



Universidades Lusíada

Oliveira, Patrícia Quintas Silva Roque de, 1993-

A assunção cumulativa de dívida : uma forma velada de garantia?

<http://hdl.handle.net/11067/5909>

Metadados

Data de Publicação	2020
Resumo	<p>A presente dissertação debruça-se sobre a assunção cumulativa de dívida. Trata-se de uma temática que tem vindo a ser negligenciada no seio dos ordenamentos jurídicos, daí a sua escolha, demonstrando a sua evolução histórica e o caminho trilhado até à sua actual consagração na ciência normativa. Estamos no âmbito da modificação subjectiva do lado passivo da relação obrigacional, sem o recurso à extinção da mesma. Na assunção de dívida ocorre uma alteração da identidade da pessoa que até então fi...</p> <p>This dissertation lean over the cumulative debt assumption. It is a theme that has been neglected within the legal orders, hence its choice, demonstrating its historical evolution and the path followed until its current consecration in normative science. We are under the subjective modification of the liability side of the obligatory relationship, without recourse to its extinction. In the assumption of debt, there is a change in the person identity who until then appears as a debtor, on the co...</p>
Palavras Chave	Assunção de dívida - Portugal, Devedor e credor - Portugal, Garantia (Direito) - Portugal
Tipo	masterThesis
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ULL-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-04-26T07:41:21Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA

FACULDADE DE DIREITO

Mestrado em Direito

**A assunção cumulativa de dívida:
uma forma velada de garantia?**

Realizado por:

Patrícia Quintas Silva Roque de Oliveira

Orientado por:

Prof. Doutor José Alberto Rodriguez Lorenzo González

Constituição do Júri:

Presidente: Prof.^a Doutora Ana Bárbara Pina de Moraes de Sousa e Brito
Orientador: Prof. Doutor José Alberto Rodriguez Lorenzo González
Arguente: Prof. Doutor Manuel Januário da Costa Gomes

Dissertação aprovada em: 21 de Maio de 2021

Lisboa

2020



UNIVERSIDADE LUSÍADA

FACULDADE DE DIREITO

Mestrado em Direito

A assunção cumulativa de dívida:
uma forma velada de garantia?

Patrícia Quintas Silva Roque de Oliveira

Lisboa

Novembro 2020



UNIVERSIDADE LUSÍADA

FACULDADE DE DIREITO

Mestrado em Direito

**A assunção cumulativa de dívida:
uma forma velada de garantia?**

Patrícia Quintas Silva Roque de Oliveira

Lisboa

Novembro 2020

Patrícia Quintas Silva Roque de Oliveira

A assunção cumulativa de dívida: uma forma velada de garantia?

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Lusíada para a obtenção do grau de
Mestre em Direito.

Área científica: Ciências Jurídico-Civilísticas

Orientador: Prof. Doutor José Alberto Rodriguez
Lorenzo González

Lisboa

Novembro 2020

Ficha Técnica

Autora Patrícia Quintas Silva Roque de Oliveira
Orientador Prof. Doutor José Alberto Rodriguez Lorenzo González
Título A assunção cumulativa de dívida: uma forma velada de garantia?
Local Lisboa
Ano 2020

MEDIATECA DA UNIVERSIDADE LUSÍADA - CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

OLIVEIRA, Patrícia Quintas Silva Roque de, 1993-

A assunção cumulativa de dívida : uma forma velada de garantia? / Patrícia Quintas Silva Roque de Oliveira ; orientado por José Alberto Rodriguez Lorenzo González. - Lisboa : [s.n.], 2020. - Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Lusíada.

