresarial

Sob a Orientação do Exmo. Professor Doutor Júlio Gomes

Realizado por: Hugo Rodrigues

Lisboa, 31 de Março de 2011



## **1. Agradecimentos:**

Agradeço, desde já, à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, à Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa e à Faculdade de Direito da Universidade de Estudos de Pisa, bem como a todos os docentes que contribuíram para a minha formação pessoal e académica.

Aproveito para endereçar uma especial saudação ao Exmo. Professor Doutor, Júlio Gomes, por ter aceite a orientação do meu estudo e, sobretudo, pela disponibilidade que sempre mostrou ao longo do mesmo.

Uma consideração é devida ao meu escritório, Jorge Neto & Associados, que mostrou, constantemente, sensibilidade para os problemas que se foram deparando durante a elaboração da presente Tese.

Ainda aos meus amigos, que viveram as minhas alegrias e as minhas frustrações como se fossem deles.

À minha irmã, e, sobretudo, ao meu Pai... e à minha Mãe....

## Índice:

<b>1. Agradecimentos.....</b>	<b>1</b>
<b>2. Introdução.....</b>	<b>3</b>
<b>3. Obrigação Solidária (suas características).....</b>	<b>5</b>
<b>4. A enunciação “busnelliana”.....</b>	<b>13</b>
<b>5. A concepção de RAVAZZONI.....</b>	<b>17</b>
<b>6. Crítica: a causa garantística aplicada à solidariedade “tradicional”.....</b>	<b>23</b>
<b>7. Do Direito de Regresso.....</b>	<b>41</b>
<b>8. Da relevância prática de um Regresso na Fiança: distinção em relação à Sub-rogação.....</b>	<b>49</b>
<b>9. Conclusões.....</b>	<b>59</b>
<b>10. Bibliografia.....</b>	<b>64</b>

## 2. Introdução

Lançando um olhar sobre o nosso tema e os seus contornos na experiência nacional, somos compelidos a configurar o direito de regresso enquanto realidade inserida na esquemática das obrigações solidárias<sup>1</sup>, aquando do pagamento de um dos coobrigados que exceda a sua quota parte nas relações internas, servindo pois este mecanismo como a forma do *solvens* reaver o excedente dispendido no cumprimento da sua obrigação<sup>2</sup>. É contudo um termo alheado do léxico normativo relacionado com a fiança, não havendo um paralelismo com o artigo 524.º para a mencionada garantia.

Neste contexto, urge uma indagação acerca do real âmbito das obrigações solidárias, acompanhada de uma reflexão sobre a verdadeira configuração relacional entre fiador e devedor principal, de forma a averiguar até que ponto as duas realidades são coincidentes, ou até se a pluralidade de sujeitos envolvidos na mesma obrigação é sinónimo do vínculo solidário que os une.

Retendo o ponto, e numa base mais generalista, RUBINO<sup>3</sup> apela a uma estrutura tripartida de forma a explicar o conceito subjectivamente complexo inerente a uma

---

<sup>1</sup> Como refere CAMPOBASSO, o direito de regresso advém do pagamento de um dos coobrigados que, na base das relações internas, não se configure como o destinatário final do débito por inteiro. Assim, e ainda na esteira do autor, o regresso ocorre “*in quanto effetto ex lege o aspetto dello stesso vincolo solidale interno*”, *Regresso*, in *enciclopedia giuridica*, pg.1.

<sup>2</sup> Profusamente enunciado na nossa doutrina, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, 1.º vol., 10.ª ed., pg.781; MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, 1.º vol., Lisboa, AAFDL, 1980 pg.101; ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 7ª ed. e act., pg.590; MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, 1.º vol., 3ª ed., pg.172; VAZ SERRA, *Pluralidade de devedores ou de credores*, *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, nº 69 e 70, Lisboa, 1957, pg.206; JANUÁRIO GOMES, *Assunção fidejussória de dívida, Sobre o sentido e âmbito da vinculação como fiador*, Coimbra, Almedina, 2000, pg.183 e segs.

<sup>3</sup> RUBINO, *Delle obbligazioni : art. 1285-1320*, Bologna, 1957, pg.129 e segs.

obrigação: em primeiro lugar, nestas últimas intervêm uma pluralidade de sujeitos da mesma parte da relação jurídica; a mais, a prestação será necessariamente única e idêntica<sup>4</sup>; finalmente, o vínculo em causa derivará sempre de um determinado facto jurídico, isto é, a relação jurídica terá sempre uma causa comum para os vários intervenientes desta realidade. No entanto, este esquema só consubstancia a estrutura plural solidária se concorrer um último factor, qual seja a par da identidade substancial das prestações (componente objectiva) e da multiplicidade de sujeitos envolvidos na mesma (componente subjectiva), seja esta direccionada a satisfazer um idêntico interesse. Um “*collegamento*” que assinala uma componente unitária na relação entre os diferentes obrigados<sup>5</sup>.

Apesar do agora dito, é também certo que o estipulado legal parece apontar um direito de regresso acantonado à obrigação solidária, mormente na referência que deve ser feita ao artigo 524 do Código Civil. A inserção sistemática deste tema, bem como a delimitação da mencionada norma aos “convedores”, inevitavelmente entrelaça os dois institutos.

Mas é também ponderável que o elemento gramatical interpretativo, na sua função negativa, não pode excluir que outros devedores que cumpram a sua obrigação, quando vinculados com outros “convedores”, num esquema em todo semelhante com o referido no artigo 524, também não possam servir-se deste instituto. É pois neste pressuposto, que vale igualmente para os restantes elementos interpretativos, que iremos indagar do paralelismo que se possa fazer entre esta figura e a sua inserção enquanto

---

<sup>4</sup> Adverte o autor para o diferente esquema em que se baseiam as obrigações solidárias e as parciárias. Nestas últimas a obrigação divide-se em fracções, cada uma correspondente ao número de devedores ou credores presentes na relação. Contudo, tal como nas obrigações solidárias, falamos sempre da mesma prestação, op. cit., pg.130. ANTUNES VARELA, *Obrigações*, I, pg.748, fala de um “nexo objectivo de complementaridade” que une as diversas prestações.

<sup>5</sup> Como aponta GANGI, *Le obbligazioni : concetto, obbligazioni naturali, solidali, divisibili e indivisibili*, Milano, Giuffrè, 1958, pgs. 135 e segs.

mecanismo compensatório na fiança<sup>6</sup>, tendo como pano de fundo um dos textos legais que mais influenciou a nossa enunciação legal, o Código Civil Italiano de 1942.

### 3. Obrigação Solidária (suas características)

Merece-nos pois uma reflexão acerca dos contornos da obrigação que é uma das fontes que fazem surgir o instituto em estudo. A prestação solidária comunga de muitos dos pressupostos das obrigações subjectivamente complexas, algo natural sendo uma variante desta última. Densifiquemos estes conceitos. Ao lado da pluralidade de sujeitos, da mesma parte da obrigação, encontramos a vinculação dos sujeitos da relação a uma idêntica prestação. Entenda-se esta situação, usualmente designada “*eadem res debita*”, não como necessária igualdade. Serve pois a análise do artigo 512º., nº.2<sup>7</sup>, emblemático do mencionado entendimento. Contudo, o cerne da questão passa por perceber qual o âmbito do diferencial que pode existir entre as diversas modalidades, às quais ficam sujeitos os diversos obrigados.

O critério genérico é novamente enunciado por RUBINO<sup>8</sup> no seu comentário à correspondente norma do *codice*, lato na sua enunciação, admitindo que a obrigação permanece solidária desde que a consistência objectiva não seja afectada. Parece-nos redundante esta conclusão pois a “*eadem res debita*” não mais é do que uma das componentes objectivas da obrigação solidária. Ora mencionar que não se pode violar a

---

<sup>6</sup> Ou seja, cabe-nos averiguar até que ponto estes “lugares paralelos”, na expressão de BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 12ª reimpressão, 2000, pg.183, comungam de uma natureza que os possa verdadeiramente aproximar. Ver também OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito Introdução e Teoria Geral*, 13ª Edição Refundida, 2005, pgs.394 e segs.

<sup>7</sup> Concentramos, a partir de agora, o nosso estudo na solidariedade passiva, naturalmente mais próximo da relação que se estabelece entre fiador e devedor e do consequente direito de regresso.

<sup>8</sup> Op. cit., pg.133 e 155

objectividade deste vínculo, pois este é referente delimitador da mesma, qual tautologia, em nada nos esclarece acerca do âmbito do conceito em causa<sup>9</sup>.

Mais simples e acertada parece ser a reflexão de JANUÁRIO GOMES<sup>10</sup>. O autor, alicerçando-se no pensamento germânico que divide a prestação em acção (ou omissão) e resultado, este último entendido como a direcção para onde tende a dinâmica da prestação (o objecto da mesma). Ora o critério da identidade da prestação, a que se refere o artigo 512º., nº1, não é mais que este resultado comum para o qual tendem as diversas prestações solidárias. Este critério *supraobligacional* (nas palavras do autor) consistiria na constatação de que todos os coobrigados estariam vinculados à satisfação do mesmo interesse creditório<sup>11</sup>. Seria também este o ponto de conexão entre a identidade das prestações, exigido pela norma ínsita no artigo 512º., nº1, e a possibilidade de diversidade de conteúdos a que faz menção o artigo 512º., nº2, homogeneizando dois preceitos que, à partida, revelar-se-iam antitéticos. Deixamos pois uma importante coordenada para o nosso estudo: a direcção das prestações solidárias em torno da realização do interesse creditório<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> A dificuldade em definir o que se entende por identidade da prestação cria uma incongruência no pensamento do autor, pois é este o pressuposto do qual o mesmo parte para diferenciar a situação fidejussória, da solidária, certo que também em conjugação com a “*eadem causa obligandi*”, op.cit. pg.134.

<sup>10</sup> Op. cit. pgs.188 e segs.

<sup>11</sup> Como enuncia LARENZ, citado por JANUÁRIO GOMES, *Assunção*, op. cit. pg.191. Evolui-se do espartilho conceptual identificado com a similitude corpórea, para uma enunciação mais lata e abstracta, uma *espiritualização*, nas palavras do autor.

<sup>12</sup> Verdadeiramente, também na doutrina italiana não se encontra óbice ao pressuposto finalístico. Tanto a noção da comunhão do débito, encabeçada por BUSNELLI, *obbligazione soggettivamente complessa*, in, *enciclopedia del diritto*, vol. XXIX, 1979, pg.331, que revê a solidariedade como uma mera fase executória, desligada de elementos estruturais que seriam explicados pela noção genérica da obrigação subjectivamente complexa, como os entendimentos substanciados numa pluralidade de relações obrigatórios, não obstam a inferir-se a prossecução do interesse creditório como o delimitador da identidade obrigacional e o justificativo do regime liberatório

É agora oportuno trazermos à colação um outro pressuposto solidário: a “*eadem causa obligandi*”. Por outras palavras, dizemos que a constituição da obrigação solidária depende que a mesma, para os diversos intervenientes, tenha surgido do

---

solidário. Destes últimos destaque para GANGI, op. cit., pg.146, que enuncia a comunhão do escopo, entendido no resultado finalístico, que definiria a *res debita*. GIORGIANNI, *obbligazione solidale e parciaria*, in *Novissimo Digesto Italiano*, pg.675, prefere o elemento prestação, na sua componente similar, para definir a identidade entre várias obrigações. A destoar da tendência surge MATTEUCCI, *Solidarietà del fideiussore e suo debito non pecuniário*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano , Giuffrè, 1959, pg.1341, que adverte que a unidade na prestação não seria mais que unidade no cumprimento, impassível de explicitação do fundamento da realização de um devedor liberar aos restantes. Para a compreensão deste requisito, o autor intui o seu fundamento “*nella particolare configurazione che per ogni debito solidale assume la prestazione*”. No fundo, perpassa uma quase total aleatoriedade nas indagações do autor sobre os critérios de aproximação entre prestações, de forma a ser possível aferir uma identidade entre as mesmas. À latente falta de objectividade, também olvida-se que as teorias finalísticas não são imunes à teorização geral da obrigação, enquanto noção finalizada à concretização da satisfação creditícia. A prestação não é mais que a figuração instrumental da prossecução desse interesse, um meio. Ora se os meios tendem para o mesmo fim (escopo, interesse, a terminologia é indiferente), não é alvitante afirmar que as prestações terão de apresentar similitudes. A prestação é, antes, balizada num todo, que a transcende e influencia, sendo a mesma reduzida a uma mera categoria acessória a essa finalidade. Funciona o mecanismo para a solidariedade dita clássica, em que o escopo creditício é definido numa só obrigação. Como observa JANUÁRIO GOMES, op. cit, pg.8, nos casos em que o comportamento do terceiro, não vinculado (à prestação originária), é apto a realizar o interesse do credor, então o monopólio obrigacional desmorona-se por algo “que se desenrola no seu exterior”. Acrescentamos apenas uma pequena cambiante, pois nesses casos esse “exterior” funde-se com as demais obrigações, de modo a que a realização de uma delas importe também a extinção das restantes. Esse “exterior” não é mais que o interesse do credor existindo, nos mesmos termos, na fiança como na solidariedade clássica.

mesmo facto jurídico ou, pelo menos, de factos ligados entre si que permitam considerar que os mesmos concorrem para a formação de um complexo unitário.

Não obstante, não confundamos esta enunciação com uma precisão espaço-temporal dos elementos constitutivos da obrigação. Esta factualidade não tem como contraponto essencial o surgimento do nexu solidário, isto quer dizer que a solidariedade pode surgir em momentos sucessivos para os diversos intervenientes. Fulcral é antes a possibilidade do complexo factual ser encarado como uma realidade unitária<sup>13</sup>. Servem, neste particular, as lições de AMORTH<sup>14</sup>. O autor sugere uma enunciação prática do conceito, enquanto valoração do objectivo que as partes pretendem com o negócio determinado. O mesmo é dizer que a estrutura solidária cumpre um escopo protector das pretensões creditórias, ao facilitar a realização do interesse activo da relação solidária. A insegurança transfere-se para a esfera do devedor, que fica adstrito a suportar não apenas o antecipar da dívida que, na prática, pertence aos outros devedores, como o risco de insolvência destes últimos<sup>15</sup>.

O que parece acompanhar ambos os componentes da obrigação solidária é a necessidade de uma homogeneidade estrutural das obrigações relativas, concorrendo todas elas para uma unidade no complexo relacional. O critério delimitador desta realidade parece ser a direcção das prestações para um referencial comum, ou seja, a realização do interesse activo da obrigação, ou nas palavras de VAZ SERRA, uma

---

<sup>13</sup> RUBINO baseia a falta da *eadem causa obligandi* da obrigação principal com a fiança, como essencial no sentido de afastar esta garantia do esquema solidário. Contudo, não desenvolve mais o tema, afirmando apenas que uma obrigação solidária seria apenas compreendida numa situação de pluralidade de fiadores. O autor expõe-se à natural crítica da não especificação da falta do mencionado pressuposto na obrigação fidejussória que, tal como na *eadem res debita*, carecem duma dogmatização mais precisa, op. cit. pg.133 e segs.

<sup>14</sup> *La responsabilidad del deudor solidario*, Coleccion Nereo, Barcelona, 1963, pg.123 e segs.

<sup>15</sup> No mesmo sentido RUBINO, op. cit., pg. 130, e GANGI, op.cit., pg. 150

comunidade de fim<sup>16</sup>. Mais adiante faremos o paralelismo entre o interesse presente neste tipo de obrigações, e o seu congénere (ou não) na situação da fiança.

Antes de mais importa referir o cardeal definidor incontornável da solidariedade obrigacional<sup>17</sup>: o facto de cada devedor ser obrigado a realizar a prestação por inteiro, com a consequência de que, uma vez a mesma satisfeita, a obrigação extingue-se para todos os devedores. Como evidencia PAULO CUNHA, paralelo à pluralidade de sujeitos passivos, surge uma unidade objectiva<sup>18</sup>.

Ao rol de evidências também não escapa que a definição conceptual da solidariedade peca por defeito, ao apenas conceber normativamente a relação jurídica enquanto atenta às relações externas (veja-se o art. 519º.). A definição dogmática geral do conceito, no que conexão interna entre devedores diz respeito, compadece-se, à primeira vista, com uma construção até muito semelhante à própria fiança<sup>19</sup>. Substancia-se a situação no facto de, para além de cada coobrigado ser devedor na sua parte do

---

<sup>16</sup> Op.cit., pg. 66, ANTUNES VARELA, *Obrigações I*, pgs.762 e segs., dá o seguinte exemplo: “Se o causador do incêndio indemniza o prejudicado, o segurador fica exonerado; pelo contrário, se é o segurador quem indemniza, o autor do incêndio não se exonera, transferindo-se para o segurador a pretensão contra ele”. O autor fala, nestes casos, não de uma comunhão de fins, mas antes de uma coincidência dos mesmos. No segundo caso não haveria uma verdadeira solidariedade, apesar dos preceitos do instituto serem aplicados analogicamente a estas situações. O que faltaria seria um determinativo volitivo e perene entre as duas obrigações, uma “colaboração”, no primeiro caso, e uma vinculação duradoura, no segundo, na satisfação do credor. A discussão da temática, para o nosso estudo é secundária, pois é visível a comunhão de esforços entre fiador e devedor para a realização obrigacional. Ainda acresce que o tratamento jurídico destas situações é, também ele, uniforme. E só poderia ser, face a um conteúdo e objectos similares, entenda-se, a propensão das obrigações para a satisfação creditícia.

<sup>17</sup> Como já referido anteriormente, falamos sempre de solidariedade passiva.

<sup>18</sup> PAULO CUNHA, *Da Garantia nas Obrigações*, Tomo I, 1939 pg.33

<sup>19</sup> RAVAZZONI, *La Fideiussione*, Milano, Giuffrè, 1973, pg.9

crédito, recai sob o mesmo um dever de garantir a realização da prestação quando os restantes devedores não estejam em condições de a efectuar<sup>20</sup>.

Esta teoria expõe-se a algumas críticas. Estruturalmente, um apontamento óbvio passa pela falta de abrangência de uma explicação que limita o seu raio de acção às ligações internas de várias relações, que só se compreendem como mais complexas, envolvendo igualmente uma componente externa que carece de enquadramento. Uma possível resposta a este problema, poderia passar pela tentativa de cindir o conceito, e partir de uma análise diferenciada relativa às relações internas e externas dos condevedores. Ora tal abordagem iria colocar um estranho caso em que nas relações externas os devedores seriam obrigados por inteiro, numa verdadeira acepção solidária, enquanto nas relações internas funcionariam como mútuos fiadores, qual dualidade dogmática que uniria duas figuras com características comuns, mas com regimes ainda assim diversos, quase como uma supra estrutura ideológica unificadora das duas acepções garantias, que deixaria pouca ou nenhuma margem a uma concepção independente das duas figuras<sup>21</sup>. A idealização de uma mútua fiança nas relações internas apenas pode valer como auxiliar interpretativo<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> O que levava já RUBINO, op. cit., pg.141, a ponderar a hipótese de a solidariedade passiva desempenhar uma função análoga aquela conferida à fiança. Contudo, não obsta a apontar uma figuração fidejussória, quando aplicada à estrutura solidária, apenas numa vertente relacional interna. Daí o funcionalismo, para o autor, similar entre as duas figuras. Como adiante iremos observar, julgamos antes que o escopo comum entre as figuras localiza-se no plano creditício, na garantia da realização obrigacional, vulgo, numa característica externa ao relacionamento passivo.

