

Processo: 08A1287
Nº Convencional: JSTJ000
Relator: FONSECA RAMOS
Descritores: CONTRATO DE ADESÃO
REQUISITOS
DEVER DE INFORMAÇÃO
FIANÇA
SUBSIDIARIEDADE
Nº do Documento: SJ2008051301287
Data do Acórdão: 13-05-2008
Votação: UNANIMIDADE
Texto Integral: S
Privacidade: 1
Meio Processual: REVISTA
Decisão: NEGADA
Sumário :

I) - Para que se considere a existência de um **contrato de adesão** não é bastante a existência de algumas cláusulas pré-ordenadas pelo oferente; importa que o núcleo essencial modelador do regime jurídico assumido constitua um bloco que se aceita ou repudia, sem qualquer possibilidade de negociação, e que o teor das cláusulas careçam de adequada informação para que o aderente saiba e pondere se é conforme aos seus interesses subscrever o texto impresso que lhe é proposto.

II) – O dever *de informação* previsto no diploma que regula as cláusulas contratuais gerais (ccg) dever ser exercido de acordo com as circunstâncias do contrato, mormente o seu conteúdo, importando ponderar que o aderente, pelo simples facto de o ser, não pode prevalecer-se de qualquer omissão do dever de informação cometido ao proponente.

III) – Tal dever de informar pauta-se pelo tipo contratual em causa e pelas circunstâncias da contratação.

IV) – Contenderia com as regras da boa-fé exigíveis aos contraentes, mesmo no âmbito de contratos de adesão, se o aderente pudesse, sem mais, invocar o *dever de informação*, por mais claro que fosse o clausulado contratual e o ambiente em que negociou.

V) - No caso de um empréstimo concedido por um Banco, não constando do contrato cláusulas envolvendo um exigente conhecimento de conceitos técnico-jurídicos, ou uma complexa teia de direitos e deveres recíprocos a demandar exigente esforço interpretativo, o dever de informar não pode ser erigido em dogma para que, invocada a sua violação, o aderente se desvincule das obrigações assumidas.

Para que se aplique o regime das ccg. o contratante que invoca violação do dever de informação tem o ónus de provar que se está perante um contrato de adesão.

VII) – Se quem invoca a existência de contrato de adesão interveio nas negociações com o alegado proponente e pôde discutir e contribuir para moldar o conteúdo contratual, em defesa dos seus interesses, não provou, como lhe competia, que tal contrato possa qualificar-se como de *adesão*.

VIII) – Sendo a fiança dada, sem que por parte dos fiadores houvesse expressa renúncia ao benefício da excussão, ela resulta, tacitamente, do facto de terem assumido a condição de principais pagadores, pelo que não podem recusar o pagamento exigido pelo credor invocando a subsidiariedade da garantia.

Decisão Texto Integral:

Acordam no Supremo Tribunal de Justiça

A Caixa Geral de Depósitos, S.A., instaurou, em 22.11.2005, pelo Tribunal Judicial da Comarca de Felgueiras – 3º Juízo – Execução Comum, contra:

AA e marido **BB**;

CC e mulher **DD**.

Visando a cobrança da quantia total de € 21.140,62, proveniente de um contrato de empréstimo que celebrou com a primeira e segundo executados.

Para garantia do pagamento do referido empréstimo, foi constituída fiança pelos terceiros e quarta executada.

Os executados CC e mulher DD deduziram oposição, alegando que gozam do benefício da excussão prévia, previsto no artigo 638º, do C. Civil e, deste modo, têm o direito de recusar o cumprimento, enquanto não estiverem executados todos os bens dos devedores principais e, ainda,

mesmo depois dessa excussão, se provar que o crédito não foi satisfeito por culpa do credor.

Mais alegam que a cláusula 20.1 do título dado à execução se encontra ferido de nulidade, na media em que, aquando da assinatura do dito contrato de empréstimo, ficou assente entre todos os intervenientes — incluindo os responsáveis da exequente — que os opoentes só assinavam esse documento no pressuposto de gozarem, de qualquer modo, do benefício da excussão prévia, devendo os responsáveis da exequente, como lhes competia, terem explicado verbalmente aos opoentes o conteúdo da dita cláusula, cuja compreensibilidade não resulta imediatamente do seu teor e é contra o que foi acordado.