I - GONZALÉZ, José A.R. Lorenzo, 1965-

LCSH

1. Assunção de dívida - Portugal
2. Devedor e credor - Portugal
3. Garantia (Direito) - Portugal
4. Universidade Lusíada. Faculdade de Direito - Teses
5. Teses - Portugal - Lisboa

1. Delegation (Civil law) - Portugal
2. Debtor and creditor - Portugal
3. Security (Law) - Portugal
4. Universidade Lusíada. Faculdade de Direito - Dissertations
5. Dissertations, Academic - Portugal - Lisbon

LCC

1. KKQ816.7.O45 2020

“O melhor crédito é aquele para que não precisa de garantia.” – PETER BÜLOW ¹

¹ BÜLOW, Peter, *Recht der Kreditsicherheiten*, apud Januário Costa Gomes – GOMES, Manuel Januário Costa, *Assunção Fidejussória de Dívida – sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Coimbra: Almedina, 2000, pág. 38;

COSTA, Mariana Fontes da, *Assunção Cumulativa de dívida como meio de (garantia do) cumprimento*, in *Garantias das Obrigações: publicação dos trabalhos de Mestrado*, Coimbra: Almedina, 2007.

Agradecimentos

Muitas são as pessoas a quem, neste momento, quero agradecer por todo o seu contributo na elaboração deste projecto. É, sem sombra de dúvidas, um caminho arduamente solitário, mas o qual só foi possível trazer a bom porto com o carinho, apoio e companhia de todos aqueles que compõem a minha vida.

Antes demais, quero demonstrar o meu profundo agradecimento ao Exmo. Senhor Professor Doutor José Alberto González, que desde o meu primeiro ano de licenciatura me acompanha neste longo percurso, e sem o qual não teria sido possível concluir este projecto. Agradecer não só pelo encargo de orientar esta dissertação que me propus elaborar, mas acima de tudo, por toda a experiência, sabedoria, acompanhamento, apoio e a disponibilidade constante para discussão das diversas questões aqui suscitadas.

Um agradecimento sincero a todo o restante corpo docente e não docente da Universidade Lusíada de Lisboa, minha *alma mater*.

Um agradecimento especial, à Doutora Sandra Borralho de Oliveira e Sanches por todo o apoio, conhecimento e sabedoria, mas, acima de tudo, por toda a amizade ao longo desta nossa viagem conjunta.

Ao João, pelo incondicional apoio ao longo de toda a nossa vida, mas especialmente ao longo deste projecto, por me ter incentivado e motivado a abraçá-lo, mesmo quando parecia impossível de concluir e por todas as horas subtraídas de convívio que o mesmo causou.

Por fim, à minha Família, mas especialmente à minha Mãe, por tudo aquilo que representa na minha vida enquanto tal, mas, igualmente, por toda a mestria enquanto minha Mentora que foi e será ao longo de toda minha vida. Todo o agradecimento aqui expresso é incapaz de exprimir a honra de poder aprender com ela, acreditando e incentivando-me a embarcar nos meus projectos. Esta dissertação é dedicada especialmente a Ela.

Índice

Agradecimentos	II
Índice	III
Resumo	V
Abstract	VI

Capítulo I

1. Introdução	1
2. O estado da arte	3
3. A contextualização histórica	15
4. O contexto internacional	27
4.1. A solução alemã.....	27
4.2. A solução italiana.....	28
4.3. A solução espanhola	33

Capítulo II

5. A assunção de dívida	36
5.1. O regime geral	36
5.2. Os sujeitos.....	55
5.3. O objecto.....	57
5.4. A forma	60

Capítulo III

6. A assunção cumulativa de dívida	64
6.1. Noção e fins	64
6.2. A solidariedade	69
6.2.1. A solidariedade perfeita e os seus requisitos	73
6.2.2. A solidariedade imperfeita.....	81
6.3. Os pressupostos.....	90
6.3.1. O consentimento do credor: a ratificação	90
6.3.2. O consentimento do primitivo devedor	118

Capítulo IV

7. A distinção com figuras afins	122
7.1. O contrato a favor de terceiro	122
7.2. A promessa de liberação ou assunção em cumprimento	133
7.3. A fiança.....	141

Capítulo V

8. Posição adoptada: um olhar crítico.....	174
Conclusões.....	179
Bibliografia.....	181
Jurisprudência nacional	184
Jurisprudência internacional	187

Resumo

A presente dissertação debruça-se sobre a assunção cumulativa de dívida.