<sup>21</sup> Neste sentido GANGI, op.cit., pg.150; RUBINO, op. cit., pg.141, delimita as semelhanças entre solidariedade e fiança ao fechado campo funcional e interno, pois as duas cumprem um escopo tendente à realização obrigacional, funcionando cada devedor como um fiador recíproco dos restantes, mas do ponto de vista estrutural, falha a analogia entre as duas figuras, pois a fiança não cumpre na análise inteira da solidariedade. Por sua vez AMORTH, op. cit. pg.109, constata que as regras que encontram fundamento na acessoriedade, característica da fiança, mormente os dispositivos referentes à extinção da relação fidejussória, não têm reflexo paralelo na

---

solidariedade, visto a subsistência deste vínculo mesmo após o fim da obrigação de um dos coobrigados. Ainda do mesmo autor, op. cit. 55 e segs., parte a constatação que as duas figuras não poderiam conjugar-se pois nas relações interiores, em conjugação com a realidade exterior do conjunto dos devedores (vulgo credores), conduz ao necessário tratamento diferenciado da realidade solidária, inconcebível através de mecanismos que, também eles, apresentam uma estrutura complexa. Seria uma tentativa de cindir o instituto solidário, dando-lhe uma natureza correspondente a outro mecanismo que, já de si, é também ele indivisível. Ainda RAVAZONI, op. cit. pgs. 11-12, não encontra fundamento para que a obrigação se extinga nos casos em que o negócio que tenha dado origem à vinculação de um dos devedores seja anulado, repartindo-se antes a quota do mesmo pelos restantes condevedores, diferentemente do que ocorre na fiança. MATTEUCCI, op.cit., 1323-1324, realça antes o referente externo, leia-se a tutela do interesse creditório, averiguado no momento da constituição obrigacional. Mais especificamente, a vinculação de cada devedor seria *“la forza complessiva che conduce alla sodisfazione dell’interesse del creditore”*. O que autor indica é simplesmente uma abordagem diversa: os condevedores serão garantes do credor, e não uns dos outros. Faz sentido que *“l’accessorietà del debito perde la sua rilevanza all’interno di questa situazione e ogni debito esplica la sua essenza di doverosità in identica misura e con identica forza”*. O que se depreende do autor, não é explicação da solidariedade através de um referente fidejussório, mas o comungar, entre as duas figuras, de uma natureza garantística, onde a acessoriedade, enquanto característica peculiar da fiança, não seria óbice a esse referente satisfatório creditício. Entre nós, e numa toada semelhante, veja-se JANUÁRIO GOMES, op.cit. pg.237 e ANTUNES VARELA, *Obrigações I*, pg.785.

<sup>22</sup> Fica a menção, não exaustiva, que temos, para nós, que as ligações internas dos condevedores, ao dividirem-se entre si deverão funcionar num esquema fraccionado, de tal forma que qualquer causa extintiva que apenas a um dos condevedores disse-se respeito, não afectaria os restantes obrigados. Diferente concepção levaria a uma desconsideração das quotas de cada devedor nas relações externas, aproximando todas as obrigações da acessoriedade típica da fiança. De sentido dúbio RUBINO, op.cit., pg. 141-142, admite a limitação do entendimento, já que não consegue explicar os efeitos nas relações externas, mas também destaca-se da teoria da unicidade solidária, pois com esta ocorre o fenómeno contrário, qual seja, a incapacidade de esclarecer, aquando da

---

extinção do vínculo solidário, que apenas a um dos devedores afecte, não haja igualmente propagação a toda a obrigação e a todos os devedores. Não obstante, o autor parece concluir pelo tratamento parciário quando admite a solidariedade como uma “*soprastruttura*” constituída no interesse do credor e que, portanto, no confronto interno, seria possível retornar ao estado natural, isto é, à parciaridade. Em sentido semelhante surge JANUÁRIO GOMES, op.cit., pg.238 e segs. Para o autor a prestação solidária seria, antes do seu surgimento, constituída por uma série de prestações parciárias, que seriam transformadas através do acordo solidário. As primeiras seriam a fonte da vinculação perante o credor, e a segunda, a fonte da solidariedade. Seria esta última a “disciplina” que levaria à agregação das várias obrigações parciárias, concorrendo todas elas, para o “fim de garantir ao credor uma mais segura satisfação do crédito”, op. cit., pg.240. Assim, não era eliminada a situação preexistente, mas a mesma jamais poderia ser reaproveitada, vulgo a obrigação solidária não poderia dar lugar a um conjunto de obrigações parciárias. Não obstante, e dizemos nós, que se os vínculos parciários não são extintos, estes só podem ter aplicabilidade nas relações internas entre os condevedores. Implicitamente, o autor é sensível à posição fragmentária de cada devedor no seio das relações internas, mas mesmo assim não impende no sentido da parciaridade. A forma de tornear a situação passa por manter essa referência ainda viva, mas sem aplicabilidade, por força do esquema geral solidário, esse sim exequível. Entende-se a tentativa do autor de afastar o pronunciamento solidário sob os moldes da parciaridade, numa tentativa de distanciamento da teoria de GIORGIANNI, *obbligazione solidale*, op. cit. pg.676, que concebe a solidariedade como “*le somme delle varie prestazione*”. O autor tenta, assim, suprir a dificuldade do enquadramento da obrigação solidária como uma modalidade parciária, nomeadamente quando a prestação é indivisível. Em toada semelhante, MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral das Obrigações*, 3ª edição, Coimbra, Almedina, 1966, pg.144, advoga o desaparecimento do carácter solidário das relações internas, a favor de uma parciaridade total desta vertente. Similarmente a JANUÁRIO GOMES, parte AMORTH, op.cit., pg.110, afirmando, após criticar a mútua fiança, que a confluência entre múltiplos vínculos numa causa comum, perfazendo uma só prestação, significa a presença de um esquema solidário. Verdadeiramente, julgamos difícil contornar uma realidade que subjaz a todas estas tendências, ou seja, a ideia de

#### 4. A enunciação “busnelliana”

A doutrina transalpina deparou-se com um problema de base no *código*, pois da conjugação do *artículo 1944*, relativo à fiança e que contém uma remissão expressa para as regras solidárias, e do *artículo 1298*, que consagra a regra da indivisibilidade da obrigação nas relações internas quando esta seja contraída no interesse exclusivo de um dos devedores.

Começando pelo último, desde logo ressaltam dois apontamentos: ao lado da concepção tradicional, o legislador italiano, aparentemente, consagrou uma figura diferente mas, ainda assim, inserida sistematicamente no esquema solidário, em contraposição ao interesse comum surge a exclusividade do mesmo. Dadas as coordenadas, restava indagar em que termos poder-se-ia inserir a fiança nos ditames solidários.

A densificação do interesse comum passou a significar similitude com a definição de dívida comum. Por outras palavras, a verificação deste conceito ocorreria quando a vários devedores fosse reconhecida a mesma dívida, vulgo a recondução ao conceito tradicional de solidariedade<sup>23</sup>.

---

um fraccionamento interno debitório, que funcionaria nas relações entre devedores, unidos por uma vinculação comum externa. Percebe-se que JANUÁRIO GOMES infira que a solidariedade não é uma realidade fragmentada, pois surge num panorama ulterior à realidade parciária, mas não nega que o seu substrato impele nesse sentido, ou seja, a consideração de uma realidade fragmentada.

<sup>23</sup> RUBINO, op. cit, pgs.190-191, advertia para a percepção fidejussória das situações em que o credor tinha conhecimento do interesse exclusivo em que é contraído o negócio garantístico, superando assim o entrave da recondução solidária, nestes casos, à lógica da fiança pois, também nas relações externas, os intervenientes portar-se-iam como verdadeiros fiadores recíprocos “estruturais”. Das palavras do autor, não subjaz a pronúncia a favor do enquadramento solidário enquanto repercussão da fiança, pois mais não adianta que a própria formulação da figura fidejussória. O mérito do autor

Mas o impacto das teses de BUSNELLI, na dogmatização solidária, fez-se sentir com a relevância dada à componente causal desta modalidade obrigacional, mormente na aceção de uma comunhão de interesses. A esta seria reconduzido o conceito tradicional solidário, quando preenchidos os seus pressupostos objectivos e subjectivos. A falta desta comunhão seria suficiente para colocar as situações de interesse exclusivo (ou interesse unisubjectivo, na definição do autor) exterior à órbita solidária. A concepção “busnelliana” tem mais de inovador em relação ao entendimento já existente, quando remete esta nova modalidade obrigacional para fora do foro das obrigações subjectivamente complexas<sup>24</sup> e, portanto, fora do estrito âmbito solidário<sup>25</sup>, enquanto situação estranha ao âmbito do condébito<sup>26</sup>. O contributo do autor alonga-se ainda à

---

reserva-se à pertinência do alerta à doutrina italiana para a existência de uma figura que surgia no núcleo da sistematização legal solidária, sem ser possível remeter a sua conceptualização para a solidariedade clássica. No entanto, ficava por entender a diferença entre as circunstâncias que dariam lugar às situações de interesse exclusivo. É esse o passo dado por BUSNELLI, ao dogmatizar a figura da comunhão de interesses, ou seja, no achamento do contraponto desse critério.

<sup>24</sup> *L'obbligazione soggettivamente complessa: profili sistematici*, Milano, Giuffrè, 1974, pg.55, solução que depreende-se como consequência da falta de um dos requisitos à obrigação solidária com função de garantia, vulgo de interesse unisubjectivo.

<sup>25</sup> A solidariedade surge, para o autor, não como instituto autónomo, mas antes com um carácter instrumental em relação à figura do condébito, enquanto instrumento de “*attuazione*” do mesmo, que se deduziria da própria norma do *articolo 1294* que enuncia a expressamente que os convedores são obrigados solidários, ao contrária da regra nacional exposta no art. 513.º. Por outras palavras, a presunção de solidariedade italiana teria de passar pelo crivo condebitório e de todos os seus pressupostos, ou seja, ao trazer à colação o conceito intermédio do condébito, identificado com a comunhão de interesses, BUSNELLI, na prática, estaria eliminar a presunção de solidariedade. Contudo denote-se que a presunção nas teses tradicionais é feita em relação à comunhão de interesses, e não em relação aos casos de interesse exclusivo, onde se insere a fiança.

<sup>26</sup> Op.cit., pg.90 e segs., em que o autor refere, expressamente, a solidariedade como preceito mais abrangente do que o condébito, reportando a fiança, por via do art.1944, a uma área em que “*la solidarietà intervenga anche al di fuori dell’area del condebito*”.

chamada de atenção para a importância da *eadem causa obligandi*<sup>27</sup>, enquanto delimitação da comunhão do débito fazendo apelo a que, para a constituição desta última figura, não bastaria a simples presença de uma pluralidade de devedores para que a mesma fosse verificável de forma automática, mas antes era necessária a conjugação da sujeição de todos os devedores a uma pretensão executória<sup>28</sup>. BUSNELLI teve, assim, o condão de despertar o enfoque da doutrina italiana para uma realidade que fugia à tradicional comunhão de interesses, mas que, não obstante, seria configurável no âmbito solidário. O crédito do autor surge tanto mais claro, na constatação que, dentro do universo solidário, poderiam ocorrer situações que não colhessem a característica comum tradicional solidária, a que denomina de obrigação subjectivamente complexa com actuação solidária. Na verdade, não vemos desta teoria uma repugnância ao devir solidário<sup>29</sup>, no que às prestações de “interesse unisubjectivo” diz respeito, mas tão só uma tentativa de justificação do mesmo à luz dos critérios que norteiam a solidariedade

---

Outra noção relacional com a situação de condébito seria a comunhão de interesses, surgindo o primeiro como reflexo do segundo, op. cit., pg.124.

<sup>27</sup> Op.cit., pg.133. Chama a atenção para a insuficiência do simples pressuposto da *eadem res debita*. O autor é, assim, sensível a um componente que transcende os traços internos solidários, identificados na comunhão de interesses. A *causa obligandi*, serviria para orientar esta identidade debitória no sentido “*che i destinatari della prestazione abbiano anche la facoltà di pretendere l’esecuzione della prestazione*”, op. cit., pg.135. A dificuldade do autor cifra-se na incapacidade de dogmatizar em que consiste esta direcção da comunhão debitória.

<sup>28</sup> Verdadeiramente, BUSNELLI, op.cit., pg.135, não mais faz que declamar a própria característica da exigibilidade solidária, ou seja, a possibilidade do credor interceder junto de qualquer devedor para obter a prestação. De referir que o conceito de comunhão no débito era já uma noção proposta por GANGI, op.cit., pgs.152 e 153, mas o autor integrava-a como mais um pressuposto da solidariedade, na qualidade de fundamento da divisão do débito e do direito de regresso. Contudo, GANGI confundia a comunhão com a necessária presença de uma pluralidade de devedores ligados perante o intuito de satisfazer uma obrigação, que não é mais que a própria causa solidária.

<sup>29</sup> Como também conclui JANUÁRIO GOMES, op. cit., pg.264

tradicional que, para o autor, não passariam da pretensão explicitada no art.1292 do *codice*, paralelo normativo do nosso art.512.<sup>o30</sup>.

Ainda, a percepção “busnelliana” despertou também uma nova abordagem à concepção das relações internas solidárias. Como infere VENTURINI<sup>31</sup>, a obrigação

---

<sup>30</sup> Numa formulação não muito distante, surge SALVESTRONI, *Solidarietà d'interessi e d'obbligazioni: profili sistemaci per lo studio della solidarietà fideiussoria*, Padova, Cedam, 1974, pg.167 e segs. O autor parte da crítica da insustentabilidade do entendimento que reveja a possibilidade de atribuir a titularidade de uma relação obrigacional a mais de um sujeito. Falando do caso da compropriedade, exemplo típico de comunhão jurídica, o autor deduz do *articolo 1101*, congénere italiano do nosso artigo 1403 n<sup>o</sup>2, a conclusão da “desmaterialização” do objecto normativo, entenda-se a quota de cada consorte, numa clara acepção à teoria clássica que revê cada um dos comproprietários, segundo CARVALHO FERNANDES, *op.cit.*, pg.334, como “titular de um direito sobre uma quota ideal”. A solução do autor passa pelo apelo ao que designa por “legitimação subjectiva plural”. Como o mecanismo seria inaplicável às relações obrigacionais, caracterizadas pelo fenómeno do condébito, ou seja, pela multiplicidade de feixes prestacionais, o conceito reportar-se-ia à solidariedade sob o aspecto de *comunione d'esercizio*, ou seja, à fase de “azione esecutive”, exercitável directamente por cada convedor mas no interesse de todos os participantes, a que corresponderia, na designação, a uma legitimação subjectiva plural de exercício comum. SALVESTRONI mostra-se sensível ao problema da difícil percepção dos dados creditícios em aproximação à comunhão, recorrendo à ideia da legitimidade, que seria um conceito orientador das várias vinculações debitórias, para a satisfação da pretensão creditória. Fala, assim, de uma legitimação conjunta para a satisfação do interesse do credor. O que ressalta à vista é que o autor, apesar da refutação à posição “busnelliana”, não opera mais que uma substituição dos termos, mutando a noção de condébito pela legitimação subjectiva, o que em termos práticos, e no que à solidariedade diz respeito, não passa de uma diferente classificação da comunhão de interesses, mudando a análise da contitularidade para a legitimidade, mas que se expõe às mesmas censuras que se podem atirar a BUSNELLI.

subjectivamente complexa com actuação solidária, ao copular-se com a comunhão, aponta no rumo unitário interno da solidariedade. A acuidade do autor, que verdadeiramente compõe a teoria “busnelliana” no seu referente interno, já que extrai o devido encadeamento da comunhão solidária, não impede, do mesmo segmento, deduzir a parciaridade das relações internas solidárias de interesse comum<sup>32</sup>.

## 5. A concepção de RAVAZZONI

Chegados a este ponto, impõe-se uma chamada de atenção para a teoria de RAVAZZONI. O autor inicia o seu comentário com a entoação do que classifica de contraposto funcional e estrutural da obrigação. Este último influiria no momento formal da prestação, vale dizer o resultado<sup>33</sup>. Para o mesmo, não seria possível a recondução fidejussória ao quadrante solidário, nesta singularidade, pois neste último, ocorreria uma fusão entre relações internas e externas, que não seria transponível a

---

<sup>31</sup> *Commentario alla sentenza della Cassazione Civile, I sez. 5.6.2007, n.13180, in La nuova giurisprudenza civile Commentata, parte prima, Padova, Cedam, Pgs.56 e segs.*

<sup>32</sup> “*Sul versante interno, ad una ripartizione parziaria del condebito*”, op.cit., pg.59. É uma terminologia diversa da utilizada por BUSNELLI, *obbligazione soggettivamente complexa, in enciclopedia del diritto*, pg.342. O que subjaz a estes autores é antes uma tentativa de estruturação interna da obrigação subjectivamente complexa, baseada no carácter diferenciável do relacionamento entre os consortes. Independentemente do referente desta teoria ser a deferência ao art. 1298 do *código*, é visível a influência que a solidariedade representa na interioridade da “super-estrutura” subjectiva complexa, subjacente na sensibilidade à fragmentação das dependências que se estabelecem entre os convedores. Assim, e implicitamente, esta tergiversão mais não faz que admitir que a solidariedade não funciona, apenas, como uma forma de exteriorização da comunhão devedora, também confundível com a noção subjectiva complexa. Noutros termos, é a solidariedade que conduz à fragmentação interna passiva, e não o inverso.

<sup>33</sup> *La fideiussione*, op. cit., pgs.78 e segs.

qualquer outro instituto<sup>34</sup>, enquanto estado particular e *sui generis*. No fundo, o autor refuta a teoria da fiança mútua, enquanto entendimento passível de explicar as duas figuras. Mas funcionalmente, as duas prestações inclinar-se-iam no mesmo caminho, pois por via do *artículo 1292* (correspondente ao nosso artigo 512º, nº.1, 1ª parte), a condicionante externa da ligação solidária seria factor suficiente<sup>35</sup> para a recondução à elaboração solidária, na vertente liberatória da dívida através do pagamento efectuado por qualquer devedor, à escolha do credor. A contradição do raciocínio do autor, é evitada através do cunho cindível dos dois tipos de relações, sendo a *libera electio* imposta ao legislador (enquanto noção solidária verificável, naturalmente, na fiança) apesar de que as relações internas seriam norteadas por uma regulamentação própria, tendo em conta os interesses em jogo. A afinidade entre a fiança e a solidariedade singrar-se-ia, assim, na similitude externa das duas figuras. Não obstante, as origens exteriores fidejussórias não seriam senão uma reminiscência da sua acessoridade, derivadas *per relationem*<sup>36</sup> da obrigação principal, na acepção de correlativo não autónomo e dependente<sup>37</sup> e, portanto, idêntico à prestação garantida. Uma *eadem res debita* igual.

---

<sup>34</sup> E não serviria para afastar esta noção a referência ao carácter de que comungam as duas obrigações, qual seja a garantia da realização debitória, vista a configuração *inter partes* interna da solidariedade.

<sup>35</sup> Ainda que, como o autor refere, enquanto noção abstracta.

<sup>36</sup> op. cit., pgs.63 e segs, e pg.76.