Nesta decorrência, referem que do artigo 6º, do D.L. nº 446/85, de 25/10, resulta que, atenta a normal complexidade das cláusulas gerais integradas no tipo de contratos como aquele junto pela exequente, esta devia, o que não fez, explicar verbalmente a cláusula 20.1, que afecta os direitos dos opoentes, devendo a mesma ser considerada nula ou, pelo menos excluída do seu texto.

Na contestação apresentada, a exequente refere que no contrato de empréstimo, os executados CC e DD se constituíram “*fiadores solidários e principais pagadores...*” de todas as responsabilidades emergentes do mesmo, pelo que, enquanto fiadores, renunciaram expressamente ao benefício da excussão prévia, e daí, estarem a ser executados, a título principal e sem qualquer limitação, nos termos do artigo 640º, do Código Civil.

Defendem, ainda, que é bem mais explícito para o cabal entendimento da cláusula referir na mesma que o fiador em causa se assume como “principal pagador” do que dizer que o mesmo renúncia ao “*benefício da excussão prévia*”.

No despacho saneador, foi julgada improcedente a oposição à execução, com fundamento de que, enquanto fiadores, os opoentes renunciaram ao benefício da excussão prévia e, por isso, podem ser executados a título principal — artigos 634º e 640º, do C. Civil. Por outro lado, a cláusula 20.1, nomeadamente, a expressão aí utilizada “principais pagadores do empréstimo” tem um conteúdo compreensível e acessível ao comum dos cidadãos, sendo, por conseguinte, inadequado trazer-se à colação, como fazem os opoentes, o disposto no artigo 6º, do D.L. nº446/85, de 25/10.

Inconformados **os opoentes recorreram para o Tribunal da Relação de Guimarães** que, por Acórdão de 15.11.2007 – fls. 121 a 128, julgou a apelação improcedente e **confirmou a decisão recorrida.**

De novo inconformados, recorreram para este Supremo Tribunal e, nas alegações apresentadas, formularam as seguintes **conclusões:**

1º - O acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães ao não considerar o contrato de empréstimo em causa um contrato de adesão, violou o disposto no artigo 1º do Decreto-Lei 446/85, de 25.10, com as alterações do Decreto-Lei 220/95, de 31.08;

2º - Como contrato de adesão que é, não pode a recorrida socorrer-se da cláusula onde se estabelece que os recorrentes se constituíram “fiadores e principais pagadores”, pois a mesma é nula ou deve considerar-se excluída, nos termos do disposto no nº3 do art. 5º e no artigo 8º do Dec.-Lei nº446/85 de 25.10;

3º - Desse contrato se pode ver que se trata de um contrato escrito intitulado como “contrato de empréstimo” celebrado pela exequente como mutuante, pelos executados como mutuários e pelos fiadores. Trata-se de contrato de adesão dado que consta de impresso previamente elaborado pela exequente que os aderentes se limitam a aceitar ou não sem possibilidade de conformar as cláusulas à sua vontade, para além da óbvia possibilidade de aceitar ou rejeitar.

4º - Naquele contrato, após a identificação das partes, estipula o mesmo que “*se regerà pelas seguintes condições que as partes declaram aceitar*”: Seguem-se as condições específicas em que se inclui a finalidade, as condições de financiamento total do capital mutuado, a comissão de gestão, o número e o montante de cada uma das prestações de reembolso e as respectivas datas, as taxas de TAEG e de juros.

5º - Para que num contrato de adesão o aderente possa ter um conhecimento efectivo das cláusulas antes de as subscrever é preciso que as mesmas lhe sejam lidas e explicadas. Nos termos do art. 5º do Dec.-Lei citado, “*as cláusulas contratuais gerais devem ser*

comunicadas na íntegra aos aderentes que se limitem a subscrevê-las ou a aceitá-las”.

6º - Quando em litígio, um dos principais argumentos que são alegados — como fizeram os recorrentes na Oposição à Execução — consubstancia a falta do cumprimento do dever de informação do alcance ou sentido de uma ou de várias cláusulas do contrato, conduzindo a que o consumidor tenha assinado na convicção de um sentido oposto ou sem estar devidamente esclarecido sobre o alcance da cláusula.

7º - Segundo dispõe o nº3 do art. 5º do Dec-Lei n.º 446/85, *“o ónus de prova da comunicação adequada e efectiva cabe ao contratante que submeta a outrem as cláusulas contratuais gerais”*, sendo essa prova essencial para que as cláusulas em causa sejam eficazes relativamente à parte aderente.

Ora, nada disso ocorreu nos presentes autos.