Trata-se de uma temática que tem vindo a ser negligenciada no seio dos ordenamentos jurídicos, daí a sua escolha, demonstrando a sua evolução histórica e o caminho trilhado até à sua actual consagração na ciência normativa.

Estamos no âmbito da modificação subjectiva do lado passivo da relação obrigacional, sem o recurso à extinção da mesma.

Na assunção de dívida ocorre uma alteração da identidade da pessoa que até então figura enquanto devedor, ao invés, na assunção cumulativa de dívida, esta alteração não se efectiva por meio de substituição, mas sim pela adjunção, pessoal e patrimonial, de um novo sujeito passivo, passando, este, a responder perante o credor, solidariamente com o devedor, reforçando, assim, as perspectivas de recuperação do crédito daquele.

Daí termos abordado com maior atenção as perigosidades presentes numa assunção cumulativa de dívida na sua finalidade mais imediata – ao visar nítidos fins de garantia – tentado responder às similitudes com a fiança, o que não deixa de ser arrojado, atendendo que em muitas situações da vida a assunção cumulativa de dívida releva-se um instituto bem mais penoso e dissimulado.

Ao longo do presente estudo, tivemos a, ainda, a preocupação de abordar as diversas polémicas existentes na doutrina, não só no seio do nosso ordenamento jurídico, como também em outros ordenamentos, de forma a problematizarmos o debate.

A estratégia de investigação que utilizaremos assenta numa metodologia baseada na análise de conteúdos e análise de jurisprudência.

Palavras-chave: assunção de dívida – adjunção – reforço – credor – devedor – assuntor – solidariedade – vinculação – garantia.

Abstract

This dissertation leans over the cumulative debt assumption.

It is a theme that has been neglected within the legal orders, hence its choice, demonstrating its historical evolution and the path followed until its current consecration in normative science.

We are under the subjective modification of the liability side of the obligatory relationship, without recourse to its extinction.

In the assumption of debt, there is a change in the person identity who until then appears as a debtor, on the contrary, in the cumulative assumption of debt, this is not effected by means of substitution, but by the addition personal and a patrimonial of a new taxable person, passing this, to answer to the creditor, jointly with the debtor, thereby increasing the credit recovery prospects.

That is why we have approached more closely the dangers in a cumulative assumption of debt in its most immediate purpose – by targeting clear assurance purpose– tried to respond to similarities with bail, which is still bold, given that in many situations of life, the cumulative assumption of debt is a much more painful and disguised institute.

Throughout this study, we are also concerned with addressing the various controversies existing in doctrine, not only within our legal system but also in other systems, in order to problematize the debate.

The research strategy that we will use is based on a methodology based on content analysis and jurisprudence.

Keywords: debt assumption – adjunction – reinforcement – creditor – debtor – *assumptor* – solidarity – linking – warranty.

Capítulo I

1. Introdução

“A Assunção Cumulativa de Dívida: Uma forma velada de garantia?” é o título da presente dissertação.

O interesse pelo tema deveu-se acima de tudo à capacidade *sui generis* desta figura que em regra passa despercebida no seio da legislação e doutrina portuguesas, não obstante assumir fins de garantia tão firmes, a ponto de ser reconduzida a diversos institutos jurídicos, como forma de reforço na recuperação do crédito.

A assunção cumulativa de dívida tem vindo a ser abordada como uma vera e própria transmissão singular de dívidas, tanto assim é que se encontra regulada no nosso actual Código Civil na secção atinente à transmissão singular de dívidas, quando na verdade não o é, descurando-se a sua relevância e potencial como garantia de cumprimento de uma obrigação.

Esta figura jurídica surgiu a partir do momento em que se começou a encarar o crédito como objecto de negócios, como forma de subterfúgio à *novatio* subjectiva, até então desenvolvida na sequência dos axiomas romanistas que encaravam a *obligatio* intimamente conectada com a pessoa do devedor.