<sup>37</sup> A “prestação-sósia”, nas palavras de JANUÁRIO GOMES, op.cit., pg.1016. Mesmo este autor não coloca em causa a identidade obrigacional, apesar de balancear-se mais no sentido da falta de autonomia das duas prestações ser um entrave à condução solidária da fiança, na linha da clássica doutrina nacional, por todos ALMEIDA COSTA, *Obrigações*, op.cit. pg.149-150. No entanto, acrescenta que a acessoridade seria o determinativo de eficácia e do conteúdo da relação fidejussória, op.cit., pg.272, e, por isso, obstante à recondução fidejussória à solidariedade. Contudo, temos para nós, que tal circunstancialismo não invalida que a medida desse conteúdo seja determinada pela obrigação principal, o que, em consequência, conduza a que a sua eficácia dependa do modo em que esta seja constituída, isto é, idêntica à prestação garantida. Quanto ao

---

conteúdo, exprime-se MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito Civil Português*, Tomo I, 2ª edição, Coimbra, 2000, pg.479, como o conjunto de regras que atendem ao negócio jurídico. Por outras palavras, é a regulação da prestação tendente à realização do escopo do credor. Como refere ANTUNES VARELA, *Obrigações II*, pg.481, a acessoriedade revela-se no conteúdo da obrigação fidejussória, a partir do disposto dos arts.631.º e 634.º (do autor a expressão: “As duas obrigações-a do devedor e a do fiador- embora distintas, têm o mesmo conteúdo, *Código Civil Anotado, volume I*, 4ª. edição revista e actualizada, Coimbra, 1987 pg.651). Utilizando as palavras de JANUARIO GOMES, op. cit., pg.1016, os arts.631.º e 634.º serviriam mesmo para definir a “dependência genética e existencial face à obrigação principal” da obrigação fidejussória. Antes um critério de aproximação, mas não o único. As duas normas são também definidoras do que o mesmo autor define por “acessoriedade dinâmica”, op.cit., pg.1018, isto é, da confluência constante entre as duas obrigações e a obrigação fidejussória, permanentemente influenciada pela principal, reflectida no regime dos arts.635.º, 636.º, 642.º, 627/1/2, 632/2 (e também do art.637.º, nº.2, já que solução diversa representaria uma maior onerosidade, pois os meios de defesa renunciados pelo devedor estariam já sido adquiridos “reflexamente na esfera” do fiador, em virtude da acessoriedade entre as duas obrigações, op.cit, pg.1017). Certo que existem situações que fogem ao cerne acessório. Bastará pensar na fiança gratuita assente numa obrigação a título oneroso (como refere ANTUNES VARELA/PIRES DE LIMA, *Código Civil Anotado*, op.cit. pg.649, a fiança nunca é verdadeiramente celebrada numa base gratuita, pois supõe sempre o correspectivo, presente na sub-rogação); a possibilidade da fiança ser estipulada “guardando” apenas uma parte da prestação (para FRAGALI, *Delle Obbligazioni*, Bologna, 1966, pg.66, a limitação prestacional não orbita fora da acessoriedade pois tão só, “*riguarda la quantità del del debito non il rapporto di subordinazione al debito garantito*”); a questão da subfiança; e ainda, o caso previsto no artigo.653º (fala JANUÁRIO GOMES, op.cit., pg.899-900, que na solidariedade clássica “cada devedor assume um risco maior, do que assumido pelo fiador”, de forma a excluir a aplicabilidade da norma). À colação urge chamar, novamente, a norma ínsita no artigo 512.º,nº2. Da divergência de conteúdo que transparece do dispositivo ANTUNES VARELA/PIRES DE LIMA, *Código Civil Anotado*, op. cit., pg.528, adopta um critério lato: ”não importa, nos termos do nº2, que haja diversidade de conteúdo ou

---

de regime quanto aos vários obrigados”; no mesmo sentido ALMEIDA COSTA, op.cit, pg.581: “podem existir diferenças, em matéria de cláusulas acessórias” e “nada obsta a que o conteúdo da obrigação (...) varie de obrigação para obrigação”; VAZ SERRA, op.cit, pg.69, vai mais longe, ao pronunciar que “a identidade de conteúdo não é um requisito forçoso da solidariedade”, adoptando o mesmo critério amplo, em relação às prestações “podendo ser, portanto, pecuniárias ou de outra espécie”. RIBEIRO FARIA, *Direito das Obrigações*, vol.II, UCP, Porto, 1987, pg.166, adianta que a identidade da prestação seria requisito verificável apenas “na parte da obrigação que é comum aos diferentes convedores”. Acaba por não mencionar o traço dessa semelhança obrigacional. De Itália tão pouco a doutrina demarca-se pela objectividade. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, Giuffrè, 1991, pg.181, distingue os casos em que variação atende à execução da prestação, por exemplo o tempo ou o lugar, da “*sostanza*”. Entra, contudo, em falta, quando não densifica este último conceito. BIANCA, *Diritto Civile: l’obbligazione*, vol.4, Milano, Giuffrè, 1994, pg.706 apresenta a mesma enunciação: “*circostanze che non alterino la sostanziale identità*”. Face à extensividade dos critérios, julgamos que não seria descabido antes observar o conteúdo solidário numa acepção mais abrangente, na sua vertente “externa”, como lhe chama JANUÁRIO GOMES. Se lido o que dissemos na nossa nota (16), não repugna que esta exterioridade extravase o seu referente causal, leia-se a garantia da satisfação do credor, e possa servir também como determinativo directo de uma identidade prestacional. Não dizemos que o critério transfira-se para fora do âmbito do conteúdo do negócio, mas pensamos, antes, que o mesmo não poderá deixar de ser influenciado pelo contexto mais amplo em que se insere, e que se define pela satisfação creditícia, leia-se, o interesse do credor. Para além que nenhuma das teorias é vil a este referente objectivo, ainda concorre a componente acessória que em boa parte explica o regime fidejussório que, como vimos, é antes um padrão de identidade. Diferente interpretação conduziria à aceitação do enigma de MATTEUCCI, também na nossa nota (16), e a uma quase aleatoriedade no identificativo da justificação do regime liberatório solidário, vulgo a identidade prestacional. Vai em linha com a sua formulação que desdenha a influência acessória no conteúdo da relação fidejussória. Para o autor a acessoriedade funcionaria apenas como “*influyente sul debito dall’esterno*”, na medida em que aproximaria as duas vinculações, permitindo que a “*forza complessiva*” solidária vigorasse nas duas adstricções. Um meio de conexão que

---

atribuiria a componente garantística à obrigação do fiador, op. cit., pg.1313 e 1314. Não vamos tão longe pois, como vimos, a acessoriedade influencia o conteúdo fidejussório, mas não no sentido de o dissociar da vinculação principal. Ainda a dizer que as pequenas divergências de conteúdo na fiança, não seriam de modo a afastar o pressuposto idêntico que, alerte-se, não significa igualdade. Não obstante, em todas as abordagens avulta um entendimento: a obrigação enquanto meio de satisfação creditícia (e a prestação como seu instrumento). Na verdade, a nossa visão não passa de uma aplicação circunstancial, ao conteúdo solidário, da indagação geral de RIBEIRO FARIA, *Obrigações*, vol.1, pgs.48-49. O autor realça que não passa de uma questão de metodologia a compreensão da estrutura através da função que ela desempenha. Como o autor refere “o interesse do credor (...) marca profundamente o regime dela (a obrigação) enquanto esquema ou mecanismo funcionalmente pensado”. MANINO trilha o sentido da diferenciação fidejussória, do esquema solidário, através da aproximação da causa garantística à acessoriedade obrigacional, funcionalmente orientada para a garantia da obrigação principal, em que a decorrência acessória em nada impediria a sua autonomia, pois o escopo da fiança seria a tutela do cumprimento da obrigação principal, *Fideiussione e acessorietà, in Europa e Diritto Privato*, Milano, Giuffrè, 2001, pgs. 962-963. O carácter acessório teria, ainda, como consequência, no regime fidejussório, a protecção do garante, essencialmente no confronto com o credor, vendo-se, este último, numa situação menos vantajosa em comparação com os sujeitos que ocupam uma posição activa na solidariedade tradicional, op.cit., pg.964. Entendimento semelhante escrutina-se em GIUSTI, *La Fideiussione e il mandato di credito*, Milano, Giuffrè, 1998 pg.33 e segs., quando o autor recorre à descrição da fiança no seu carácter funcionalmente instrumental, numa alusão à condicionante auxiliar que perpassa da compreensão do instituto, enquanto menção garantística onde encontra o seu fundamento causal. Daí adviria a estrutura e a função fidejussória. Este posicionamento doutrinal mais recente, que com BUSNELLI partilham a atenção dada à *eadem causa obligandi*, enquanto diferenciador da fiança e da solidariedade, contrasta com a clássica exposição de FRAGALI, op.cit., pgs.128 e segs., que exprime uma similitude entre a garantia geral, referente ao património do devedor, e a garantia prestada por um terceiro, pois ambos os conceitos seriam idóneos à satisfação do interesse creditório, compartilhando a mesma causa obrigacional. A fiança não seria mais que um reforço da

A representação do autor ecoou, mais recentemente, no pensamento de ORLANDI (apesar do autor nunca aduzir, expressamente, uma concordância), que deduz, na esteira de RAVAZZONI, a definição solidária enquanto redutível à realização dos efeitos designados no *articolo 1292*, distinguindo, num outro âmbito, a *"fattispecie"* do instituto, ou seja, os factos passíveis de serem enquadrados no esquema da solidariedade, tomando apenas o pressuposto da equivalência prestacional (*a resdebita*) como imperativo verificável na sua conformação<sup>38</sup>. Mas a verdadeira inovação dogmática da elaboração passa, não pela ignorância a que é votada a *causa obligandi*<sup>39</sup>, como ocorre com RAVAZZONI, mas na vertente espúria da mesma, garantia genérica do credor, através da soma do património de um terceiro, sem que a acessoriedade desempenhe um papel a assinalar na determinação causal fidejussória. Em termos semelhantes FLAVONI, infirma a extensão da vinculação do património do fiador à obrigação principal, como uma maior garantia a favor do credor, *Fideiussione, mandato di credito, anticresi*, Milano, Giuffrè, 1961, pg.6, e que a noção acessória da fiança seria antes um nexa entre obrigações, e não entre contratos, o que facilitaria uma conjugação causal, pois o norte comum, de onde descenderiam as duas vinculações, seria o acordo entre devedor e credor, op.cit., pg.9. Qualquer que seja a solução mais adequável ao fenómeno fidejussório, o ênfase doutrinal italiano reflecte uma tendência na análise da acessoriedade ao aspecto causal da fiança, não sendo um critério que põe em xeque a identidade das duas obrigações. A tentativa de diferenciação não se desenvolve ao nível da *res debita*, mas antes na *causa obligandi*. Aqui surge a clivagem em relação ao posicionamento de JANUÁRIO GOMES, na medida em que o autor vislumbra na dependência da garantia critério suficiente, por si mesmo, para evitar a aproximação das duas figuras. Ora por esta via, não propugnamos que uma prestação igual (ou pelo menos semelhante) não seja também idêntica. São razoáveis as palavras de VAZ SERRA, *Fiança e Figuras Análogas*, Lisboa, 1957, pg.59, quando infere "Do carácter acessório da fiança deriva apenas que (...) não há fiança senão até onde existir obrigação principal".

<sup>38</sup> *La responsabilità solidale*, Milano, Giuffrè, 1993, pgs.77 e segs.

<sup>39</sup> O autor intenta resolver a problemática "busnelliana" do condébito, desvalorizando o conceito no plano estrutural solidário, incapaz *per si* de explicar os efeitos típicos solidários, optando, ao invés, por acentuar a suficiência da semelhança prestacional para

impossível de ser reconduzida à “*fattispecie*” plural subjectiva (dos vários devedores) e objectiva (a *res debita*), e tão pouco seria um requisito a averiguar, no plano dos efeitos, identificável como uma unidade no cumprimento, sequencial da paridade obrigacional<sup>40</sup>. Resumindo, ORLANDI identifica, a *res debita*, como um meio necessário para chegar a um fim, qual sejam os efeitos derivados do cumprimento, vulgo a solidariedade<sup>41</sup>.

## 6. Crítica: a causa garantística aplicada à solidariedade “tradicional”

Iniciando pela concepção “busnelliana”, a crítica de BIANCA<sup>42</sup> identifica a solidariedade reduzida a uma mera fase executiva<sup>43</sup> da comunhão devedória. Seria algo insustentável numa sistemática que apela à regulamentação das relações externas, segundo o princípio basilar consagrado no *articolo 1212*, mas que surgiria enquanto sucessão das ligações interiores solidárias. O que BIANCA não aceita é uma marca

---

a concretização desses intuitos, op.cit., pg.78-79. No fundo, implicitamente ORLANDI associa o condébito “busnelliano” à conjugação da *res debita* com a *causa obligandi*, concluindo que o primeiro bastaria para solidariedade obrigacional. Uma interpretação contrária, levaria à confusão entre “*fattispecie*” e solidariedade.

<sup>40</sup> Op., cit., pgs.82-83

<sup>41</sup> O autor extrai da norma do *articolo 1292*, uma referência puramente dinâmica da prestação solidária, enquanto ordenador do cumprimento do interesse do credor, que ocorreria em face de “*unico adempimento*”, com a consequente liberação de todos os devedores, op. cit., pg.58. A solidariedade não é vista como fonte mas como efeito.

<sup>42</sup> op. cit., Pg.700 e 701

<sup>43</sup> Entendida na forma de actuação. Contudo, e como refere DE ACUTIS, *Solidarietà ed “eadem causa” in presenza di diverse fonti contrattuali di responsabilità*, in *Rivista di Diritto Civile*, II, 1976, pg.368, a marca solidária estaria presente nesse mesmo mecanismo de actuação, verificável tanto nas obrigações de interesse unisubjectivo, como nas de interesse comum. A crítica é, assim, também sindicável em sede fidejussória.

cindível associada à solidariedade<sup>44</sup>. A mesma censura poderá atirar-se à tese de RAVAZZONI. Ao perspectivar a relação solidária, numa tendência puramente externa, o autor enreda-se na mesma subtileza de desconsiderar a interioridade solidária, tomando uma explanação assente numa premissa executória<sup>45</sup>. O que difere BUSNELLI de RAVAZZONI, é a consideração, por parte do primeiro, que a causa solidária assume relevância na consideração da natureza solidária (sem, no entanto a designar), ao contrário do segundo, que desconsidera a *eadem causa*, atingindo, a sua preposição, o clímax com ORLANDI. Dos dois entende-se, contudo, uma consideração solidária, mesmo que abstracta, em relação à fiança, condizente com uma equivalência prestacional das duas obrigações, e com o enquadramento fidejussório no *articolo 1212*.<sup>46</sup>

Refutando-se a dogmática criada por BUSNELLI, induz-se uma premissa: a existência de uma unívoca natureza solidária. De RAVAZZONI, um formalismo exacerbado, ao apontar a suficiência dos efeitos solidários, suficiente para uma

---

<sup>44</sup> A teoria de BUSNELLI não é mais que a reformulação da tese da parciaridade interna. Ao considerar a tradicional solidariedade como “*obbligazioni soggettivamente complesse divisibile ad attuazione solidali*”, voz, *obbligazione soggettivamente complesse*, op. cit., pg.342, considerando a indivisibilidade, e o seu antípoda, um “*modo di essere della prestazione*”, que defeririam das obrigações simples, pela circunstância destas últimas não serem referentes a uma pluralidade de sujeitos, enquanto complementares da “actuação solidária”, não são mais que, citando AMORTH, *Considerazioni sui rapporti tra surrogazione e regresso nell’obbligazione solidale*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 1958, pg.148, “*quello que si divide non è il pagamento, ma la obbligazione in solido (...) che si presenta come solidale nei rapporti esterni (...) si presenta come parziaria nei rapporti interni*”. A lógica é a mesma, divergindo apenas a terminologia.

<sup>45</sup> DE ACUTIS refere ainda que a dita elaboração não teria nada de verdadeiramente diferenciável da tese de BUSNELLI, pois também ela seria uma comunhão, desta volta no escopo, guiado na direcção do interesse creditório. O autor insurge-se contra aquilo que considera uma pura descrição funcional do instituto, op.cit., pg.369 e 340.

<sup>46</sup> GIUSTI, op.cit., pg.50 e 51;

configuração solidária<sup>47</sup>. A doutrina italiana depara-se com o difícil de problema de inserção da fiança no novo esquema unitário, ou mais especificamente, da explicação a dar sobre os termos em que poderá ser configurado o art.1944 do *codice*, e da sua integração no devir solidário.

É no pressuposto causal, supostamente divergente, que colhem os principais entraves à similitude das duas figuras. De GIUSTI<sup>48</sup> chega uma matiz puramente garantística da aproximação causal fidejussória, entendida como reforço da tutela creditória, direccionada na realização do cumprimento da obrigação principal. Seria uma causa que traria a sua origem na obrigação garantida, mas sem ser absorvida pela mesma, de forma a evitar o risco da obrigação, daí emergente, não passar de um mero resultado da obrigação principal. O escopo de garantia seria o referente da causalidade da fiança, que encontraria a sua regra na finalidade económico-social da garantia, enquanto função típica e abstracta do negócio, independente do fundamento que a vontade das partes intencionou atribuir ao contrato, antes como controlo da autonomia privada, ou seja, como a relevância jurídica que o ordenamento pretendeu atribuir aquele contrato<sup>49</sup>.

Mais elaborada, mas com os mesmos resultados práticos, ocorre a referência a RAVAZZONI<sup>50</sup>. Partindo do mesmo pressuposto funcional, a determinação económico-social do negócio, o autor expõe o mesmo enunciado causal de garantia. Argumenta

---

<sup>47</sup> JANUÁRIO GOMES, op.cit, pg.185, aponta que o art.512/1 não coloca um problema de definição da obrigação solidária, mas antes da percepção dos condicionalismos que conduzem aos efeitos aí descritos, numa acepção em tudo semelhante ao art. 1292 do *código*. No fundo, o autor alerta para o facto da solidariedade não se resumir à menção do art.512/1. A obrigação solidária “não é aí construída, mas apenas identificada”.

<sup>48</sup> Op.cit., pg.101 e segs.

<sup>49</sup> Neste sentido, MASSIDA, *Fideiussione*, in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, pg.7; BIANCA, *La responsabilità*, vol.V, 1994, pg.450-451; MANINO, op.cit., pg.956, nas palavras do autor “*causa de garanzia intesa quale scopo economico oggettivato*”.

<sup>50</sup> Op. cit., pg.105 e segs. De realçar que, o facto do autor identificar a causa fidejussória não contradiz a falta de relevância que o mesmo atribui à temática, enquanto critério subjacente ao paralelismo entre solidariedade e fiança.

ainda que, para esta designação, contribuiria a observação que seria impróprio falar de *causa credendi*, pois não seria de mais um crédito que se estaria a mencionar, mas antes da garantia, que se iria interpor entre o fiador e obrigado principal<sup>51</sup>. É sobre este conceito que se vai debruçar o restante da teoria do autor, pois se a garantia é delineada sobre a justificação de dar segurança a um débito alheio ao garante, esta não seria mais que um alargamento do poder de agressão do credor a uma esfera patrimonial diversa da do devedor principal, sendo desproporcional o surgimento de uma nova obrigação do sujeito garante, isto porque o dever de cumprimento seria posto em termos em tudo semelhantes com os do devedor principal<sup>52</sup>. O autor termina a sua indagação, pela

---

<sup>51</sup> Emblemático o exemplo dado pelo autor “*se doveva avere 100 altrettanti deve avere anche dopo*”, op.cit., pg.107

<sup>52</sup> O autor intenta escapar ao alcance da impossibilidade dogmática da figura da responsabilidade sem débito, através desta composição nos termos, criticando a figura da responsabilidade, op.cit., pg.110., sem se coibir de afirmar que a fiança seria sempre configurada como referente a um débito, pertencente a outro sujeito. De facto, o que perpassa da análise do autor não é uma responsabilidade sem débito, mas antes uma ligação do primeiro conceito à prestação do devedor principal. Não entrando em pormenor numa concepção já ultrapassada, os desenvolvimentos de RAVAZZONI significam, e recorrendo à análise de JANUÁRIO GOMES, op.cit., pg.122, uma sobrevalorização do “desaparecimento” do fiador da relação base, ocupadas por credor e devedor, mas isso não significa que se possa intuir uma desconstrução da unidade no cumprimento obrigacional, bem explicita na vinculação pessoal do fiador. Se a obrigação do fiador é própria, também própria terá de ser a sua dívida. Como expressa GIORGIANNI, *L'obbligazione: la parte generale delle obbligazioni*, Milano, Giuffrè, 1968, pgs.180-181, o débito garantístico situa-se, pelo menos num estado “*prodromico, preliminare*”. O autor compõe ainda, com a referência à impossibilidade de recondução da responsabilidade a um débito alheio, pois no caso das obrigações de garantia, o dever do obrigado principal seria diferente do garante, op.cit. pg.182. Observe-se FRAGALI, op.cit, pg.73, ao dimensionar a individualidade da garantia antes pelo seu lado subjectivo, enquanto relação que permanece diferenciada do garantido e da sua obrigação e, necessariamente, do seu débito. Veja-se ainda MENEZES CORDEIRO, *Obrigações*, vol.2, pg.205, que não vê na dissociação da responsabilidade do débito

constatação que uma obrigação do fiador induziria na possibilidade de concorrência (e eventualmente de substituição), da prestação do devedor originário, quando o instituto, na sua vertente de garantia, apenas estaria a pressupor um alargamento do património a afectar na realização do interesse creditório<sup>53</sup>.