8º - E não havendo prova dessa comunicação, e recaindo o ónus de prova sobre a entidade que apresenta as cláusulas contratuais gerais — no caso a recorrida — dispõe o art. 8º do mesmo diploma que **consideram-se excluídas** dos contratos singulares: a) as cláusulas que não tenham sido comunicadas nos termos do art. 5º”. Ou seja, tudo se passa como se efectivamente inexistissem quaisquer cláusulas contratuais gerais ou a cláusula contratual geral em concreto sobre que incidiu a falta de informação e comunicação.

9º - Violou ainda o douto acórdão o disposto nos artigos 627º a 640º do Código Civil.

10º - A exequente limita-se a alegar que *“para garantia do pagamento do referido empréstimo, foi constituída fiança pelos terceiro e quarta executados”*, aqui recorrentes, não alegando sequer que estes se responsabilizaram solidariamente como fiadores e principais pagadores pelo pagamento daquele e/ou nem sequer alega que os recorrentes renunciaram ao benefício da excussão;

11º - O artigo 627º, nº2, do Código Civil define uma das características da fiança: a acessoriedade, que significa que a fiança se apresenta como acessória da dívida principal: acessória no sentido de a fiança ficar subordinada e acompanhar a obrigação afiançada. A acessoriedade é uma característica que faz parte da natureza da fiança, pelo que não pode ser afastada por vontade das partes;

12º - A segunda característica é a subsidiariedade, referida na lei através do benefício da excussão (artigo 638º do Código Civil). Nos termos desta regra, o fiador só responde pelo pagamento da obrigação se e quando se provar que o património do devedor é insuficiente para saldar a obrigação por este contraída. Já esta última característica pode ser afastada pela vontade das partes. Sempre que assim aconteça, o fiador, ao lado do devedor, apresenta-se como principal pagador; ou seja, o fiador e o devedor tornam-se responsáveis, em termos solidários, pelo pagamento da dívida.

13º - Porém, em relação à solidariedade, quando o fiador se obriga como principal pagador, deve entender-se que são distintas a obrigação do devedor e a do fiador, pelo que, mesmo quando este se obriga como “principal pagador”, não existe entre ambos solidariedade passiva, atendendo à acessoriedade da obrigação do segundo em relação à do primeiro — cfr., entre outros, Ac. Relação de Coimbra, de 28/02/1968, in Jurisprudência das Relações, 14º (1968), T.I. p. 203; Ac. Relação do Porto de 09/05/1995, Colectânea de Jurisprudência, XX (1995), T.III, p. 210 e na doutrina “Garantias de Cumprimento”, de Pedro Romano Martinez e Pedro Fuzeta da Ponte, Almedina, 2ª edição.

14º - Nessa medida, deve entender-se que os recorrentes gozam do benefício de excussão prévia, previsto no artigo 638º do Código Civil.

15º - Em suma, o douto acórdão da Relação de Guimarães violou o disposto nos artigos 627º a 640º do Código Civil e os artigos 1º, 5º, 6º e 8º do DL nº446/85 de 25/10.

Nestes termos, deve ser concedido provimento ao presente recurso, revogando-se a decisão recorrida com as inerentes consequências.

A exequente contra-alegou, pugnando pela confirmação do Julgado.

Colhidos os vistos legais cumpre decidir, tendo em conta que **a Relação considerou provados os seguintes factos:**

1) - No exercício da sua actividade creditícia, por documento escrito e assinado por todos os

intervenientes, a exequente celebrou com a primeira e segundo executados um contrato de empréstimo destinado a apoio à tesouraria, até ao montante de € 20.000,00, tendo sido a taxa contratada a Euribor a 3 meses, em vigor na data do início de cada período de contagem de juros, acrescida de um *spread* de 4%, donde resultou à data da celebração do contrato na taxa de juro nominal de 7,3780%.

2) - Ficou igualmente estipulado no contrato que, em caso de mora, a C.G.D. poderia cobrar sobre o capital exigível e juros correspondentes aos períodos mínimos legalmente previstos, comissões e outros encargos, juros calculados à taxa mais elevada de juros remuneratórios que, em cada um dos dias em que se verificar a mora, estiver em vigor na Caixa para operações activas da mesma natureza, acrescida de uma sobretaxa de 4%.

3) - Para garantia do pagamento do referido empréstimo, foi constituída fiança pelos terceiro e quarta executados.