A concepção garantística causal italiana esquadrinha o pensamento, mais generalista de BETTI, que revê uma função económico-social subjacente a cada negócio jurídico<sup>54</sup>. Vale dizer, a vontade deixa de ser valorizada numa perspectiva isolada e atomista, para integrar-se num fim de carácter típico, socialmente relevante. Antes uma

---

senão uma forma de sanção, uma forma gratuita de violentar patrimónios, inconcebível num ordenamento que elabora a responsabilidade apenas como meio coercivo para a realização obrigacional. Se assim é, de deduzir que essa agressão só poderá ser realizada em termos limitados, não extensíveis a um débito alheio. Também VAZ SERRA, *Fiança*, op.cit., pg.6, conclui pela existência duma obrigação própria e pessoal do fiador. A tese de RAVAZZONI, no fundo, peca por ser desnecessária a extensão da abrangência do débito principal à responsabilidade do fiador, pois ele terá sempre uma dívida pessoal, fruto de uma obrigação própria.

<sup>53</sup> Como bem refere GIUSTI, op. cit., pg.107, obrigação garantida e fidejussória reflectem posições desiguais, porquanto a primeira é pressuposto da segunda apenas na acepção da função de garantia, acarretando assim, a impossibilidade de uma concorrência entre as duas vinculações. FRAGALI, op.cit., pg.62, releva mais um argumento referente ao art. 1939, retirando do preceito uma regra de continuidade da obrigação fidejussória, pois a extensão da responsabilidade do fiador só encontraria respaldo se alicerçada num débito próprio, pois a dívida do garantido teria sido extinta. Um raciocínio transferível para o nosso ordenamento, através do artigo 632º., n.º.2, que as devidas adaptações, decorrentes da sanção à violação à máxima da boa-fé decorrentes da infirmação, do fiador ao credor, que o devedor não usará do seu poder de anulação, como aponta ANTUNES VARELA, *Obrigações II*, op.cit., pgs.495 e 507, não apagam que a violação deste comando daria antes lugar a responsabilidade civil, ao invés da manutenção da obrigação fidejussória.

<sup>54</sup> FRAGALI, op.cit., pg.274, e BIANCA, *La responsabilità*, op.cit., pg.477

causa teleológica, que fenomenológica<sup>55</sup>, uma síntese unitária entre os elementos objectivos constantes e invariáveis, e a componente volitiva endereçada a cumprir o escopo funcional específico do tipo negocial em causa. A causa identificada com a função típica do negócio<sup>56</sup>. A vontade seria juridicamente relevada (critério de juricidade) e qualificada (critério de qualificação), quando identificada com um interesse social, que teria uma consagração objectiva legal.

A influência do autor é notória na doutrina nacional. CARVALHO FERNANDES<sup>57</sup>, repercutindo o entendimento maioritário<sup>58</sup>, que a regulamentação de interesses é conseguida através do negócio jurídico, conceito fornecido pelo

---

<sup>55</sup> BETTI, *Teoria Generale del negozio giuridico*, Reimp. Correta da 2ª ed., Milano, Giuffrè, 1994, pg.172

<sup>56</sup> Op.cit.,pg.184

<sup>57</sup> *Teoria Geral do Direito Civil*, vol.II, 5ª edição revista e actualizada, UCP, 2010, Pg.381

<sup>58</sup> A tese de GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, 4ª edição, Coimbra Editora, 2002, assumindo uma junção entre a componente subjectiva, que o autor identifica com os motivos, ou seja, o determinativo voluntário das partes, juntando com a noção objectiva, vale dizer, a função prática para a qual o acto pende, sancionada juridicamente, direcciona-se para o mesmo resultado da consideração “bettiana”, apenas concebendo um ponto de análise diferenciado, que “correspondem a dois pontos de diversos”, op. cit.,pg.289. Não difere muito da proposição de GIORGIANNI, *Causa*, in *Enciclopedia del Diritto*, op. cit., pg. 567, que encaminha a problemática para o círculo da prestação, de forma a diferenciar os casos contratuais das situações em que a prestação surge fora do contexto de um acordo de vontades. No primeiro caso, que interessa-nos para a composição solidária, realça-se a causa, também enquanto função, correspondente ao conteúdo concreto do contrato, entendido na acepção objectiva, admitida pelo ordenamento, sendo o “*animus*” contratual, entendido como o aspecto subjectivo, interpretável pelo “giurista intermedio”, pois só este poderia diferenciar os motivos, da causa, pois estes estariam no âmbito dos movimentos íntimos, fora do escopo perseguido pelas partes. Nos dois casos, a vontade é funcionalizada para uma classificação legal objectiva.

ordenamento, que seria por sua vez, apto a desempenhar uma função económico-social<sup>59</sup>.

Nestes termos, será razoável concluir que o legislador exclui a solidariedade do rol garantístico? Julgamos que não. A inserção sistemática da solidariedade, fora da abrangência das garantias obrigacionais, deveu-se à intencionalidade de diferenciação codicista das duas figuras<sup>60</sup>, que não divergem na natureza, mas no regime<sup>61</sup>. Tão pouco

---

<sup>59</sup>Op. cit., pg.159, no mesmo sentido OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Teoria Geral*, vol. III, Coimbra Editora, 2002, pgs.304-306; MENEZES CORDEIRO, *Obrigações*, vol.I, op.cit., pg.523 é a voz discordante no nosso panorama, ao negar-se conferir à causa uma autonomia conceptual. Também em Itália vislumbra-se uma difusão dogmática, como por exemplo BIANCA, *Il Contratto*, vol.III, 2000, op. cit., pg.422, que vê, como causa do negócio, o interesse que a operação contratual é directa a satisfazer, numa visão aproximada a ALPA, *La causa e Il Tipo*, in *Trattato dei Contratti*, Tomo Primo, Utet, Torino, pg.513, que aduz o critério da realização económica, como parâmetro que a causa deva atender. Não nos cabe, no nosso estrito estudo, arguir sobre a bondade de cada uma das teorias sobre a dogmatização causal. Iremos, antes, cingir ao entendimento maioritário.

<sup>60</sup> JANUÁRIO GOMES, op.cit., pg.100 em sentido divergente “a função de garantia não estava (...) presente nas preocupações do legislador”. Mas mesmo o autor admite a utilização da figura para os mesmos intuitos da fiança, op.cit., pg.101

<sup>61</sup> DI MAJO, *obbligazioni solidali*, in *enciclopédia del diritto*, pg.308, fala de uma “*semplificazione-razionalizzazione*”, da estrutura solidária, tendentes a facilitar a realização do crédito, enquanto que na fiança esse vínculo seria instrumental, entendido na conexão entre relações individualizadas. Essa ligação não é mais que a acessoriedade fidejussória, sendo esta conexão a sua função estrutural e estipuladora da garantia. Ora este tipo de enlace não é necessário na solidariedade tradicional, pois a existência de vários patrimónios aptos a satisfazer o mesmo interesse, vulgo a garantia creditória, é inato na solidariedade dita tradicional. A acessoriedade não mais faz que dotar a fiança desta característica. VAZ SERRA, *Pluralidade*, op.cit., pg.67, sublinha que a falta de acessoriedade, nas obrigações solidárias clássicas, aponta para uma “garantia superior à

um julgamento da figura, nestes parâmetros, levaria à consideração da presença duma mútua fiança entre os devedores<sup>62</sup>. O escopo solidário não difere do fidejussório pois, parafraseando PAULO CUNHA<sup>63</sup>, trata-se de “um reforço da garantia”, de “grande interesse para o credor”, naturalmente incrementando as possibilidades de realização obrigacional. Descortina-se antes, um regime fidejussório mais permeável a situação do fiador, terceiro em relação à obrigação original, e com uma obrigação própria e acessória, componentes que vão reflectir “*un ampio favor fideiussoris*”<sup>64</sup>.

A estrutura acessória perfaz-se, assim, enquanto conceito relativo, não apenas num esquema de conexão entre obrigação principal e garantida, através da figuração de duas obrigações idênticas, uma principal, e a outra garante, mas como critério

---

fiança”, pois os vínculos dos convedores não ficam sujeitos à validade da obrigação principal, como ocorre na fiança.

<sup>62</sup> Como referido infra

<sup>63</sup> Op. cit., pg.34, MENEZES LEITÃO, *Garantias das obrigações : relatório sobre o programa, conteúdos e métodos de ensino*, Coimbra, Almedina, 2006, pg.165, fala expressamente: “Outra garantia pessoal das obrigações vem a ser a solidariedade passiva”. Também DI MAJO, op.cit., pg.307, indaga como principal função solidária um “*rafforzamento di rapporti*”; MAZZONI, *Le obbligazioni solidali e indivisibili*, in *Trattato di Diritto Privato*, vol.9, Torino, Utet, 1988, pg.598, é totalmente explícito nesse sentido: “*solidarietà passiva, la quale svolge una funzione di garanzia nei confronti del creditore*”.

<sup>64</sup> MASSIDA, op.cit. pg.4; Sem utilizar, expressamente, esta noção, mas no mesmo sentido BIANCA, *La responsabilità*, pg.477; depreende-se das lições de ANTUNES VARELA, *Obrigações*, I pgs.784-785, que é o conceito que justifica o regime do art.653.º. O fiador, por ter satisfeito uma dívida de outrem, ou seja, por ser um terceiro em relação à obrigação principal, é justo que lhe concedam todas as garantias e acessórios, leia-se, que lhe seja concedida a sub-rogação e, conseqüentemente, seja desonerado da posição de garante quando não possa assumir a posição creditícia, pois a norma cumpriria um escopo profilático na defesa do fiador. Na solidariedade o devedor assumiria uma posição paritária, que seria o impeditivo para a constituição da sub-rogação.

diferenciador subjectivo do sujeito condevedor em relação ao fiador. Por outras palavras, a acessoriedade conecta devedores e obrigações distintas<sup>65</sup>. O fundamento desta “concessão jurídica” encontra sustento no entendimento do sujeito fiador, revestido como terceiro em relação à obrigação principal. Não obstante estar adstrito a

---

<sup>65</sup> Interessante observar a posição de MANCINI, *Intorno alla causa della fideiussione*, in *Giustizia Civile, parte quarta*, Milano, Giuffrè, 1969, pgs.60 e segs., em relação à função de garantia da fiança, decorrente da acessoriedade. O autor começa por refutar a fiança entendida como mera prestação. A indagação seria fútil, pois a mesma seria alicerçada num outro negócio, oneroso ou gratuito, que seria o negócio fidejussório. Seria este último o indicador da causa de garantia do instituto. A prestação seria o delimitador do conteúdo da obrigação, mas não fixaria o fim da mesma (o autor alerta para o contrato de sociedade, onde a prestação do sócio adquire uma faceta garantística. Mas neste caso, essa função não assume um cariz fidejussório, advindo da própria natureza daquele contrato). No exemplo do autor: “*se una vendita avesse come prestazione tale obbligazione non sarebbe più una vendita, ma un contratto diverso*”. Este negócio base da fiança, estabelecido entre fiador e credor, seria alheio à relação entre o primeiro e o devedor, e impassível de influenciar a relação entre o fiador e devedor (bastaria constatar que a fiança poder-se-ia criar sem o conhecimento do devedor). Em suma, não é determinante na eficácia ou na validade do negócio fidejussório. Esta relação, denominada de acessoriedade, seria apenas relevante na definição dos limites do conteúdo da prestação do fiador, e no exercício pós pagamento, isto é, na sub-rogação e no regresso. De tal forma que se a garantia fosse prestada a título gratuito, o fiador não teria nenhuma pretensão em relação ao devedor. Estaríamos, assim, num âmbito independente da incidência funcional, ou seja, de uma acepção garantística, que pertenceria ao negócio fidejussório base. Não vamos tão longe como o autor, pois a garantia é um conceito relacional que não se compadece com trâmites unívoco, neste caso entre credor e fiador. Indesmentível, também, que o sinal mais visível da acessoriedade deslinda-se na aproximação de conteúdos entre as duas prestações. Se a um objecto partilhado (leia-se satisfação do interesse do credor, através da realização da prestação), são aglutinados meios similares de efectivação do mesmo (ou seja, a prestação, encarada como sinónimo de conteúdo), acham-se os pressupostos da garantia fidejussória, nunca num binómio absoluto entre credor e fiador.

uma dívida própria, o legislador toma como referente a vinculação do devedor originário<sup>66</sup>.

Preferimos antes a enunciação de BIANCA. O autor encontra na fiança uma “*causa esclusiva di garanzia*”, como referente diferenciador para a solidariedade típica, onde os diferentes vínculos poderiam ter várias causas, mas que comportariam sempre uma função de garantia, na medida em que cada devedor é também tido na parte dos restantes obrigados<sup>67</sup>. Entre nós, VAZ SERRA alertava em sentido semelhante, ao admitir uma causa diversa entre os vários obrigados solidários<sup>68</sup>, mas sem menosprezar o designado fim na solidariedade<sup>69</sup>.

A compreensão dos interesses em jogo parece ser o ponto de partida do entendimento da natureza dos dois institutos. O interesse que norteia a fiança e a

---

<sup>66</sup> CARVALHO FERNANDES, op. cit.,pg.151, designa de terceiros mediamente interessados “as pessoas que de modo indirecto, ou eventual, podem ser afectadas pelo negócio jurídico de outrem”. Preferimos esta formulação à clássica definição de terceiro, já que, apesar do fiador não ser parte na obrigação principal, os efeitos desta última acabam por também o influenciar.

<sup>67</sup> BIANCA, *La responsabilità*, vol.V, op.cit., pg.468; o autor completa afirmando que, apesar constituição da solidariedade não ter em vista um desiderato garantístico, o que a afasta da concepção de uma fiança mútua, isso não invalida que nesse sentido tendam as propensões da figura. A causa exclusiva de garantia seria entendida quando a mesma fosse criada no interesse exclusivo de outrem, BIANCA, *L'obbligazione*, 1990, vol. IV pg.695-696. Era uma ideia já presente em BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol.I, 2ª edizione, 1948, pg.219, quando decalcava a função de garantia solidária como parte “orgânica” da figura, na tutela do crédito.

<sup>68</sup> *Pluralidade de devedores*, op.cit, pg.71-72, no seu exemplo “se A dever a B uma prestação e C aderir à dívida (...) as obrigações de A e C têm causas diferentes e, todavia, a obrigação é solidária”

<sup>69</sup> Op. cit., pg.67, “constitui uma forte garantia para o credor, que vê diferentes patrimónios a responder pelo seu crédito”.

solidariedade é a satisfação da necessidade creditória<sup>70</sup>. É, portanto, um conceito de aplicação universal (por relação às realidades obrigacionais) exterior às relações internas fidejussórias ou solidárias, ditados por um agente externo, vulgo, o credor<sup>71</sup>.

---

<sup>70</sup> Mais preciso não poderia ser ANTUNES VARELA, *Obrigações I*, pg.158 e segs., ao definir a obrigação como meio para a realização do interesse creditório, e determinante funcional da mesma, encontrando a solidariedade passiva a referência da sua disciplina extintória na satisfação dessa pretensão creditória. ALMEIDA COSTA, op.cit., pg.88 “É o interesse do credor, que justifica a obrigação”, ficando o interesse do devedor “subalternizado” a exonerar-se do vínculo. O princípio da boa-fé, designado no art.762.º,n.º2, seria o referente de protecção debitório. No mesmo sentido BIANCA, *L’obbligazione*, pg.47, e CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, 2002, pg.66, “*favor debitoris* se e enquanto a satisfação do interesse do credor- fim e razão de ser da relação obrigacional-não sai prejudicada”. RIBEIRO FARIA, *Obrigações I*, op.cit., pgs.50-51, realça o interesse creditício como característica objectiva, imune às “motivações específicas dos contraentes”, mormente as do credor, pois significam “um risco adicional para o devedor”. A sua projecção seria tão abrangente, que far-se-ia também, pela vinculação a um determinado meio (entenda-se, a prestação) para a realização obrigacional. A alternatividade não seria critério, bastando, para tal, observar-se os arts.793º e 802º. É uma ideia também visível em PESSOA JORGE, *Direito das obrigações*, vol. I, AAFDL, Lisboa, 1975, pgs.98 e segs., que, não sendo alheio que o conceito exprime um sentido relativo a um determinado credor, esse “valor subjectivo não significa valor apreciado ou julgado pelo sujeito, mas sim valor apreciafo em função do sujeito”, medido “em função das utilidades que ela representa para o credor em concreto”. Veja-se ainda GIORGIANNI, *L’obbligazione*, op.cit., pg.58 e segs., aponta o interesse creditório como o “carácter fisionómico” da obrigação”. De Espanha, ALBALADEJO, *Derecho Civil*, vol. II, Duodécima Edición, Edisofer, 2004, pg.20, afere “*La prestación es debida, no en sí, sino como medio de satisfacer tal interés*”.

<sup>71</sup> RIBEIRO FARIA, *Obrigações II*, op.cit, pg.167, demarca o referente interno da garantia enquanto negócio de risco. De facto, cada condevedor fica vinculado a suportar a insolvência dos outros obrigados, num mecanismo em tudo semelhante à fiança. Falando em relação à fiança, JANUARIO GOMES, op.cit., pg.120, e em resposta à

Perante obrigações idênticas, isto é, aptas a satisfazer o mesmo interesse, julgamos credível que estas prestações estarão dimensionadas para a concretização da mesma finalidade creditícia<sup>72</sup>. Não equacionamos outro interesse socialmente relevante, que não seja a garantia da realização da obrigação, leia-se, do interesse do credor. Não dizemos que a solidariedade seja causalmente direccionada à satisfação de um interesse individual<sup>73</sup>, que afigura-se como um efeito da razão negocial, mas antes de um funcionalismo orientado para a garantia da realização obrigacional<sup>74</sup>, e que, naturalmente, tende para a realização do interesse creditório, independente das

---

concepção que realça em todos os negócios um risco, exprime que o negócio fidejussório comportaria um risco anormal, já que o fiador ficaria adstrito a satisfazer o credor, sem haver uma prestação correspectiva do último, e com a possibilidade de não reaver o dispêndio junto do devedor principal. As semelhanças entre as duas figuras são visíveis.

<sup>72</sup> Independentemente do meio utilizado na satisfação desse interesse dependa, como refere JANUÁRIO GOMES, *op.cit.*, pg.8, ao descrever a posição, do vínculo obrigacional como única solução para a obtenção desse desiderato, mesmo através de um terceiro, que veria a sua actividade qualificada de “tipo prestacional”, como na doutrina de NICCOLÒ, *adempimento*, in *enciclopédia del diritto*, pg.565, que não divisa uma exclusividade da prestação para a concretização creditória, mas antes da “*cosa oggetto dell’obbligazione*”, enquanto utilidade creditícia, dependente, ou não, da actividade do devedor. A perspectivação do meio de realização obrigacional fora da noção prestação, não coloca em xeque o balizamento do interesse creditório como referente da obrigação, projectando apenas uma teorização para o fenómeno do cumprimento por parte de terceiro, já que na prestação haverá sempre uma vinculação pessoal do devedor, como entoa ANTUNES VARELA, *Obrigações I*, *op.cit.*, pg.73, os sujeitos, activo e passivo, são elementos constitutivos da obrigação.

<sup>73</sup> Refutado por BETTI, *op.cit.*, pg.174

<sup>74</sup> JANUÁRIO GOMES, *op.cit.*, pg.117-118, concebe a fiança, para além de um “caso de garantia do cumprimento”, como sendo, na sua essência, “uma garantia e satisfação do direito do credor”, na acepção de “uma garantia pelo risco de insolvência”. Assim sendo, e tendo em vista o artigo 526º, mal se entende a configuração solidária fora dos mesmos parâmetros.

conjunturas internas relacionais, numa sequência semelhante tanto à fiança, como à solidariedade<sup>75</sup>.

---

<sup>75</sup> DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale : Art.1173-1176*, Bologna, Nicola Zanichelli Editore, 1988, pg.57, julga que a realização da função de garantia, enquanto relação acessória, seria bastante para colocar a fiança fora da área do cumprimento efectuado por terceiro. Temos, para nós, que a razão da não associação das duas figuras, passa antes por uma justificação semelhante à exclusão da assunção de dívida, apontada pelo mesmo autor. Tal como nesta, a fiança aparta-se desta área de influência, por constituir um caso de constituição de um débito próprio a cargo do fiador, mas ao invés da assunção, “o assuntor faz sua obrigação” que cabia ao devedor principal, segundo ANTUNES VARELA, *Obrigações II*, pg.365. Como são ambas aptas a realizar uma obrigação alheia através de uma obrigação própria, não seriam verdadeiramente terceiros, na perspectiva do credor, mas devedores, à semelhança do representante legal ou voluntário que actuaria em nome do devedor, ou do mandatário que age em nome próprio, pois perante o credor, surgiria como um terceiro, como refere GIORGIANNI *Pagamento*, in *Novissimo Digesto Italiano*, pg.330. No mesmo sentido, BIANCA, vol.IV, op.cit., pg.283. BOZZI, *La Fideiussione, Le Figure Affini e L’anticresi*, in *Trattato Di Diritto Privato*, vol.6, Utet, Torino, 1988, pgs.214-215, remata o assunto, ao referir que a fiança é perdurante, dimensionada desde a sua constituição, sendo a fase executória, identificada com o cumprimento, apenas um dos segmentos da figura. A referência limitada ao cumprimento falharia por insuficiente na explicação completa do instituto, tanto mais que a vinculação fidejussória poder-se-á considerar cumprida mesmo por prestação não efectuada pelo fiador, bastando que um terceiro a realize, o que explicaria que o seu fundamento de existência teria de se alicerçar numa abrangência mais integral. (o que não impede o autor de referenciar a igualdade funcional da cumprimento fidejussório com a realização obrigacional por parte de terceiro, pois ambos perfazem a concretização do interesse creditício por via da prestação de um terceiro, op. cit., pg.259) Uma nota de desacordo com a tese de NICCOLÒ pois, no seguimento da teoria exposta na nota (89), o autor deduz uma estruturação de carácter contratual para este tipo de cumprimento, assente num *animus* do terceiro, complementada pela aceitação do credor, num esquema que visaria a tutela

---

do devedor com uma causa distinta do negócio preexistente, qual elemento externo avulso de natureza abstracta. A tentativa de conceber o preceito numa base relacional, colide com a asserção que, neste caso, o sujeito cumpridor passaria a ser parte passiva da obrigação, com uma obrigação própria, deixando de ser um terceiro. Como ALMEIDA COSTA, op.cit., pg.90 e 91, afirma que o fim obrigacional reduz-se à mera satisfação creditícia, não havendo um dever da parte do credor, tão-somente um onus em aceitar a prestação. ANTUNES VARELA, *Obrigações I*, op.cit., pg.80-81, influi o não cumprimento da obrigação, quando a mesma é realizada por terceiro. Faltaria o “aspecto pessoal do vínculo”. No fundo, não existiriam dois elementos constitutivos da obrigação: os sujeitos, entendidos no binómio credor/devedor, e o vínculo entendido como “o nexu ideal que liga os poderes do credor aos deveres do obrigado”, op.cit., pg.73. Apesar de não se poderem deduzir críticas directas à tese de NICCOLÒ, pois não retira o carácter instrumental da obrigação, finalisticamente ordenado à satisfação creditícia através da realização da prestação, e que não impossibilita a concretização do mesmo por um comportamento alheio ao devedor, a posição do insigne autor permite concluir que existe efectivamente uma obrigação a cargo do fiador, que pugna pela independência em relação à obrigação principal pelo elemento constitutivo, sujeitos envolvidos, ser diverso, antes figurado pelo fiador (que também é um devedor) /credor e não devedor/credor (apesar de, também, o objecto das duas obrigações pode ser diverso. Como alerta FRAGALI, *Fideiussione*, in, *enciclopedia del diritto*, pg.357, “il fideiussore può obbligarsi a pagare una somma di denaro in luogo della cosa dovuta”). Daí a realização, por parte do fiador, de uma dívida sua, advindo da circunstância desta possuir todos os elementos constitutivos obrigacionais, e de não ser direccionada a uma obrigação alheia, por falta de coincidência deste elemento pessoal. A extinção da dívida principal seria explicada através dos moldes da garantia, isto é, do cumprimento do interesse creditício comum às duas obrigações, concebível pela função instrumental da obrigação, ou seja, pela impossibilidade de realização do seu objecto. No caso inverso do cumprimento ter sido realizado pelo devedor original, a extinção da adstrição fidejussória já não seria clarificada pela função de garantia, mas antes pela acessoriedade.

Elucida-se, assim, o equívoco de FRAGALI e da sua solidariedade “imprópria”<sup>76</sup>, ao negar uma natureza semelhante às duas figuras pela contingência dos

---

<sup>76</sup> Op.cit., pg.273 e segs; e voz, *Fideiussione*, in *enciclopedia del diritto*, pgs.360-361. As diferenças entre as duas figuras substanciar-se-iam, nos argumentos do autor, na base das intenções que se reconheceriam aos devedores, e que teriam reflexos no conteúdo das obrigações destes últimos. Sobre este último já *supra* expusemos as nossas considerações. Em respeito à segunda, diz FRAGALI que os interesses dos obrigados passivos na assumpção do seu vínculo seriam homogêneos, e mesmo que o não fossem, jamais seria perceptível, externamente, que a obrigação teria sido assumida em prol exclusivo de um deles. Ao invés, na fiança, seria facilmente subsumível que o fundamento da adstrição do fiador seria proporcionar uma vantagem ao devedor, pelo cumprimento da sua obrigação perante o credor. Nada mais correcto, mas na verdade a posição fidejussória atribui também uma maior tutela do crédito, e é essa a pedra de toque da justificação da garantia do instituto, e o seu revelador externo, ou seja, não mais que a existência de uma pluralidade de pretensões na esfera do credor. Interessante observar que a recente doutrina espanhola, personificada em GARRIDO, *Fianza solidaria, solidaridad de deudores y cofianza*, Editorial Comares, Granada, 2002, pgs.176 e segs; e COLÁS ESCANDÓN, *Efectos del contrato de Fianza: Relaciones entre Acreedor, Deudor Principal y Fiador*, Editorial Aranzadi, 2007, pg.72-73, adverte para a desnecessidade da averiguação da garantia do interesse do devedor da obrigação principal, por parte do fiador, para a destrição da figura em relação à solidariedade tradicional. Da fiança *in rem suam* não poder-se-ia anotar uma natureza alheia aos trâmites fidejussórios, tanto mais confirmada pelas consequências de regime, que manter-se-iam inalteradas quando comparadas à fiança *in rem alienam*. Como intui GARRIDO, op.cit. pg.181, “se fusionan los planos externo e interno de la fianza”, numa acepção que só pode ser compreendida na vocação do aparelho fidejussório, como um todo, para a garantia creditícia, sendo esse o cardeal definidor da figura. COLÁS ESCANDÓN, op.cit., pg.73, remata com a consideração que a única diferença de conteúdo entre as duas espécies fidejussórias relevaria apenas na invocação do benefício de excussão, que seria coarctada ao fiador com um interesse próprio no negócio, pois significaria “un privilegio exorbitante”, injustificado perante uma situação material vinculatoria semelhante ao devedor principal (GARRIDO, op. cit., pg.188, chega

interesses passivos serem diversos, ou seja, que as vantagens advenientes para os coobrigados destoarem das do fiador. Não é essa a indagação que importa na determinação garantística<sup>77</sup>. Ao invés, a marcação deve ser supra-interna, na referência à utilidade creditícia<sup>78</sup>, que vê a sua pretensão reforçada com o poder de agressão a mais um património. É este o escopo garantístico causal, a existência de dois ou mais patrimónios à mercê da utilidade creditícia<sup>79</sup>, enquanto variável independente da

---

mesmo a concluir que diante a cláusulas contratuais que ditam a vinculação do fiador como devedor próprio, mais não significam que o mesmo abdica da excussão primeira do outro obrigado). Ainda atirar-se, como preconiza FRAGALI, que a coobrigação solidária, só secundariamente, poderia servir um escopo de garantia, é uma reflexão lateral na busca da natureza da figura. Não cabe indagar uma ordem de prioridades causais na solidariedade coobrigacional mas, tão-somente, constatar que ela existe.

<sup>77</sup> O autor acaba por reconhecer que a obrigação solidária “può servire a scopo di garanzia”, op.cit., pg.274.

<sup>78</sup> DE SANNA, *Acessorietà ed Autonomia nel Sistema delle Garanzie a Prima Richiesta*, Milano, Giuffrè, 1988, pgs.41 e segs., já enunciava a errônea pretensão monopolista da fiança no quadro das garantias pessoais: “*la tendenza a fare della fideiussione il modello delle garanzie personali si revela arbitraria*” . A autora identifica a acessoriedade como a ligação a um *quid*, leia-se a obrigação principal. Ora, verdadeiramente, a genérica função de garantia seria concebida “*attraverso l’attribuzione al creditore garantito di un’ accresciuta sicurezza (...) che egli può pretendere, i dentica, da due diversi debitore*”, o que não conflituaria com a autonomia da garantia, antes complementando-se os dois conceitos, num acervo garantístico mais diversificado. Não entrando em pormenores que concernem a garantia autónoma, também a autora mostra-se sensível à realidade creditória como veio condutor da noção de garante, numa lógica que não pasma se for transferida para a realidade solidária. RAVAZZONI, *La Fideiussione*, op.cit., pgs.212-213, já afirmava que a vinculação de uma pluralidade de devedores, e o pagamento de um desses, era suficiente para insurgir um direito de regresso. Ignorava apenas que a causa garantística fidejussória era o fundamento liberatório de devedor e fiador, enquanto justificativo anterior do regresso.

<sup>79</sup> O mesmo autor elabora o conceito causal fidejussório na matriz da relação entre as duas obrigações, e não na base de um complemento patrimonial entre fiador e devedor

constatação de uma ou mais obrigações, já que a quantificação destas últimas obedece a um padrão subjectivo, qual seja a presença, ou não, de um terceiro em relação à obrigação principal, numa indagação livre de ponderações sobre a natureza solidária. Conclusão diversa poderia levar à incongruência da ocorrência de um dos obrigados principal. Mais propriamente, ambos os patrimónios não seriam mais que o resultado da garantia que perfaz todo o complexo fidejussório (constituído pelas duas garantias) de forma que *“la garanzia fideiussoria consiste nell’obbligazione di adempiere l’obbligazione altrui”*. Entende-se a intenção de deslocar a questão para um campo onde é indefectível que as duas figuras são diferentes, pois a obrigação solidária tradicional é só uma, enquanto que no aparelho fidejussório existem duas adstrições distintas, voz *Fideiussione*, op.cit., pg.355. Com a devida deferência ao autor, não detectamos mais que a adaptação fidejussória ao esquema solidário. Julgamos antes que a existência de duas obrigações advém apenas dos sujeitos serem devedores distintos, e de, obviamente os seus objectos também o poderem ser (ou seja, da existência de diferentes formas de realizar o mesmo interesse). Mas no essencial, ambas concorrem para a mesma finalidade. Daí que não seja de pasmar a acepção da instrumentalidade da obrigação solidária ao serviço da pretensão creditícia. Diferente abordagem levar-nos-ia a considerar que o credor veria o seu interesse menos acautelado por apenas ocupar a posição activa numa obrigação, mesmo que com a vinculação de vários devedores. Ao contrário de FRAGALI, pensamos que o mote garantístico revê-se, justamente, na pluralidade de patrimónios à disposição da concretização creditícia. Visão contrária levaria a admitir a propensão da obrigação solidária em existir em absoluto, como meio e fim em si mesma, o que permitiria o justo questionamento sobre a razão da sua existência. Simplesmente, a ordenação de interesses difere da solidariedade tradicional, para a fidejussória, pela maior complacência para com o fiador, no que é revelado no conteúdo da sua obrigação. Daqui provém a justificação da sua constituição, e não da sua função garantística, que toma como referente o interesse do credor enquanto realidade que a influencia, mas que, sobretudo, a transcende. A garantia não prevê mais que o acautelamento do cumprimento deste referente, que não é feito por existirem uma pluralidade de obrigações, mas por haverem vários devedores, ou seja, vários patrimónios (que não serão conceitos correspondentes se estivermos perante prestações de facto, mas que compreende-se pela própria natureza destas últimas).

solidários estar sujeito à realização da prestação, mas o segundo, por não se identificar uma causa de garantia na solidariedade, não partilhar da mesma imposição. Julgamos que, simplesmente, não se coaduna com os cânones do instituto<sup>80</sup>.

## 7. Do Direito de Regresso

---

<sup>80</sup> Pensamos mais difícil a percepção do obrigado principal como garante do fiador. Não pela possibilidade de ocorrência de um direito de regresso a favor do devedor, como adiante esclareceremos, mas antes porque designada consideração far-nos-ia chegar à conclusão que teríamos duas garantias sobre o mesmo crédito, ou que ambas as garantias seriam direitos creditícios, e que nenhuma poderia garantir a outra, ou ainda uma conjectura mais híbrida, substanciada em dois direitos de crédito, que seriam, simultaneamente, garantes recíprocos. Não deixa de ser uma indagação essencialmente teórica, já que o tratamento jurídico a dar às duas obrigações será o mesmo, independentemente do julgamento sobre a natureza da obrigação principal. A questão não se coloca em relação à obrigação solidária tradicional, pois é perspectivada apenas uma adstrição. PIAZZA, *Garanzia*, in *enciclopedia giuridica*, pg.2-3, tende a aproximar o conceito de *fiducia* e *garanzia*, abordando o problema, não de forma relativa, mas intra-obrigacional. O primeiro significaria a vinculação do obrigado originário ao cumprimento espontâneo, substanciada na confiança que o credor depositaria na pessoa do devedor. A diferença entre garantia e a fiducia seria somente aparente, pois a última seria “la più ingenua ma non per questo la meno efficace, forma di garanzia”, também ela propensa à realização creditícia. O substrato fiduciário seria composto pela confiança no cumprimento, seguido, eventualmente, da acção executiva incidente sobre o património do devedor. Percebe-se o entendimento, mas fica por explicar o enredo supra exposto, bem como a banalização a que iria ser sujeito o conceito garantístico, e a sua inutilidade face à já concebida noção obrigacional. Assim, e na esteira de JANUÁRIO GOMES, op.cit., pg.16, a fiducia “pertence ainda à especificidade do vínculo obrigacional, não sendo uma forma de garantia”.

Difundida a natureza solidária da fiança, comum às obrigações do art. 519 e segs., o direito de regresso encontra um ambiente natural de interacção com os sujeitos desta figura.

Não obstante, o instituto subjaz o seu fundamento nas relações internas solidárias<sup>81</sup>. A atenção desloca-se da alçada creditória, para localizar-se nos interesses passivos solidários. É nesta sede que a doutrina italiana encontra a sua justificação, ou seja, na divergência interna do art.1298 do *codice*, patente na dualidade que transparece no inciso, substanciada na possibilidade da existência de obrigações solidárias de interesse exclusivo<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> DI MAJO, voz, *obbligazione solidali*, op.cit., pg.317; FRAGALI, op.cit., pg.275; RAVAZZONI, *Regresso*, in *Novissimo Digesto Italiano*, pg.356.

<sup>82</sup> Verdadeiramente, a abordagem da situação passiva fidejussória, para efeitos de definição da retribuição pós-cumprimento, não é uma ideia distante à doutrina nacional. O pioneirismo de TABORDA FERREIRA, *O Conceito de Causa no Direito Português*, Lisboa, 1946, pgs. 209 e segs., que, à época, abordava já directamente o panorama causal fidejussório, começava por proferir que “ a finalidade primeira deste instituto consiste em reforçar certa obrigação, garantindo-lhe o cumprimento”, op.cit. 209, proveniente do facto da obrigação fidejussória surgir “necessariamente conexa a outra”, op.cit. 210. Cumprir-se-ia a função social da fiança, enquanto “conceito objectivo de causa”, op.cit.215. Mas a agudeza do pensamento do autor realça-se na destrição dos “conceitos subjectivos causais”. Seria uma repartição identificada com a realidade motivacional na constituição fidejussória. A “causa-motivo” cindir-se-ia em duas componentes: a aspiração negocial do fiador, por contraposição à do credor. Esta última substanciar-se-ia na garantia da obrigação subjacente. A primeira seria essencial para a determinação da gratuidade ou da onerosidade da fiança, ou seja, se da sua concepção volitiva, estaria imanente uma vontade de ser reembolsado. Independentemente desta representação actuar ao nível causal ou, simplesmente, no plano dos interesses passivos, nenhuma das linhas antagoniza a origem garantística da fiança, sendo que ambas confluem para a definição ressarcitória no plano passivo. Este último aspecto, aponta o virtuosismo do raciocínio de TABORDA FERREIRA, que focaliza, convenientemente, os desígnios do fiador, no campo do ânimo negocial.

Mas antes, também da mesma norma, elucida-se uma divisão *pro quota*, verificável na solidariedade tradicional. O entrave que seria a quotização das relações internas, na solidariedade tradicional, divergente da fidejussória, dissipa-se em face da configuração do sistema “quotal” como mero referente quantitativo, aquando da constituição solidária, caracterizado como vector percorssor na constituição do direito de regresso<sup>83</sup>. É a solução encontrada para a possível desigualdade dos vários vínculos solidários<sup>84</sup>. Uma determinação meramente interna, que justifica-se perante o que BUSNELLI denomina de principio da paridade de tratamento entre convededores<sup>85</sup>, que não é mais que a repartição proporcional das vantagens e dos sacrifícios da realização obrigacional, a operar em sede de regresso, que só poderá ser concretizada a partir do conhecimento do âmbito da adstrição de cada devedor<sup>86</sup>, indecifrável se olhado apenas na componente externa, essa sim uniforme na imposição do cumprimento do interesse creditório. É um sistema inútil, quando observado na vertente fidejussória, pois a prestação do fiador terá a sua procedência na obrigação principal, sendo a sua abrangência conhecida nos limites dessa mesma conexão (leia-se o art. 731.º). Como afere VAZ SERRA, referindo-se ao fiador, “se este responde por outrem, fica sub-

---

<sup>83</sup> ANTUNES VARELA, *Obrigações I*, pg.790, fala de concepção do direito de regresso no “momento constitutivo da obrigação solidária”, que seria diferente do seu nascimento, decorrente aquando do cumprimento.

<sup>84</sup> Era já uma enunciação preconizada por GOMES DA SILVA, *Da Solidariedade nas Obrigações*, in, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Ano IV, 1947, pgs.340-341. O autor era sensível à possibilidade da situação de insolvência de um dos convededores vir-se a repercutir nos restantes obrigados, sendo que a quota da dívida, enquanto medida de valor indeterminado, seria o instrumento ideal para acudir a esta volatilidade premente nas relações solidárias que, no extremo, poderia conduzir um dos devedores a realizar a totalidade da obrigação.

<sup>85</sup> Voz, *obbligazione soggettivamente complessa*, op.cit., pg.342 e segs.