4) - Na cláusula 20.1 do referido contrato de empréstimo foi estabelecido o seguinte:

As pessoas identificadas para o efeito no início do contrato constituem-se fiadores solidários e principais pagadores de todas e quaisquer quantias que vierem a ser devidas à Caixa pelos primeiros contratantes no âmbito do presente contrato e das operações nele previstas, e dão antecipadamente o seu acordo a prorrogações do prazo e a moratórias que forem convencionadas entre a Caixa e a Empresa devedora, sem prejuízo de a dívida poder ser liquidada dentro do prazo inicialmente fixado.

Fundamentação:

Sendo pelo teor das conclusões das alegações do recorrente que, em regra, se delimita o objecto do recurso importa saber:

- se o contrato invocado como título executivo é um contrato de adesão;

- se a cláusula constante do contrato, através da qual os oponentes se constituíram “fiadores e principais pagadores” deve ser considerada nula ou excluída, por não lhes ter sido explicada;

- se os fiadores, a ser válido, o contrato podiam ser, desde logo, ser executados.

Vejamos:

A exequente invocou como título executivo a escritura pública notarial, através da qual os ora recorrentes se declararam fiadores solidários e principais pagadores do empréstimo de que foram mutuários (capital até € 20.000,00) os 1ºs executados – AA e marido BB.

Esse documento, apodado de “Contrato de Empréstimo”, consta de fls.11 a 14 da execução, e algumas das suas cláusulas são impressas, valendo para a generalidade de contratos-tipo de mútuo pecuniário, propostos pela exequente CGD.

Mais concretamente são cláusulas pré-ordenadas as que se descrevem de 8.2 a 23.

A primeira questão colocada pelos recorrentes é a de saber se se trata de contrato de adesão, pois, de tal qualificação decorre um peculiar regime jurídico.

A Relação considerou, na esteira do sentenciado na 1ª Instância, que o contrato em causa não é um contrato de adesão, ponderando – fls. 125:

“Certamente que os executados não se terão limitado a aderir a um modelo ou impresso que lhe foi apresentado pela exequente, pois, não é crível que a entidade bancária conceda um financiamento de 20.000,00 euros, sem estabelecer negociações com os outros contratantes e, sobretudo, com os fiadores, dando-lhes a conhecer o sentido com que assumem a respectiva obrigação.

Aliás, são os recorrentes que alegam, no artigo 8º da petição inicial, ter havido negociações, ou seja, “aquando da assinatura do dito contrato de empréstimo, ficou assente entre todos os intervenientes – incluindo, por isso, os responsáveis da exequente – que os oponentes só assinaram esse documento no pressuposto de gozarem, de qualquer modo, do benefício de excussão prévia”.

Os **contratos de adesão**, não suprimem, mas restringem de forma severa a liberdade de negociação e de estipulação, por corresponderem a necessidades de contratação massificada, estando, em regra, de um lado empresas de grande envergadura económica – bancos, seguradoras, transportadoras, prestadores de serviços, fornecedores de bens essenciais, etc., e do outro o cidadão consumidor de bens ou serviços.

“O contrato de adesão é uma manifestação fatal da sociedade de massas. O contrato de adesão oferece por outro lado grandes perigos. A parte que predispõe os termos contratuais está naturalmente tentada a considerar muito mais os seus interesses que os do aderente.

Os contratos de adesão costumam ser assim caracterizados por uma defesa exaustiva dos interesses do emitente, e um desinteresse marcado pelo que respeita ao aderente”. _

Oliveira Ascensão – “Teoria Geral do Direito Civil”, vol. III, pág.364.

Contrato de adesão – “Aquele em que um dos contraentes, não tendo a menor participação na preparação das respectivas cláusulas, se limita a aceitar o texto que o outro contraente oferece, em massa, ao público interessado” – **Antunes Varela, “Das Obrigações em Geral”, 7ª edição, 262.**

Tais contratos contêm por via de regra – “Cláusulas preparadas genericamente para valerem em relação a todos os contratos singulares de certo tipo que venham a ser celebrados nos moldes próprios dos chamados contratos de adesão” – **Galvão Telles, “Direito das Obrigações” – 6ª edição, 75.**

Como refere Almeida Costa, in “Direito das Obrigações”, 5ª edição, págs. 204/205:

“Trata-se, pois, de negociações no âmbito dos fornecimentos massificados, ou em série, de bens ou serviços, que avultam em nossos dias.

O traço comum consiste na referida superação do modelo contratual clássico.

Os clientes subordinam-se a cláusulas, previamente fixadas, de modo geral e abstracto, para uma série indefinida de efectivos e concretos negócios (...).