<sup>86</sup> Como SICCHIERO, “*Regresso*”, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, sezione civile, XVI, Torino, 1997, pg.551, adverte, os interesses poderão ter uma diferente “*misura*” por causa do art.1293.º, o congénere italiano do nosso art.512º, n.2º.

rogado na medida do que pagou”<sup>87</sup>. A repartição inicial “quotal” é um instrumento elaborado *ab initio* na prestação solidária<sup>88</sup>, mas que em nada condiciona esta

---

<sup>87</sup> VAZ SERRA, *Sub-rogação nos Direitos do Credor, Separata do n.º 37 do “Boletim do Ministério da Justiça”*, Lisboa, 1953, pgs. 36, e 44-45, localiza esta medida ressarcitória, na fiança, à dimensão do pagamento efectuado. Falando do art.1203.º, n.º3, do *codice*, que dispõe que o terceiro, obrigado ao cumprimento de dívida alheia, poderia obter a sub-rogação na posição do credor. Ainda da mesma norma, surgia a possibilidade do pagamento advir de uma adstrição com outros (solidária), ou por outros (fidejussória). Neste último, o *quantum* do reembolso seria mensurável pelo pagamento efectuado. No primeiro pelo que diga respeito às restantes partes, entenda-se, pelo designado nas quotas de cada devedor. É um raciocínio em tudo transmutável para a realidade do regresso.

<sup>88</sup> DI MAJO, voz, *obbligazione solidali*, op.cit., pg.319, fala ao nível do art.1298.º do *codice*, de um refraccionamento do *idem debitum*, na perspectiva de ser uma das face visíveis da fragmentação interna das relações solidárias (na explicação de MANUEL DE ANDRADE, op.cit., pg.185: “o crédito e o débito fraccionam-se em tantos créditos e débitos parciais (...) quantos os credores e devedores”). O congénere italiano do nosso art.516.º, seria a antecâmara do art.526.º. ou, nas palavras do autor “*di un particolare atteggiarsi della obbligazione solidale post factum (e cioè dopo il pagamento)*”, op.cit., pg.253, insurge-se contra esta tese no tocante às relações que se estabelecem entre credor de regresso após o cumprimento, mormente os art.524.º a 526.º. Denomina, o autor, de fase de liquidação. No que ao regresso diz respeito, o art.516.º seria o referente quantitativo do regresso, um “retorno” ao estado obrigacional inicial, op.cit., pg.250. A refração seria, assim, um mecanismo desadequado, quando aplicado ao regresso, visto a quotização não “explicar as vicissitudes posteriores à cessação da situação de solidariedade”, op.cit., pg.253. O autor segmenta correctamente o direito de regresso, numa etapa pós-pagamento, mas tem dificuldade em expor a sua forma de actuação sem recorrer às relações internas anteriores, como enunciado por DI MAJO. Entende-se, contudo, a posição de JANUÁRIO GOMES, pois concebe o direito de regresso como uma realidade una, enquanto vertente pós realização obrigacional, servindo o art.516.º. somente como um “critério equitativo de liquidação”, op.cit., pg.251. GARRIDO, op.cit., pgs.172-173, aponta a mesma insuficiência externa da

vinculação, pois o seu intuito consiste em influenciar *a posteriori*, no crédito de regresso, as relações entre devedores<sup>89</sup>.

---

fiança, na relação credor/fiador, para explicar o mecanismo do “reembolso” do segundo face ao devedor. De facto, a necessidade de ir colher as referências internas é, também, de primeira importância na figura, pois a fase executória, enquanto esquema abstracto finalizado à libertação dos dois contraentes, pouco define sobre a relação concreta entre os dois devedores. O autor admite assim, mesmo que implicitamente, que será necessário um outro critério de repartição económica do cumprimento, a que julgamos ser os interesses passivos em jogo, vulgo do fiador e do devedor primitivo.

<sup>89</sup> Veja-se que, em relação à situação da pluralidade fidejussória, não poderá ser perspectivada uma situação solidária entre os diversos fiadores. Em consonância com as considerações de JANUÁRIO GOMES, *op.cit.*, pgs.912-913, é premente a diferenciação entre o art. 649/1, cabendo numa acepção pré-cumprimento, e o art.650/1, já no pós-realização obrigacional. O escopo do primeiro seria afastar a parciariedade no cumprimento, salvo havendo benefício de excussão, e não tanto conferir às vinculações dos diversos fiadores uma característica solidária. É uma interpretação possível, já que os dois preceitos não são rotundos na afirmação de uma natureza solidária da figura, antes mandando apenas aplicar “as regras das obrigações solidárias”. Para além da difícil harmonização da possível divisão cofidejussória com a natureza solidária (tão pouco vale a cogitação de FRAGALI, *voz, Fideiussione, op.cit.*, pg.362, que revê a possibilidade divisão prevista no art.649/1 apenas como “una riduzione dell’efficacia solidária”. Como aponta GARRIDO, *op.cit.*, pg.263-264, em crítica expressa ao autor italiano, tal posição confunde o âmbito do benefício de divisão, que se cinge à relação entre cofiadores, com a excussão que se projecta na relação entre devedor principal e fiadores, que não é prevista para a situação plurifidejussória) ainda, diversa opinião levaria à possível constatação que a uma obrigação solidária suceder-se-ia nova obrigação solidária, assente nos pressupostos primeira, por sua vez já extinta, sendo tudo isto possível, pois a redacção das duas normas, no tratamento dos fiadores, é muito semelhante, já que ambas mandar aplicar as regras solidárias, o que incorreria afirmar que se a primeira obrigação fosse solidária, também a segunda, adveniente desta, igualmente seria. E como ambas possuem uma referência normativa solidária, é natural

Voltando à análise do carácter eclético dos interesses passivos solidários, a separação de BUSNELLI é, assim, correcta mas desfasada dogmaticamente, pois a lógica solidária não é difusa em consequência de causas divergentes, mas antes as

---

perceber o art.650º., nº1., como um direito de regresso solidário. Ainda na esteira do autor, é diferenciável o momento solidário, leia-se a fase da vinculação dos devedores, do momento ulterior ao cumprimento, que o autor designa de fase de liquidação. A ocorrência do primeiro seria pressuposto necessário para a constituição do segundo, onde se integraria o direito de regresso, op.cit., pgs 238 e segs. Mas ao frisar os dois segmentos, o autor é sensível à autonomização da segunda fase. Daí que admitir um direito de regresso solidário, à imagem do seu precedente, não seria mais que a perpetuação deste último, apesar de revestido de uma forma diversa em virtude da extinção da obrigação primeira, mas ainda assim solidário por deferência a esta última. O entendimento do autor não mais é que harmonioso com o próprio devir *ex novo* do direito de regresso, que mal se compreenderia ao admitir a extensão das características da obrigação anterior, já que só assim seria concebível um regresso solidário. Ainda na mesma linha, não podemos omitir que a solidariedade é constituída visando um determinado interesse creditício, que é consumido após a realização da obrigação primitiva. Admitir uma extensão solidária ao direito de regresso, seria o mesmo que pugnar pela transferência desse mesmo interesse para o novo credor, no que seria paradoxal, pois o mesmo já teria sido extinto. É ainda mais perceptível a opção do legislador português em afastar a natureza solidária à cofiança, quando no confronto com o seu congénere italiano, este último optou por consagrar o direito de regresso *pro quota* no art.1954 do *código* (ou seja, um regresso parciário, que podemos designar de típico), e não antes a sub-rogação como é designativo no nosso ordenamento (não se trata de inferir da bondade das duas soluções, mas tão só concluir que as duas normas são coerentes com a estrutura geral das figuras em que são inseridas. Se em Portugal ao cumprimento de uma obrigação solidária não se segue um regresso, é pois de questionar se realmente estamos perante uma solidariedade). De forma a evitar esta confusão dogmática, que se sustentaria numa solidariedade sucedida por um regresso, também ele solidário, é útil esta reflexão *sui generis* de que permite conciliar as duas percepções. Nas palavras de GARRIDO, op.cit., pg.264 “Pasa por afirmar que nos encontramos ante un régimen especial”.

relações internas poderão ser variadas em função dos interesses em questão. A coerência do entendimento impele a uma redefinição da lógica “busnelliana”, que falha ao conceber a solidariedade nas relações internas tomando para o mesmo, a forma de actuação das obrigações divisíveis, apelando depois a uma diferenciação das obrigações de interesse comum, para as obrigações unisubjectivas, sustentada, precisamente, numa contingência interna vinculatória, qual seja, os diferentes interesses devedores em jogo. O autor não faz mais que admitir (ainda que implicitamente), a autonomia solidária, enquanto modalidade obrigacional, dotada de características próprias, internas e externas. A própria componente estrutural interior divisível claudica em face de um critério de distinção, que se encontra no âmbito solidário, mas que não alcança uma relação com a divisibilidade (ou parciaridade) estrutural que acompanha a figura. Tão pouco pugna noutra sentido a divisão “quotas” pois, tal como supra referido, esta solução não passa de um critério que tende à identificação das várias referências devedoras para a futura repartição equitativa do encargo, antes do cumprimento<sup>90</sup>. A divisão, neste sentido, é algo natural, atendendo à presença de vários obrigados, em que os vínculos de cada um deles poderão ser divergentes. Divisão não é, assim, equivalente de divisível sendo, este último, um referente ao objecto da prestação (confusão que parece perpassar do enredo do autor). A supra-estrutura “obrigação subjectivamente complexa” deixa de possuir o seu fundamento primacial de existência, e a sua composição passa a ser explicável à luz de um conceito completo, em todas as suas vertentes.

A natureza solidária permanece, assim, una<sup>91</sup>, sendo antes na repartição do peso económico<sup>92</sup> do cumprimento devedor que se demarcam as diferenças das figuras. De

---

<sup>90</sup> SICCHIERO, op.cit., pg.554, “*tutti i condebitori devono ritenersi (...) cointeressati, in modo uguali, nell’adempimento*” sendo a divisão “quotas” um pressuposto para um efeito ulterior “*potendo il solvens agire in regresso*”.

<sup>91</sup> Um possível desfasamento poder-se-ia equacionar no que a doutrina denomina de solidariedade imperfeita. Em suma, a tese indaga que, da definição do art.512.º, resulta uma noção ampla do instituto, que não teria em conta as diferenças de regime presentes nas diferentes formas de solidariedade, mormente nas relações internas. Quando essas diferenças se verificassem a solidariedade seria imperfeita. Aderem ao conceito

---

ANTUNES VARELA, *Obrigações I*, op.cit., pgs.755 e segs.; e ALMEIDA COSTA, op.cit., pg.591, que refere, precisamente, o caso em que o direito de regresso só opera em relação ao garante que cumpre a obrigação principal, e não o inverso em relação ao garantido cumpridor, como um caso de solidariedade imperfeita. Não passa, contudo, de um enquadramento do direito de regresso numa acepção solidária diversa. A conjugação determinante afere-se, como anuncia JANUÁRIO GOMES, op.cit., pgs.256-257, da análise dos arts.516º. e 524º., e não de uma conclusão sobre a abrangência do art.512º. Para tal, o autor coloca os preceitos referentes ao regresso no que denomina de fase de liquidação, posterior ao cumprimento, mas em que se assiste ao “retorno” à situação obrigacional anterior, com o objectivo de apurar-se “a responsabilidade de cada condevedor e, conseqüentemente, a medida do direito de regresso”, op.cit., pg.250. O preceito chave seria o art.516º., que vai permitir quantificar quanto caberá a cada condevedor perante o credor de regresso, mas que só irá actuar em fase de liquidação, ou seja, em sede do art.524º. Como advoga o autor, “a inexistência de regresso não pode ser erigida em sinal duma solidariedade imperfeita ou não autêntica”, op.cit., pg.257. Entende-se a solução, ao dirigir as questões de perfeição solidária para o estreito âmbito das divergências de regime: ”o legislador, ao traçar o regime, ponderou a existência de diversas obrigações dentro ou debaixo da solidariedade, traçando-a com a amplitude e elasticidade bastantes para se adequar”, op. cit., pg.256. No fundo, o autor alerta para que o âmago solidário não transparece dos arts.513º. e segs., mas antes da forma como é densificado o art.512º. A perfeição solidária não serve, assim, para delimitar os casos referentes à *eadem causa*, em que é referida assunção contemporânea da situação solidária, como faz ANTUNES VARELA, *Obrigações I*, op.cit., pg.759 e segs. A obrigação não é mais solidária pelas vinculações dos diversos devedores provirem do mesmo facto jurídico, tão-somente, nestes casos é indubitável que o pressuposto da *eadem causa* está preenchido, sendo necessário averiguar, nas restantes situações, uma identidade causal entre os diversos vínculos.

<sup>92</sup> Expressão usada por ANDREANI, voz, Regresso (*azione di*), in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Varese, 1988. Não podemos, depois, concordar com o autor quando afirma que o direito de regresso apenas encontra fundamento num ambiente de condébito. O mesmo alicerça-se, justamente, na divisão em quotas do débito interno, que serviria para fundamentar a repartição do peso económico, que apenas poderia

facto, na relação devedor e fiador, quanto ao último, não consta uma reciprocidade no interesse da satisfação creditícia<sup>93</sup>, o que justifica a não constituição de um direito de regresso na esfera do devedor, aquando do cumprimento da parte deste último<sup>94</sup>.

---

ocorrer no campo da comunhão. O direito de regresso encontraria também um espaço dogmático autónomo, independente de qualquer condicionalismo “*per relationem*”, no que só nos poderá levar a pensar numa aceção acessória, que o distanciaria da sub-rogação, sendo esta uma transmissão do crédito precedente, típica do *solvens* garante, em contraposição com a constituição *ex novo* do direito de regresso. É criticável a designada teoria: o intuito da quotização, para efeitos de direito de regresso, só possui uma natureza meramente quantitativa, segundo o supra exposto; a alusão a uma acessoriedade na sub-rogação, é bloqueada pelo pressuposto do primeiro conceito ser concebido numa vertente relacional que, salvo melhor dogmatização, supõe duas obrigações ainda vigentes. Ora a sub-rogação entende a extinção da obrigação sub-rogada, pelo que apenas permanece no espectro jurídico a nova vinculação. A relação é, por isso, impossível. Além disso, como refere RAVAZZONI, voz, *Regresso*, op.cit., pg.359, também o regresso advém de um “*rapporto de derivazione*”, pois resulta, igualmente, da consequência do cumprimento de uma obrigação. Assim, também o direito de regresso adviria o seu conteúdo *per relationem* da obrigação preexistente. A distinção entre os dois seria inexistente; finalmente, à autonomia de regresso não se contrapõe a dependência da sub-rogação, qual tentativa de separabilidade das duas noções, com o consequente afastamento dum eventual panorama jurídico partilhado. Exactamente, pelo regresso ser autónomo, defendido entre nós por ANTUNES VARELA, *Obrigações I*, op.cit., pg.790. e por essa independência verificar-se, também, em relação à sub-rogação, que se justifica a possibilidade de ocorrência dos dois fenómenos num ambiente como o da fiança.

<sup>93</sup> Realça BRECCIA, op.cit., pg.52, a menção indirecta ou mediata do interesse do devedor, já que a obrigação tomaria sempre o referente creditício. Como o autor, julgamos que a relevância do preceito ocorre na fase constitutiva da relação solidária. Só assim se explica que na mora do devedor, continue-se a falar de interesse exclusivo deste último. Não significa que a posição do fiador fique despojada de tutela, por não lhe ser imanente um interesse próprio. Nunca ficaria, pois seria sempre protegido pelos

## **8. Da relevância prática de um Regresso na Fiança: distinção em relação à Sub-rogação**

De um regresso possível em sede fidejussória, depara-se um instituto de contornos semelhantes já existente na fiança: a sub-rogação do fiador na posição do credor. Certo parecem ser os fados comuns das duas figuras, qual seja o direito de reembolso pela realização obrigacional<sup>95</sup>, aos quais juntam-se os mesmos pressupostos, isto é, o pagamento da dívida e a existência de uma relação fidejussória<sup>96</sup>.

---

“ditames da boa-fé”, presentes no art.762.º,n.º2, como refere ALMEIDA COSTA, op.cit., pg.91, mas acresce-lhe ainda o amparo acessório, justamente pelo facto do fiador assegurar um interesse que não é seu.

<sup>94</sup> No que toca à organização debitória em torno do conceito da comunhão no débito, sustentada na partilha de interesses dos devedores, é uma discussão lateral ao nosso estudo pois, como comenta CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais*, 4ª edição, Quid Juris, Lisboa, pg.339, o que está em causa na comunhão é a forma de exercício dos poderes dos consortes, ajustando-se a noção ao exercício isolado ao instituto em causa, reconhecendo-se também por esta via, uma possibilidade de tratamento fragmentado dos devedores, o que em nada afecta o facto de cada devedor dispor de um interesse próprio no cumprimento, aquando da constituição da obrigação. Verdadeiramente, a partir do momento em que se constata uma identidade prestacional, é irrelevante averiguar a forma de aglutinação reconhecida aos devedores, no exercício da realização obrigacional, para efeitos da natureza solidária.

<sup>95</sup> AMORTH, *Considerazioni sui rapporti...*, op.cit., pg.144; o que conduz SICCHIERO, op.cit., pg.558, a considerar que do ponto de vista económico, são duas figuras semelhantes.

<sup>96</sup> GIUSTI, op.cit., pg.234

De apontar a dissociação clássica, consistente na diferença “geométrica”<sup>97</sup> entre as duas figuras, apontando a sub-rogação para sucessão obrigacional pelo lado activo<sup>98</sup>, e o regresso um direito “novo” a cargo do devedor-cumpridor<sup>99</sup>.

Mas a convivência diferenciada das duas figuras percebe-se melhor pelo debate doutrinal entre JULIO GOMES e GALVÃO TELLES, acerca da extinção, ou não, de um direito pessoal que possa assistir ao sub-rogado. A favor da primeira hipótese, eleva-se o segundo autor<sup>100</sup>, arguindo a impossibilidade do cúmulo dos dois direitos, preferindo a extinção do direito originário, por um modo “inominado”. Reflete em acordo JULIO GOMES<sup>101</sup> a inexistência de cumulação, mas descrê na cessação do crédito pessoal, ao invés propondo a possibilidade de uma alternativa opcional.

A discussão reflecte um problema de fundo mais complexo. Os entendimentos de CARPINO<sup>102</sup> ecoaram na posição de GALVÃO TELLES, a partir de uma concepção que revê a impossibilidade da sub-rogação coexistir com o direito pessoal da relação

---

<sup>97</sup> Assim apelidada por JANUÁRIO GOMES, op.cit., pg.874

<sup>98</sup> CARPINO, *Surrogazione (pagamento con)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, pg.965; MAGAZZÚ, *Surrogazione per pagamento*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIII, Varese, 1990, pg.1527 e segs.

<sup>99</sup> ALMEIDA COSTA, op.cit., pg.732

<sup>100</sup> GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 7ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, pgs. 253-254.

<sup>101</sup> *Do pagamento com sub-rogação, mormente na modalidade de sub-rogação voluntária*, in, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. 1, Coimbra, 2002, pg.125

<sup>102</sup> *Del pagamento con surrogazione: Art.1201-1205*, Nicolla Zanichelli Editore, Bologna, 1988, pgs.61-63. CARPINO vislumbra um cumprimento indirecto da obrigação de restituição surgida do crédito *ex mutuo*, aquando do pagamento ao credor originário. O mecanismo evita que o cumprimento do devedor, extinga também o direito transmitido pela sub-rogação. A questão surge com acuidade para o estudo das relações solidárias, porque também no mútuo constitui-se um direito pessoal de regresso na esfera do credor. É também, nestes termos, que a questão é tratada na doutrina nacional.

anterior, havendo apenas a titularidade de um direito, o transmitido por sub-rogação. A percepção é conveniente à negação do direito de regresso, pela sua “absorção” nos critérios da transmissão creditícia, uma impossibilidade devida aos ditames da sub-rogação.