De qualquer maneira os sucessivos clientes apenas decidem contratar ou não, sem que nenhuma influência prática exerçam na modelação do conteúdo do negócio”.

Dispõe, no artigo 1.º, n.º1 do Decreto-lei n.º 446/85, de 25.10.

“As cláusulas contratuais gerais elaboradas sem prévia negociação individual, que proponentes ou destinatários indeterminados se limitem, respectivamente, a subscrever ou aceitar, regem-se pelo presente diploma.”

Neste tipo de contrato em que não existe uma aceitação particularmente negociada pelo aderente, a lei visa a sua protecção como parte contratualmente mais fraca, assegurando de modo consistente um **“dever de informação”** por parte do proponente.

Mesmo que o aderente se não inteire, cabalmente, do conteúdo contratual que aceita, a lei protege-o em relação ao proponente.

A propósito, Joaquim de Sousa Ribeiro, in “O Problema do Contrato – As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual”, Coleção Teses, Almedina, pág.372. escreve:

“Uma conclusão é segura: mesmo que o aderente não use “de comum diligência” para conhecer as ccg, adequadamente comunicadas pela contraparte, não fica inibido de invocar a sua nulidade substancial, decorrente das normas de proibição.

Inversamente, ao utilizador não aproveita a prova da cognoscibilidade para salvar as suas ccg desse destino, quando elas, dentro embora dos limites gerais de validade, contrariam as proibições específicas dos arts. 15º e segs. só a “prévia negociação individual” (art. 1º) é de molde a produzir esse efeito.

Aquele critério de cognoscibilidade não constitui simultaneamente, como é de regra, um padrão normativo de conduta exigível, nenhuma consequência jurídica desvantajosa sofrendo o aderente pela omissão dessa diligência.

Ela é referida, apenas, como bitola para aferição do cumprimento, pelo utilizador, dos requisitos de inclusão.

A ele cabe propiciar à contraparte a possibilidade de conhecimento das ccg, em termos tais que esta não tenha, para o efeito, que desenvolver mais do que a comum diligência.

Mas, quer essa possibilidade seja, quer não seja, aproveitada, o regime a que as cláusulas são submetidas é exactamente o mesmo, tanto no que diz respeito à sua inclusão, como à sua validade.

A fórmula não tem, pois, um alcance prescriptivo em relação ao aderente, visando antes fixar o padrão de comportamento exigível ao utilizador da ccg”. (sublinhámos).

O art. 5º, nºs 1 a 3, do diploma aplicável às ccg, prevê e regula o – “dever de comunicação” – impondo ao proponente o ónus de prova da comunicação adequada e efectiva ao contraente a quem submeta as cláusulas contratuais gerais.

Essa comunicação dever abranger a totalidade das cláusulas e ser feita de modo adequado,

e com antecedência compatível com a extensão e complexidade do contrato, de modo a tornar possível o seu conhecimento,”*completo e efectivo por quem use de comum diligência”.*

O art. 6º impõe ao proponente um **dever de informação** de acordo com as circunstâncias do contrato, ou seja, do seu conteúdo.

O art. 8º a) estabelece sanção para as cláusulas que não tenham sido objecto de comunicação, nos termos do nº5 antes referido, consignando que se consideram excluídas dos contratos singulares.

A al.b) do DL. 446/85, de 25.10 fulmina com a mesma sanção – *“As cláusulas comunicadas com violação do dever de informação, de molde que não seja de esperar o seu conhecimento efectivo”.*

Nos termos do art.8º das CCG – *“ Consideram-se excluídas dos contratos singulares a) As cláusulas que não tenham sido comunicadas nos termos do artigo 5º; b) as cláusulas comunicadas com violação do dever de informação, de molde que não seja de esperar o seu conhecimento efectivo; c) As cláusulas que, pelo contexto em que surjam, pela epígrafe que as precede ou pela sua apresentação gráfica, passem despercebidas a um contratante normal, colocado na posição do contratante real; d) As cláusulas inseridas em formulários, depois da assinatura de algum dos contraentes”.*

O art. 6º impõe ao proponente um **dever de informação** de acordo com as circunstâncias do contrato, ou seja, do seu conteúdo.

Por isso e, desde logo, importa ponderar que o aderente pelo simples facto de o ser não pode prevalecer-se de qualquer omissão do dever de informação cometido ao proponente.

Este deve informar afere-se pelo tipo contratual em causa e pelas circunstâncias da contratação.