A questão não é de todo desprovida de utilidade, ainda porque ao efeito tendente da sub-rogação estará sempre associado a figura do regresso, nos estreitos limites desta última. Não obstante a autonomia relativa das duas figuras, à transmissão creditória da fiança é imanente o ressarcimento do dispêndio económico, efectuado pelo fiador. A indagação do direito do regresso na fiança será sempre condicionante necessária, enquanto entendimento coligado com a sub-rogação. Mas, acrescente-se, é também característica natural. Na natureza solidária encontra-se um caminho finalizado ao regresso, enquanto espontâneo dogmático. Também na fiança constitui-se, assim, congenitamente este direito, proveniente da sua composição solidária. A par do mesmo, ocorre *ex lege*<sup>103</sup> a formação da possibilidade transmissória do crédito, por via do

---

<sup>103</sup> GRASSO, *Surrogazione legale e solidarietà*, II Edizione rivista ed ampliata, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 1987, pgs.26 e segs., mais um adepto da comunhão passiva solidária, que não se coíbe de explicitar mais alguns argumentos a favor da tese, mormente a crítica assente na divisão *pro quota*, apontamento que induziria, aparentemente, uma pluralidade relacional entre os supostos consortes. O autor prefere o entendimento da quota como “la misura delle singole partecipazioni alla contitolarità del diritto di credito comune”, op.cit. pg.27., abstendo-se da referência a uma autonomização das várias prestações dos convededores. GRASSO perfaz uma consideração quantitativa quando observado sistema “quotal”, em detrimento de uma análise qualitativa. Partindo deste pressuposto, o autor extrapola para a determinação comunitária enquanto valoração unitária, actuante ao nível liberatório, como expoente explicativo da cessação obrigacional. Por outras palavras, por mercê da agregação dos vários convededores nesta participação conjunta, estruturalmente unitária “non consentono di conciliare lo schema della surrogazione con un’attività solutoria che non può non estingure anche l’obbligo”, op.cit. pg.32. Independentemente das mesmas críticas concebíveis à comunhão devedora, por força da aceção da mesma enquanto conceito meramente executivo, poderem igualmente propor-se a esta percepção,

arts.644º. e 592/1 <sup>104</sup> . Ora perfilhando a posição de JÚLIO GOMES, leia-se da não extinção da relação subjacente, aquando da possibilidade sub-rogatória<sup>105</sup>, aliada a uma relação inata solidariedade/regresso, somos compelidos a concluir por um sistema alternativo. Implícita pois, mais uma diferenciação entre as duas figuras: a

---

GRASSO posiciona acertadamente o momento “comunheiro”, ou seja, no preciso momento do cumprimento, precedido da fase solidária (justificada por uma *res debita* e uma *causa obligandi* semelhante, ou seja, duma natureza idêntica, essa sim qualitativa), a que irá ser seguido do regresso do *solvens* (baseada na referência quantitativa quotal). E tal como o autor idealiza, a realização obrigacional irá destruir esta “nuance” una, enquanto momento necessariamente reportado a esta aglomeração unificada, sem margem para uma via transmissiva. Não advém do entendimento uma negação da comunhão jurídica, tão-somente a reputação relevante deste mecanismo no momento da realização obrigacional. O referente qualitativo, presente na identidade prestacional, assumiria a importância apenas enquanto vector de aglutinação destas últimas. Conferimos apenas um ligeiro aditamento ao entendimento do autor. A sub-rogação, sendo uma figura que se coaduna com a extinção da obrigação anterior, poderia ser inserida em termos solidários, mas teria de o ser se obedece-se ao consentimento do devedor ou credor, ou se inserida através do art.592º. nº.1. O que se pode retirar das concepções do autor é que, mesmo o enquadramento em qualquer um destes critérios, significa algo não natural na essência solidária, em que o pagamento é pressuposto da extinção total dos diversos vínculos (a situação seria menos perturbante na fiança, pois aqui deparamo-nos perante duas adstrições, sendo que a realização fidejussória permitiria a extinção desta última, tal como a transmissão da obrigação principal, que não teria cessado de existir). Serve esta menção para a compreensão da sub-rogação enquanto instituto estranho ao panorama solidário, inserido no regime da fiança que, recorde-se, também partilha uma origem solidária, insurgente apenas por posição legal.

<sup>104</sup> Aliás, podemos até inferir que a consagração legal da sub-rogação, desacompanhada do direito de regresso, deve-se ao facto do legislador considerar desnecessária a referência à mesma, decorrente já da solidariedade intrínseca da fiança, e a sub-rogação surgiria por não compartilhar, na sua essência, uma justificação solidária e, como tal, necessitaria de uma estipulação expressa.

<sup>105</sup> Era também a solução que transparecia de VAZ SERRA, *Sub-rogação*, op.cit., pg.7.

exercibilidade distinta. Resulta ainda a complementaridade das duas figuras. Mas diga-se que a origem do regresso parte antes de um substrato existente, que o distingue, mais do que uma identidade finalística semelhante, que é patente, encontramos focos distintos nos dois aspectos. Pensamos antes que da sub-rogação não deriva nada solidário, é absolutamente neutra em relação à fiança, e só se descobre esta realidade por estipulação legal<sup>106</sup>. Não falamos de uma decorrência típica solidária, e tão pouco

---

<sup>106</sup> Veja-se CAMPOBASSO, op.cit., pg.2 “diritto che trae origine direttamente dal carattere solidale e non già da una preesistente relazione giuridca”, diverso da sub-rogação que surge por via derivada, “ex iure creditoris, seppure senza il di lui diretto intervento”, RAVAZZONI, *Regresso*, op.cit., pg.223. A sub-rogação é assim um meio para alcançar um direito que surge naturalmente da via solidária. GRASSO, falando do art.1203,n.3 do *código*, congénere italiano da nossa sub-rogação legal, que refere que a mesma tem lugar quando alguém “essendo tenuto con altri o per altri al pagamento del debito aveva interesse di soddisfarlo”, interpreta a disposição, não no sentido da necessária vinculação ao cumprimento de uma obrigação alheia, numa espécie de requisito solidário sub-rogoratório, mas antes porque tal circunstância propaga um interesse à realização obrigacional, de forma a não ser reflectido, na sua esfera jurídica, as consequências do incumprimento, op.cit., pgs. 53-54. O autor não é, tão pouco, desdenhoso à componente transmissória presente na sub-rogação. Argumenta que se o cumprimento do condébito solidário cessa “anche tutti gli altri rapporti partecipi del vincolo solidale”, falamos apenas numa situação *ex novo*, op.cit., pg.63 e segs. Apesar do fenómeno extintivo não ser estranho à sub-rogação, (que GRASSO opina que se trata apenas de uma extinção relativa ao sujeito activo, sendo que a obrigação precedente alongar-se-ia apenas em relação aos devedores, indo no mesmo diapasão ANTUNES VARELA, *Obrigações II*, op.cit., pg.356 e segs.) e independentemente da natureza a conferir à convivência destes dois momentos, é premente a ideia transmissória na sub-rogação. GRASSO mais não faz que balizar as diferenças entre a consequência solidária, ou seja, o regresso *ex novo*, e um mecanismo induzido por designação legal, vulgo a sub-rogação. Assim, o que subjaz, na sub-rogação, é antes uma propensão para a tutela de um interesse individual, que tão-somente tem como pressuposto um panorama semelhante ao que se verifica nas situações de solidariedade. A disposição italiana não deixa de ter interesse na análise do nosso art.592 nº1 *in fine*. Bem é visível

podem-se acicatar justificações para o regime na natureza do mesmo (isto é, não é por as duas figuras comungarem de uma finalidade idêntica, e por ser prevista a sub-rogação fidejussória, que se pode inferir a natureza solidária da fiança). O que se depreende é a insuficiência da transmissão creditícia, como esclarecimento da natureza solidária fidejussória. Para tal é imperativo a menção do regresso na figura, enquanto expressão de uma situação preexistente. Por outras palavras, o facto de não haver uma consagração legal expressa não significa que o direito de regresso não exista, e que a sub-rogação não pode ser entendida como supra-figura englobante das duas realidades, e tão pouco como entendimento da rejeição, por via legal, do regresso, que advém, antes, de forma natural às considerações solidárias, como o verdadeiro direito que se inscreve na esfera do fiador<sup>107</sup>. O resultado legislativo nacional, só pode ser entendido à

---

que a previsão fidejussória, do art.644.º, é segmentada a partir da noção “o terceiro que cumpre a obrigação só fica sub-rogado nos direitos do credor quando tiver garantido o cumprimento”, o que induz uma pura inserção sub-rogação por via legal. Mas a tentativa de enquadramento a partir do art.592 nº1 *in fine*, assume contornos semelhantes ao inciso italiano. A possível recondução da norma sub-rogação, presente na fiança, ao âmbito da designada disposição fidejussória, é uma possibilidade, tanto mais propugnada por ANTUNES VARELA/PIRES DE LIMA, *Código Civil Anotado*, op.cit., pg.662. Mas este delineamento não significa, tal como em Itália, e pelas mesmas razões apontadas por GRASSO (ou até por mais no nosso ordenamento, pois ao contrário do art.1203, n.3 do *código*, a norma do art.592 nº1 não aponta no sentido de uma obrigatoriedade conjunta) que se possa falar de uma necessária solidariedade para operar-se o mecanismo sub-rogação. Em suma, qualquer que seja a via utilizada para explanar o justificativo do art.644.º, julgamos que em nenhum deles insurge um resíduo solidário. No mesmo sentido BOZZI, *Fideiussione*, op.cit., pgs.260-261.

<sup>107</sup> Um argumento de CARPINO, que poder-se-á aproveitar para justificar a asserção nacional, decorre da possibilidade que o autor vê na existência da sub-rogação “*sine causa*”, ou seja, sem estar alicerçada num direito pessoal do terceiro cumpridor, op.cit., pg.6-7. O cumprimento seria o título suficiente para a constituição sub-rogação (“*per l’acquisto ed esclusivamente per l’acquisto del credito sodisfatto*”, op.cit., pg.27). A destrição terá, contudo, de ser feita ao nível solidário pois, pelo cumprimento, o novo credor adquire um novo direito, leia-se, o regresso, que está em concorrência com a sub-

luz de uma total abrangência da parte da sub-rogação, deixando a sua natureza acessória na recuperação do dispêndio económico, para assumir, ele próprio, todo o papel de regresso.

Julgamos ser outro ponto de partida da solução espanhola plasmada nos *artículos 1.838 e 1.839*, para o regresso e a sub-rogação, respectivamente. Da primeira menção decorre a pretensão do reembolso do pagamento; dos juros legais após o mesmo; dos gastos suportados pelo fiador, depois de ter informado o devedor da sua intenção de se ver ressarcido; dos “*daños e perjuicios*”. Como referem PÉREZ GONZALES y ALGUER, só o primeiro é explicável à luz da sub-rogação, sendo os restantes consequências *ex novo* a favor do fiador, pois não inculcam qualquer direito pertencente ao credor. O fundamento deste desfecho legal é justificado por OLMO

---

rogação, mas que é distinto e não é absorvido pelas funcionalidades deste último, como observa OLMO GARCIA, *Pago de tercero y subrogacion*, Civitas, Madrid, 1998, pg.334. São antes duas pretensões totalmente diversas, não paritárias. Mas mesmo o próprio CARPINO não chega a retirar conclusões tão abrangentes para a sub-rogação. É sensível à nova realidade do direito de regresso, que é estranho à sub-rogação, enquanto sucessão no lado activo, que permite ao sub-rogado adquirir o mesmo direito do credor precedente. Nas palavras do autor “*il surrogato subentri non solo nel diritto, ma anche nelle eventuali garanzie delle quali il creditor fosse assistito; fenomeno radicalmente estraneo al regresso.*”. O que elucida é, antes, uma repartição entre o devir após cumprimento, protegido pelo regresso, e anterior a esse momento, incumbido à sub-rogação, op.cit., pgs.34-35. Tão pouco se poderá retirar que o autor propugna este entendimento na base das duas disposições normativas italianas fidejussórias, vejam-se os arts. 1949 e 1950 do *codice*, que colhem também a distinção do código espanhol, pois essa diferença não surge no regime solidário. Também neste âmbito CARPINO, op.cit., pgs.80 e segs., cogita uma sub-rogação na esfera do devedor cumpridor, mantendo a mesma enunciação, isto é, que o regresso aplicar-se-ia às situações pós cumprimento, enquanto que a sub-rogação tutelaria as posições anteriores. Aliás, a própria enunciação da exercibilidade alternativa das duas figuras resulta pois ambas “*si differenziano tra loro per struttura e disciplina*”, op.cit., pg.83

<sup>107</sup> Cit. *apud*, OLMO GARCIA, pg.333

GARCIA<sup>108</sup>, da constatação de uma vinculação pessoal, própria da fiança (já não só no sentido de compreender todo o património do fiador, mas também de o sujeitar a uma adstrição própria). A pedra de toque desloca-se do pré, para o pós-cumprimento, e da compreensão de duas realidades distintas que, apesar de interligadas, não comungam de características iguais. Acrescentamos nós, que o entendimento desta diferenciação, cuja manifestação ocorre por virtude de um direito de regresso, só se pode compreender através da aceitação duma natureza solidária associada à fiança. Se a pessoalidade garantística dá origem, de modo natural (ao contrário da sub-rogação, que é induzida legalmente), ao regresso, enquanto instrumento ligado umbilicalmente a uma vinculação própria do garante, e se este é também uma exteriorização da solidariedade, então podemos afirmar que as garantias pessoais partilham de um substrato solidário, onde se vai alicerçar o direito de regresso, enquanto imperativo de dissociação de duas realidades temporalmente diversas, e sequente natural da relação solidária<sup>109</sup>.

A sub-rogação matiza, assim, a transmissão do crédito originário nos exactos termos em que o mesmo se encontrava, à data da realização fidejussória. Esse crédito torna-se estanque aquando do cumprimento, a sua evolução termina nesse momento, pois a sub-rogação não logra explicitar a continuação de uma situação nova e divergente da anterior vinculação fidejussória, quando defronte a outra figura que encontra a sua razão de ser precisamente na confrontação de uma situação diversa à anterior relação fidejussória<sup>110</sup>.

---

<sup>108</sup> Op.cit., pg.334 “*la medida de lo que el fiador debe obtener del deudor viene dada por su derecho personal*”

<sup>109</sup> Diga-se, contudo, que também não é posição pacífica em Espanha, a tese da não absorção do regresso na sub-rogação. Veja-se, contra COLÁS ESCANDÓN, op.cit., pg.101.

<sup>110</sup> Não temos outra alternativa senão discordar de ANTUNES VARELA, *Obrigações* II, pg.498. O distinto autor descortina uma amplitude abrangente do instituto da sub-rogação, perfazendo antes o regresso como sucedâneo mais limitado, absorvido na teia sub-rogação, pois seriam transferíveis para o fiador todos “os atributos ou qualidades do direito encabeçados no credor”. Antes de mais, e como CARPINO menciona, “*la surroga del fidejussore avviene nella titolarità del credito originario e non in un*

---

presunto posto o posizione”, op.cit., pg.87. O autor coloca assim o enfoque apenas em elementos objectivos, descaracterizados de referências à pessoas intervenientes na operação. Mas mais anda, julgamos que, por coerência do escopo garantístico da figura, não seria compreensível que a fiança, sendo prestada no interesse exclusivo do devedor, fosse passível de dotar o fiador dos mesmos meios ao alcance do credor originário para satisfação de eventuais custos seus após o cumprimento da obrigação. Implicitamente, estaríamos a admitir uma perpetuação do interesse creditício na esfera do garante cumpridor. Ora esse interesse tem como referente a relação fidejussória que, com o cumprimento, é extinta. Conseqüentemente, o molde da constituição sub-rogatória será sempre determinado por apontamento à obrigação precedente, e ao interesse que a compõe. Admitir o englobamento, na sub-rogação, dos juros e dos custos ulteriores ao cumprimento, seria considerar que o interesse da primeira prestação estender-se-ia à nova vinculação. Falamos de uma perenidade que não encontra justificação, tanto mais na sub-rogação legal, por onde não ocorre, ao menos, uma manifestação de anuência do credor ou do devedor. Acrescente-se que, ao contrário da conclusão de MAGAZZÚ, op.cit., pg.1526-1527, (não obstante referir-se aos efeitos da sub-rogação *lato senso*), o interesse do anterior credor não se extingue, para depois se reavivar na figura do fiador. Para além do interesse creditício ser um referente objectivo, endereçado à obrigação e não ao credor, como supra visto, tal situação colocaria um estranho caso do interesse aposto à obrigação nova, constituído a partir do direito pessoal do fiador, conviver com interesse já extinto. Como BETTI refere, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol.III, Milano, Giuffrè, 1955, pg.66, a relação anterior mantém-se, mas “*altro è il rapporto oggettivamente considerato*”, é outra a obrigação, bem como outro é o interesse tutelado, relevado da obrigação fidejussória, mas sempre do fiador, o “*interesse al ricupero*”, op.cit., pg.67. Veja-se ainda DIEZ PICAZO-GULLON, *Sistema de Derecho Civil*, 4ª ed., vol. II, Madrid, 1981, pg.579, que põe o afinco na análise da situação inversa, ou seja, que a acção de reembolso, por ser um direito “novo”, não poderia ser abrangida pelas garantias do crédito anterior, já que das mesmas decorre um princípio de acessoriedade, vale dizer, que as mesmas estariam congenitamente ligadas a um determinado credito, “no de cualquier credito”. Acrescentamos nós que, como fazem os mesmos autores, ao admitirem um direito de regresso independente do fenómeno sub-rogatório (aliás o entendimento insurge-se antes contra a tentativa de explicação da sub-

---

rogação segundo o enquadramento do regresso, alvitando a autonomia das duas figuras), então só vemos que essa dissociação se faça, na prática, com a tutela do crédito (antigo) transferido através da sub-rogação, e os restantes créditos que surjam na esfera do fiador cumpridor, pelo direito de regresso. Pensamos antes que a realização obrigacional demarca os dois momentos, sendo a presença da sub-rogação justificada *ex lege*, por via do art. 592.º, n.º.1, enquanto facilitação do ressarcimento do fiador. A sua extensão ao devir *ex novo* levaria, inevitavelmente, à partilha das características obrigacionais anteriores, entre elas o interesse do primeiro credor, já arreadado. Esta aceção evitaria o aproveitamento do regime sub-rogatório para a satisfação da nova obrigação. A desvirtuação da direcção garantística fidejussória seria também patente se, atendendo que à simples adjunção de mais um património à concretização do interesse creditório, que é o fundamento da causa de garantia na fiança, ao fiador fosse permitido gizar, para ele mesmo, uma garantia de realização do novo crédito, juntando-lhe o regime mais abonatório presente na sub-rogação. Seja de que ponto de vista for, o interesse do fiador parece ser neutral no instituto. A sub-rogação, certamente, iria proporcionar-lhe novos meios garantísticos para pretensões que são alheias à figura. Daí a necessidade de circunscrição da transmissão creditória, não só aos limites do regresso, o que já advém da dogmática do tema, mas nos seus próprios fundamentos, o que só pode significar uma subalternização da sub-rogação a um mero reforço da pretensão ressarcitória do primeiro pagamento. Não é uma ideia esquiva a ANTUNES VARELA, *Obrigações II*, op.cit., pg.347, ao considerar que, na solidariedade, e após a realização da obrigação, não seria justo que o “vínculo da mútua responsabilidade” recaísse sobre os garantes da obrigação principal. Temos pois de concordar com RAVAZZONI, *La fideiussione*, pg.221, ao deduzir um verdadeiro sub-ingresso do fiador, não abrangendo a figura todos os contornos do direito de regresso. No mesmo sentido, GIUSTI, op.cit., pg.234, que fala da sub-rogação para “riavere ciò che ha pagato” e o regresso para reaver “di interessi e rimborso spese”. Bastará pensar em eventuais transmissões creditícias onerosas futuras. Os efeitos práticos redundam na impossibilidade de invocação do regime contido nos arts.582.º a 584.º.

Não são, assim, desprovidas de fundamento as afirmações de OLMO GARCIA que aponta a sub-rogação como um uma garantia do regresso<sup>111</sup>. É também compreensível o entendimento de JULIO GOMES, ao diferenciar a sub-rogação do enriquecimento sem causa<sup>112</sup>, num trilho semelhante ao direito de regresso<sup>113</sup>, afastando a compreensão unitária dos dois institutos e da possível extensão da sub-rogação às características solidárias. É neste pressuposto unitário que se entende que PROSPERETTI designa a sub-rogação de “*azione in senso generico di regresso*”<sup>114</sup>, com o intuito “*di evitare uno spostamento di ricchezza senza causa*”<sup>115</sup>.