Contenderia com as regras da boa-fé exigíveis aos contraentes, mesmo no âmbito de contratos de adesão, se o aderente pudesse, sem mais, invocar o *dever de informação*, por mais claro que fosse o clausulado contratual e o ambiente em que negociou.

No caso de um empréstimo concedido por um Banco, não constando do contrato cláusulas envolvendo um exigente conhecimento de conceitos técnico-jurídicos, ou uma complexa teia de direitos e deveres recíprocos a demandar exigente esforço interpretativo, o dever de informar não pode ser erigido em dogma para que, invocada a sua violação, o aderente se desvincule das obrigações assumidas.

Para que se aplique o regime das ccg o contratante que invoca violação do dever de informação tem o ónus de provar que se está perante um contrato de adesão.

Para que se considere a existência de um **contrato de adesão** não é bastante a existência de algumas cláusulas pré-ordenadas pelo oferente; importa que o **núcleo essencial modelador** do regime jurídico assumido constitua um bloco que se aceita ou repudia, sem qualquer possibilidade de negociação, e que o teor das cláusulas careçam de adequada informação para que o aderente saiba e pondere se é conforme aos seus interesses subscrever o texto impresso que lhe é proposto.

Daí que a natureza do contrato, o objectivo que a parte que contrata com entidade que recorre a cláusulas pré-ordenadas, sejam decisivos para se considerar a *intensidade* do dever de informação.

No caso, começaremos por dizer que as cláusulas pré-determinadas do contrato não envolvem compreensão que não esteja ao alcance de quem se dirige a um Banco e com ele negocia como garante de alguém que pede um empréstimo.

No caso, a mutuária, tanto quanto consta da sua identificação no contrato de empréstimo, é empresária em nome individual, e os recorrentes acederam prestar-lhe fiança, alegando que não o fizeram nos termos que negociaram como o exequente, admitindo, assim, que a sua vinculação não foi indiscutida, mas que houve uma fase negocial antes de se vincularem.

Almeida Costa, in “Cláusulas Contratuais Gerais”, ensina:

“O dever de comunicação é uma obrigação de meios (...).

Nessa linha o nº 2 (do artigo 5 do DL nº446/85) esclarece que o dever de comunicação varia, no modo da sua realização, e na sua antecedência, consoante a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas.”

Refere, ainda, que quem utiliza as clausulas deve “além de comunicar o respectivo conteúdo,

informar o aderente do seu significado e das suas implicações.”

O dever de comunicação encontra-se também consagrado na Lei de Defesa do Consumidor – Lei nº24/96, de 31 de Julho.

Retornando à apreciação da questão, concluímos que, no caso, houve uma prévia negociação pois de outro modo os oponentes não clamariam pelo facto de no contrato não ter sido incluída uma cláusula a assegurar-lhes o benefício da excussão prévia.

Ora, para quem demonstra saber em que consiste tal estipulação, mal se compreende que alegue ter-lhe sido omitida explicação sobre o significado da cláusula “20-1 – Fiança”.

O dizer-se aí que – “*As pessoas identificadas para o efeito no início do contrato constituem-se fiadores solidários e principais pagadores de todas e quaisquer quantias que vierem a ser devidas à Caixa pelos primeiros contratantes no âmbito do presente contrato e das operações nele previstas...*”.

Assim, mesmo que se considerasse tal contrato como contrato de adesão, por tal cláusula não envolver qualquer complexidade, dado o circunstancialismo negocial envolvente, considera-se válida; não existiu, *in casu*, o risco dos oponentes não saberem qual o seu significado.

Dispondo o art. 5º, nº1, do diploma que rege as ccg – “*As cláusulas contratuais gerais devem ser comunicadas na íntegra aos aderentes que se limitem a subscrevê-las ou a aceitá-las*” – e resultando da alegação dos recorrentes que houve negociações com vista aos termos em que se vinculariam como fiadores dos mutuários, em bom rigor, não se podem considerar *aderentes*, nos termos do citado normativo, pelo que, mesmo que fosse de considerar como de adesão tal contrato, não eram eles os destinatários dos deveres de comunicação e informação.

Apreciando a 2ª questão:

Sustentam os recorrentes que, face à acessoriedade da fiança – art. 627º, nº2, do Código Civil e à sua subsidiariedade, ligada ao benefício da excussão prévia – art. 638º do Código Civil – não poderiam ser directamente executados, mesmo em função do teor da questionada cláusula da fiança.

A fiança é uma garantia pessoal das obrigações, pela qual terceiro assegura a satisfação de um direito de crédito – tem o carácter de obrigação acessória, resulta da vontade do fiador.