---

<sup>111</sup>Op.cit., pg.334. Expressamente MAGAZZÚ, op.cit., pg.1527, “*uno strumento di tutela che assicura, la reintragezione in forma specifica*”

<sup>112</sup> JULIO GOMES, op.cit., pg.128-129, releva que o direito pessoal que cabe ao sub-rogado não é uma pretensão de enriquecimento sem causa e da repetição do indevido. De facto, se o cumprimento foi eficaz em relação ao credor pouco espaço resta a estas duas figuras. O autor coloca o ênfase na relação de alternatividade entre as duas pretensões, decorrendo, implicitamente, que não as coloca como preceitos sobrepostos. Posição semelhante segue MENEZES LEITÃO, *O Enriquecimento sem Causa no Direito Civil*, Coimbra Editora, Lisboa, 2007, pg.824-825, ao apontar que não ocorre enriquecimento do devedor, que continua vinculado, nem empobrecimento do terceiro, que adquire um novo crédito.

<sup>113</sup> RAVAZZONI, *Regresso*, op.cit., pg.358, conclui que a repetição do indevido não poderia ser pressuposto de uma coobrigação, pois assenta no pressuposto do pagamento de quem não seja obrigado. Completa, Fideiussione pg.210, com o carácter subsidiário presente no enriquecimento sem causa, distante do direito de regresso. CAMPOBASSO, op.cit., pg.2, exclui também a associação do regresso ao enriquecimento sem causa, pois não seria mais que a actuação do enriquecimento sem causa na solidariedade. Para o autor a figura reporta-se aos vínculos internos, impulsionada pela justificação redistributiva das utilidades que os coobrigados perceberam após o pagamento.

<sup>114</sup>*L'adempimento delle obbligazioni. Il pagamento com surrogazione*, in, Trattato di Diritto Privato, vol.9, Utet, Torino, 1988, pg.123.

<sup>115</sup> FLAVONI, op.cit., pg.43, fala de “*una azione di arricchimento sui generis*”

Intui-se agora a limitação ao funcionalismo sub-rogacional, apenas como forma de sucessão, no lado activo, da relação preexistente, enquanto noção de reforço da natureza compensatória do regresso<sup>116</sup>, numa diferenciação patente, mas que nada conflitua com a aceção da sub-rogação na qualidade de complemento do regresso<sup>117</sup>. Ao contrário de JANUÁRIO GOMES, pensamos que a sub-rogação corresponde à noção restrita do regresso<sup>118</sup>.

---

<sup>116</sup> ANTUNES VARELA, I, pg.789. CARPINO, op.cit., pg.34-35, baseia a sua distinção entre a sub-rogação e o regresso, precisamente, por não reconhecer ao último a extensão à realidade precedente, que seria tutelada pela sub-rogação. A complementaridade das duas figuras nunca poderia existir, pois o âmbito de actuação de uma delas nunca abrangeria a outra. Compreende-se mal a solução do autor, tanto pela natureza compensatória do regresso, como pela negação do ressarcimento integral do novo credor, se optar pela sub-rogação, determinado pelo seu direito pessoal, como critica OLMO GARCIA, op.cit., pg.267.

<sup>117</sup> Apontamos, assim, em sentido diverso à doutrina nacional, mormente na falta de distinção entre a finalística das duas figuras, que é semelhante mas não idêntica. BETTI, op.cit., pg.62, infirma o subjacente prático da sub-rogação legal em “*garantire il recupero della soma erogate al terzo*”. Se ao potencial recuperatório juntar-se a “*funzione redistributiva propria del regresso*”, fundado na necessidade de resposta de cada convedor na medida do seu interesse, a compatibilidade entre as duas figuras é patente, na percepção de SICCHIERO *Regresso e surrogazione legale*, in, *Contratto e Impresa*, Dialogi, Padova, 1996. Mas a própria função de reintegração sub-rogatória é o entrave à permissão do sub-rogado “*ottenere più di quanto sia giustificato in base al rapporto sottostante col debitore*”, BIANCA, IV, op.cit., pg.363. Esta relação subjacente não é mais que o regresso que o sub-rogado dispõe contra o devedor, mas que pela derivação da relação anterior, a sub-rogação é confinada ao “*ammontare del pagamento effettivo*”.

<sup>118</sup> A alternatividade na actuação das duas acções funda-se na distinção das duas figuras. É um conceito harmonioso com a possibilidade de um primeiro exercício sub-rogacional, procedido da actuação do direito de regresso, RAVAZZONI, op.cit., pg.226-227, e BIANCA IV, op.cit., pg.364. Ao aceitar um sistema opcional entre as

## 8. Conclusões

Em síntese, retemos que as coordenadas determinantes na compreensão das situações solidárias reportam-se à presença de várias vinculações passivas, numa união que orbita em torno da observação de dois parâmetros: a identidade entre as possíveis prestações; e a causa similar das mesmas.

Se em relação à primeira, a teorização do conceito é de difícil compreensão (tanto mais dificultada pela norma ínsita no art.512.º, n.º2), no que toca à garantia da pretensão creditícia, julgamos que é uma aferição patente quando a aspiração activa dispõe de diversos patrimónios disponíveis à realização do seu interesse. E é, precisamente, essa concretização que enforma a situação solidária, ou seja, o elemento (objectivo) que faz aderir os condevedores (subjectivo), que é independente da verificação de uma ou mais obrigações, sendo esse, antes, um expediente propício para delinear um regime mais ou menos benévolo para um dos devedores (leia-se, o primeiro, o fiador, e o segundo, o obrigado solidário). Assim, e apesar de tomar um referente externo às relações internas, a aglutinação passiva desenha-se no interior dessas ligações, num “apontar” idêntico, como estrutura facilitadora de um desígnio creditício igual (à qual é alheia qualquer recondução à comunhão, não enquanto negação dessa característica à solidariedade, mas enquanto conceito insuficiente para a explicação da aglomeração de vários devedores em torno de um credor. A discussão será profícua enquanto problematização a jusante da natureza solidária, a qual terá de densificar a razão dos regimes diferentes dos arts.512.º e segs, e dos arts.627 e segs., mas não poderá servir como definidor das características do instituto)

---

duas figuras, JANUARIO GOMES, op.cit., pgs.902-903, só pode concordar que existem verdadeiras divergências dogmáticas entre os dois institutos, pois se tal não fosse, não haveria razões para exercer uma acção e depois outra. As diferenças não são, assim, apenas de inserção sistemática.

Daí resulta a verdadeira “textura” solidária, sendo a consequência inerente ao art.512.º, n.º1, não mais que a materialização do interesse do credor, ou seja, a extinção do fundamento de agregação dos diversos sujeitos devedores, numa mera fase executória. A natureza solidária é, pois, singular e interior. Ora, também na conexão entre fiador e devedor principal é reconhecível o favorecimento da situação do credor, no reforço da pretensão deste último, que só se compreende se as duas obrigações presentes na figura forem funcionalmente semelhantes.

Reconduzido o padrão fidejussório à base solidária, o direito de regresso apresenta-se sequencial à cessação dessa estrutura, na delimitação da repartição do dispêndio económico efectuado por um dos devedores, a actuar sobre os restantes. Nesta sede, é possível distinguir algumas diferenças entre o regresso fidejussório e o solidário. No último, a repartição “quotál” efectuada aquando da constituição da solidariedade, opera como alusão ao *quantum* da vinculação de cada devedor à satisfação creditícia. Uma determinação que não encontra justificação no regime da fiança, pois o fiador surge obrigado nos mesmos termos do devedor primário, sendo que o seu ressarcimento será efectuado na medida da adstrição deste último. Igualmente, o regresso fidejussório apresenta, logo à partida, uma propensão “unilateral”, na medida em que não é admissível a pretensão do devedor sobre o devedor, conseqüente ao pagamento do primeiro ao credor. Bem se entende o campo de actuação dos interesses passivos na solidariedade, vulgo na fase ulterior desta, mais concretamente na razão da constituição do direito de regresso, bem como na definição do mesmo. Compreende-se que o devedor originário não possa deitar mão do mecanismo do regresso contra o fiador, pois a fiança é estabelecida no seu interesse.

Finalmente esclarecido o modo de operar do direito de regresso fidejussório, faltava perceber a sua relevância prática numa figura já contemplada com a sub-rogação. Para além da neutralidade valorativa desta última, apenas sindicável a partir de uma formulação legal, a sub-rogação revela-se inapta enquanto sustentáculo de uma ideia de continuidade da relação anterior à realização creditícia, precisamente pela falta dessa característica originária, mas sobretudo pela existência do direito de regresso, esse sim um genuíno solidário (e, conseqüentemente, também fidejussório). O significado desta representação, induz ao balizamento sub-rogação nos estritos limites da

realização da obrigação fidejussória, enquanto o regresso, além de contemplar os gastos ocorridos no pagamento da dívida originária, propaga a sua influência aos proveitos e aos prejuízos que ao credor de regresso possam advir, após esse momento (não sendo fechada a possibilidade de cumulação das duas figuras, pois os seus âmbitos sobrepõem-se no que diz respeito ao ressarcir do dispêndio efectuado pelo fiador).

## 9. Bibliografia:

- ALBALADEJO, MANUEL, “*Derecho Civil*”, vol. II, Duodécima Edición, Edisofer, 2004
- ALPA, GUIDO, “*La causa e Il Tipo*”, in *Trattato dei Contratti*, Tomo Primo, Utet, Torino, 1999
- AMORTH, GIORGIO, “*La responsabilidad del deudor solidario*”, Colección Nereo, Barcelona, 1963
- “*Considerazioni sui rapporti tra surrogazione e regresso nell’obbligazione solidale*”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 1958
- ANDRADE, MANUEL DE, “*Teoria Geral das Obrigações*”, 3ª edição, Coimbra, Almedina, 1966
- ANDREANI, F.M., “*Regresso (azione di)*”, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Varese, 1988
- ASCENSÃO, OLIVEIRA, “*O Direito Introdução e Teoria Geral*”, 13ª Edição Refundida, Coimbra Editora, 2005
- BARASSI, LUDOVICO, “*La teoria generale delle obbligazioni*”, vol.I, 2ª edizione, 1948
- BETTI, EMILIO, “*Teoria Generale del Negozio Giuridico*”, Reimp. Correta da 2ª ed., Milano, Giuffrè, 1994
- “*Teoria generale delle obbligazioni*”, vol.III, Milano, Giuffrè, 1955
- BRECCIA, UGO, “*Le Obbligazioni*”, Milano, Giuffrè, 1991
- BUSNELLI, FRANCESCO DONATO, “*Obbligazione Soggettivamente Complessa*”, in, *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXIX, Milano, Giuffrè, 1979

- “*L’obbligazione soggettivamente complexa: profili sistematici*”, Milano, Giuffrè, 1974
- BIANCA, MASSIMO, “*Diritto Civile: l’obbligazione*”, vol.IV, Milano, Giuffrè, 1994
- “*Diritto Civile: La responsabilità*”, vol.V, Milano, Giuffrè, 1994
- “*Diritto Civile: Il Contratto*”, vol.III, Milano, Giuffrè, 1987
- BOZZI, G., “*La Fideiussione, Le Figure Afinni e L’anticresi*”, in *Trattato Di Diritto Privato*, vol.6, Utet, Torino, 1988
- CALVÃO DA SILVA, JOÃO, “*Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*”, 4<sup>a</sup> edição, Almedina, Coimbra, 2002
- CAMPOBASSO, GIAN FRANCO, “*Regresso*”, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, volume XXVI, 1989
- CARPINO, BRUNETTO, “*Surrogazione (pagamento con)*”, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XVIII, 1971, Torino
- “*Del pagamento con surrogazione: Art.1201-1205*”, Nicolla Zanichelli Editore, Bologna, 1988
- COLÁS ESCANDÓN, ANA MARIA, “*Efectos del contrato de Fianza: Relaciones entre Acreedor, Deudor Principal y Fiador*”, Editorial Aranzadi, 2007
- CORDEIRO, MENEZES, “*Direito das Obrigações*”, 1.º volume, Lisboa, AAFDL, 1980
- “*Direito das Obrigações*”, 2.º volume, Lisboa, AAFDL, 1991
- “*Tratado de direito Civil Português*”, Tomo I, 2<sup>a</sup>edição, Coimbra, 2000
- COSTA, ALMEIDA, “*Direito das obrigações*”, 7<sup>a</sup> edição, Almedina, 1998
- CUNHA, PAULO, “*Da Garantia nas Obrigações, Apontamentos das aulas de Direito Civil do 5.º ano da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pelo aluno Eudoro Pamplona Côte-Real*”, Tomo I, 1938-1939

- DE ACUTIS, MAURIZIO “*Solidarietà ed “eadem causa” in presenza di diverse fonti contrattuali di responsabilità*”, in *Rivista di Diritto Civile*, II, 1976
- DI MAJO, ALFREDO, “*Obbligazioni solidali*”, in *Enciclopedia del Diritto*, XXIX, Milano, 1979
- “*Delle obbligazioni in generale : Art.1173-1176*”, Bologna, Nicola Zanichelli Editore, 1988
- DIEZ PICAZO-GULLON, “*Sistema de Derecho Civil*”, 4ª ed., vol. II, Madrid, 1981
- DE SANNA, PAOLA, “*Accessorietà ed Autonomia nel Sistema delle Garanzie a Prima Richiesta*”, Milano, Giuffrè, 1988
- FARIA, RIBEIRO, “*Direito das Obrigações*”, volume I, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1987
- “*Direito das Obrigações*”, volume II, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1987
- FERNANDES, CARVALHO, “*Teoria Geral do Direito Civil*”, volume II, 5ª edição revista e actualizada, Universidade Católica Portuguesa, 2010
- “*Lições de Direitos Reais*”, 4ª edição, Quid Juris, Lisboa
- FLAVONI, MARIO D’ORAZI, “*Fideiussione, mandato di credito, anticresi*”, Milano, Giuffrè, 1961
- FRAGALI, “*Delle Obbligazioni: art.1936-1959*”, Nicola Zanichelli, Bologna, 1966
- “*Fideiussione*”, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XVII, 1968
- GANGI, CALOGERO, *Le obbligazioni: concetto, obbligazioni naturali, solidali, divisibili e indivisibili*, Milano, Giuffrè, 1958
- GARRIDO, TOMÁS RUBIO, “*Fianza solidaria, solidariedad de deudores y cofianza*”, Editorial Comares, Granada, 2002
- GOMES, JANUÁRIO COSTA, “*Assunção fidejussória de dívida, Sobre o sentido e âmbito da vinculação como fiador*”, Coimbra, Almedina, 2000

- GOMES, JÚLIO, “Do pagamento com sub-rogação, mormente na modalidade de sub-rogação voluntária”, in, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. 1, Coimbra, 2002
- GOMES DA SILVA, MANUEL DUARTE, “Da Solidariedade nas Obrigações”, in, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Ano IV, 1947
- GIORGIANNI, MICHELE, “Obbligazione Solidale e Parciaria”, in *Novissimo Digesto Italiano*, volume XI, Torino, 1964
- “L’obbligazione: la parte generale delle obbligazioni”, Milano, Giuffrè, 1968
- “Causa”, in *Enciclopedia del Diritto*, vol.II, Milano, Giuffrè
- “Pagamento (Diritto Civile)”, in *Novissimo Digesto Italiano*, volume XII, 1957
- GIUSTI, ALBERTO, “La Fideiussione e il mandato di credito”, Milano, Giuffrè, 1998
- GRASSO, BIAGIO “Surrogazione legale e solidarietà”, II Edizione rivista ed ampliata, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 1987
- LEITÃO, MENEZES, “Garantias das obrigações: relatório sobre o programa, conteúdos e métodos de ensino”, Coimbra, Almedina, 2006
- “O Enriquecimento sem Causa no Direito Civil”, Coimbra Editora, Lisboa, 2007
- LIMA, PIRES DE/VARELA, ANTUNES, “Código Civil Anotado, com a colaboração de M. Henrique Mesquita”, volume I, 4ª edição, Coimbra Editora, 1987
- MACHADO, BAPTISTA, “Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador”, 12ª reimpressão, Almedina, 2000
- MANCINI, TOMMASO, “Intorno alla causa della fideiussione”, in *Giustizia Civile, parte quarta*, Milano, Giuffrè, 1969
- MAGAZZÚ, ANDREA, “Surrogazione per pagamento”, in *Enciclopedia del diritto*, XLIII, Varese, 1990

- MATTEUCCI, ANTONIO, “*Solidarietà del fideiussore e suo debito non pecuniario*”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, 1959
- MANINO, VINCENZO, “*Fideiussione e accessorià*”, in *Europa e Diritto Privato*, Milano, Giuffrè, 2001
- MASSIDA, FALQUI, “*Fideiussione*”, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, volume XIV, 1989
- MAZZONI, C. M., “*Le obbligazioni solidali e indivisibili*”, in *Trattato di Diritto Privato*, vol.9, Torino, Utet, 1988
- NICCOLÒ, ROSARIO, “*adempimento*”, in *Enciclopédia del Diritto*, vol.I, Milano, Giuffrè, 1958
- OLIVEIRA ASCENSÃO, “*O Direito: Introdução e Teoria Geral*”, 13ª Edição Refundida, Almedina, 2005
- ORLANDI, MAURO, “*La responsabilità solidale*”, Milano, Giuffrè, 1993
- OLMO GARCIA, PEDRO DEL, “*Pago de tercero y subrogacion*”, Civitas, Madrid, 1998
- PESSOA, JORGE, “*Direito das obrigações*”, vol. I, AAFDL, Lisboa, 1975
- PIAZZA, LUCIANO, “*Garanzia*”, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XIV, 1989
- PROSPERETTI, MARCO, “*L’adempimento delle obbligazioni. Il pagamento com surrogazione*”, in, *Trattato di Diritto Privato*, vol.9, Utet, Torino, 1988
- RAVAZZONI, ALBERTO, “*La Fideiussione*”, Milano, Giuffrè, 1973
- “*Regresso*”, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XV, Torino, 1968
- RUBINO, DOMENICO, “*Delle obbligazioni: art. 1285-1320*”, Nicola Zanichelli, Bologna, 1957
- SALVESTRONI, UGO, “*Solidarietà d’interessi e d’obbligazioni: profili sistemaci per lo studio della solidarietà fideiussoria*”, Padova, Cedam, 1974

- SERRA, VAZ, “*Pluralidade de devedores ou de credores*”, *Separata do Boletim do Ministério da Justiça, nº 69 e 70*, Lisboa, 1957
- “*Fiança e Figuras Análogas*”, *Separata do Boletim do Ministério da Justiça, nº 71*, Lisboa, 1957
- “*Sub-rogação nos Direitos do Credor*”, *Separata do n.º 37 do “Boletim do Ministério da Justiça”*, Lisboa, 1953
- SICCHIERO, GIANLUCA, “*Regresso*”, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, sezione civile, XVI, Torino, 1997
- “*Regresso e surrogazione legale*”, in, *Contratto e Impresa*, Dialogi, Padova, 1996
- TABORDA FERREIRA, VASCO, “*O Conceito de Causa no Direito Português*”, Lisboa, 1946
- TELLES, GALVÃO, “*Manual dos Contratos em Geral*”, 4ª edição, Coimbra Editora, 2002
- “*Direito das Obrigações*”, 7ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1997
- VARELA, ANTUNES, “*Das Obrigações em Geral*”, 1.º volume, 10.ª edição, 2010
- “*Das Obrigações em Geral*”, 2º volume, 7.ª edição, 2010
- VENTURINI, VINCENZO,” *Commentario alla sentenza della Cassazione Civile, I sez. 5.6.2007, n.13180*”, in *La nuova giurisprudenza civile Commentata, parte prima*, Padova, Cedam, 2007