Dispõe o citado art. 627º do Código Civil:

- “1. O fiador garante a satisfação do direito de crédito, ficando pessoalmente obrigado perante o credor.
2. A obrigação do fiador é acessória da que recai sobre o principal devedor”.

Na fiança, a obrigação do fiador é acessória da do afiançado – art. 627º, nº2, do Código Civil – e, por isso, não pode ser mais onerosa que a deste – art. 631º – implicando a invalidade da obrigação garantida a invalidade da fiança – art. 632º, nº1, – e a extinção daquela, a desta – art.651º.

O fiador pode opor ao credor não só os meios de defesa que lhe são próprios, como também, os que competem ao afiançado – art. 637º do Código Civil.

“A fiança tem o conteúdo da obrigação principal e cobre as consequências legais e contratuais da mora ou culpa do devedor” – art. 634º do Código Civil.

É usual os Bancos ao exigirem a prestação de fiança, adoptarem uma fórmula do tipo: X e Y *declaram que se constituem, solidariamente, fiadores e principais pagadores da dívida contraída por... com renúncia expressa ao benefício da excussão prévia...*

No caso em apreço, consta que os oponentes – “**constituem-se fiadores solidários e principais pagadores** de todas e quaisquer quantias que vierem a ser devidas à Caixa pelos primeiros contratantes no âmbito do presente contrato”. (destaque e sublinhados nossos).

Não há qualquer alusão ao benefício da excussão, previsto no nº1 do art. 638º do Código Civil;

“*Ao fiador é lícito recusar o cumprimento enquanto o credor não tiver executado todos os bens do devedor sem obter a satisfação do seu crédito*”.

Pires de Lima e Antunes Varela, in “Código Civil Anotado”, vol. I, em comentário a este normativo:

“Consiste fundamentalmente no direito que assiste ao fiador de se opor à execução dos seus bens enquanto não estiverem executados todos os bens responsáveis do devedor, sem o credor obter a satisfação do seu crédito”.

O benefício da excussão, assim como o direito do fiador de exigir a execução prévia das coisas sobre que recai para segurança da dívida afiançada garantia real anterior ou coeva da fiança – art. 639º, nº1, do citado Código –, não são invocáveis pelo fiador se houver renunciado ao benefício da excussão *“e em especial, se tiver assumido a obrigação de principal pagador.”* – art. 640º a) do Código Civil.

Os oponentes assumiram a condição de principais pagadores e ainda a de devedores solidários.

O facto de terem assumido a condição de principais pagadores implica renúncia ao benefício da excussão prévia, não podendo ser invocar o carácter acessório da garantia.

Menezes Leitão, in “Garantias das Obrigações” – 2006 – pág. 121 – aludindo às características da fiança:

“ A **subsidiariedade** reconduz-se à possibilidade de o fiador invocar o benefício da excussão, conforme resulta do art. 638º, impedindo o credor de executar o património do fiador enquanto não tiver tentado sem sucesso a execução através do património do devedor (cfr. art. 828º C.P.C.). Para além disso, o art. 639.º refere que a subsidiariedade da fiança opera mesmo existindo garantias reais constituídas por terceiro antes da fiança, já que o fiador tem igualmente o direito de exigir a execução prévia das coisas sobre que recai a garantia real. **A subsidiariedade da fiança constitui, porém, uma característica não essencial, uma vez que o fiador pode renunciar a ela, conforme se prevê no art. 640.º a)**” (destaque e sublinhado nossos).

E a págs. 123/124 – abordando as relações entre credor e fiador – escreve:

“O **benefício da excussão** visa evitar a execução judicial dos bens do fiador enquanto a garantia concedida pelo património do devedor ou por outras garantias reais prestadas por terceiro anteriormente à fiança não se mostre insuficiente para assegurar o cumprimento da obrigação.

Efectivamente, a fiança apresenta-se normalmente como uma garantia subsidiária, a exercer apenas em caso de o património do devedor e as garantias reais anteriores à fiança não bastarem para assegurar a satisfação do crédito [...]

O benefício é, porém, excluído se o devedor a ele tiver renunciado, o que acontece designadamente se assumir a obrigação de principal pagador (art. 640º a)...” (sublinhámos).

Mónica Jardim, in “A Garantia Autónoma” -págs. 173-176:

“A fiança é uma garantia de carácter pessoal, os bens do fiador respondem perante o credor. Como ensina Vaz Serra, o fiador *“não sujeita apenas o seu património ou parte dele (como no caso de penhor ou de hipoteca constituídos por terceiro): obriga-se pessoalmente como qualquer outro devedor e, se o seu património fica sujeito, não é isso mais do que um corolário da obrigação que assumiu.”*...

A obrigação do fiador é a de responder pela dívida de outrem (do devedor principal), mas a obrigação do fiador é distinta da obrigação do devedor principal.

A obrigação deste é a de realizar uma certa prestação, a do fiador é a de responder por que a obrigação principal seja cumprida.

Vaz Serra, *“o fiador promete ao credor o resultado de que será cumprida a obrigação principal, cumprindo, ao mesmo tempo, a obrigação pessoal sua (esta tem por objectivo dar lugar ao resultado de ser cumprida aquela outra obrigação) (...) o fiador não promete pagar, se o devedor o não fizer (ele pode assegurar ao credor o resultado do cumprimento da obrigação principal por meio diferente do pagamento pessoal), e não promete pagar pelo devedor principal (ele paga a sua própria dívida, embora, fazendo-o, pague também a do devedor).*

“Na fiança não se está perante uma simples assunção de dívida, pela qual um terceiro faz sua a obrigação do devedor, exonerando-o, nem de uma responsabilidade solidária em que todos são devedores principais de uma mesma obrigação...”

A subsidiariedade da fiança concretiza-se no chamado benefício da excussão prévia (cfr. art. 638º, nº1, do Código Civil e 828.º do Código de Processo Civil), que é uma excepção, através da qual o fiador pode recusar o cumprimento da sua obrigação, enquanto o credor não tiver executado todos os bens do devedor principal para satisfazer o seu crédito.

[...] *Mas o fiador não pode invocar o benefício da excussão, ou seja recusar o pagamento em causa, por exemplo, se tiver assumido a obrigação de principal pagador, ou seja, se tiver renunciado tacitamente àquele benefício* (artigos 217º, n.º 1 e 640º, proêmio, e alínea a), do Código Civil).”.

Concluimos, assim, que não obstante não ter havido expressa renúncia ao benefício da excussão prévia, ela resulta, tacitamente, do facto dos executados fiadores terem assumido a condição de principais pagadores.

A alusão a fiadores solidários compreende-se pelo facto dos fiadores serem marido e mulher.

Mas se visa significar que os fiadores assumiram com os afiançados a qualidade de devedores solidários, tal não os exime a pagar quando directamente quando interpelados pelo credor.

Os recorrentes sustentam que são distintas a obrigação do devedor e a do fiador por não existir solidariedade passiva.

Almeida Costa, “Obrigações” págs. 752/753, a propósito, ensina que não gozando o fiador do benefício da excussão, especialmente quando assume a obrigação de principal pagador – art. 640º a) do Código Civil – “... *equipara-se, do ponto de vista do credor, a um verdadeiro devedor solidário; só que, não o sendo realmente, poderá depois exigir do afiançado, se cumpre a obrigação, a totalidade do que pagou*” e em nota de rodapé:

[“A posição do fiador que se obrigou como principal pagador não se identifica com a do condevedor solidário. Na verdade, a obrigação daquele, embora não seja subsidiária em face do credor, continua a ser acessória em relação à do devedor afiançado, com as respectivas consequências. Recordemos, por exemplo, que a fiança não é válida caso o não seja a obrigação principal (art. 632.º), e que o fiador, em princípio, pode opor ao credor os meios de defesa que competirem ao devedor (art. 637.º). Ora bem se sabe que tal não acontece na solidariedade passiva”.]

A fiança tem o conteúdo da obrigação principal e cobre as consequências legais e contratuais da mora ou culpa do devedor.

Almeida Costa – obra citada – pág. 746 – “Daqui se conclui, portanto, que a responsabilidade do fiador, salvo estipulação em contrário (art. 631º,nº1), se molda pela do devedor principal e abrange tudo aquilo a que ele está obrigado: não só a prestação devida, mas também a reparação dos danos resultantes do incumprimento culposo (art. 798º) ou a pena convencional que porventura se haja estabelecido (art. 810º)”.

Do exposto decorre que os oponentes são responsáveis, tal como os mutuários, pelo incumprimento da obrigação exequenda.

Decisão:

Nestes termos nega-se a revista.

Custas pelos recorrentes sem prejuízo do apoio judiciário com que litigam.

Supremo Tribunal de Justiça, 13 de Maio de 2008

Fonseca Ramos (relator)
Cardoso de Albuquerque
Azevedo Ramos