Veja-se que, efectivamente a possibilidade de operar a mudança na pessoa que até então figura devedor de uma relação obrigacional, sem extinção ou alteração do conteúdo e identidade da obrigação, não é, de todo, uma ideia que se encare “de ânimo leve”. No entanto, e como veremos, desde que consentida, por quem de direito, nada obsta a que tal suceda.

Assim, apenas a partir dos séculos XV e XVI, com o desenvolvimento do tráfico mercantil, começou a surgir o interesse pelos meios de transmissão das obrigações, tornando-se, assim, a solução ideal para a expansão do comércio, nomeadamente o comércio marítimo.

Na sequência das diversas posições doutrinárias consultadas ao longo da elaboração do presente estudo, a assunção cumulativa de dívida continua a ser analisada como “resquício” da sua génese, sendo que a doutrina limita-se a abordar a sua distinção de figuras afins.

Daí, a intenção de, com o presente estudo visar-se a análise da assunção cumulativa de dívida, tratando-a e analisando-a na sua vertente garantística do cumprimento da obrigação.

Dito isto, decidimos estruturar o presente estudo da seguinte forma:

No Capítulo I, abordamos o regime geral da assunção de dívida, assim como as diversas modalidades que comporta, num contexto nacional e internacional, estudando a sua evolução histórica até aos dias de hoje, realçando o árduo caminho trilhado até vencer os (pré) conceitos impressos na Glosa.

O Capítulo II dedica-se às questões teóricas, começando pela própria noção de transmissão singular de dívida e a sua admissibilidade, o enquadramento jurídico do regime geral da assunção de dívida, percorrendo as diversas modalidades existentes, vicissitudes, conteúdo, forma, entre outros.

No Capítulo III fazemos o enquadramento jurídico da assunção cumulativa de dívida, propriamente dita, começando pela sua noção, os fins que visa, os seus pressupostos e a sua especial relação com o regime da solidariedade, dissecando as diversas posições doutrinárias assumidas, não só no seio da nossa legislação, mas também de legislações estrangeiras, de forma a problematizarmos o debate existente em torno das relações internas entre convededores.

O Capítulo IV reservamos, em especial, para a delimitação da assunção cumulativa de dívida com figuras jurídicas afins, concluindo e dando especial destaque à fiança, como figura afim de eleição, atendendo à acentuada proximidade com a assunção cumulativa de dívida, quando esta assume as vestes de garantia de cumprimento da obrigação.

O Capítulo V dedica-se à posição adoptada e a um olhar crítico quanto à inserção sistemática da assunção cumulativa de dívida no Código Civil português, pela diminuta relevância que ainda lhe é dada como meio de reforço de cumprimento da obrigação *maxime* como uma vera e própria garantia.

É que, trata-se de uma figura que a maioria das vezes passa despercebida, o que contrasta com sua magnitude e risco, quando assumida totalmente no anonimato de tais perigosidades.

Por fim, na conclusão e de forma resumida damos resposta às diversas discussões doutrinárias existentes sobre o tema.

O acordo ortográfico da língua portuguesa não foi observado na elaboração da presente dissertação.

2. O estado da arte

No ordenamento jurídico português o instituto da assunção de dívida é actualmente reconhecido pela doutrina e jurisprudência, tendo expressa consagração no disposto nos artigos 595.º a 600.º do actual Código Civil.

No entanto, embora seja uma figura especialmente prevista do ordenamento jurídico, não tem sido objecto de atenção detida por parte de doutrina portuguesa, surgindo apenas enunciados os principais traços do regime do instituto. Mais concretamente, esta falta de análise detida é manifesta a propósito da modalidade da qual nos queremos ocupar no presente estudo: a assunção cumulativa de dívida, *maxime* a assunção cumulativa em garantia.

Apesar de esta modalidade estar prevista na segunda parte do n.º 2 do artigo 595.º do Código Civil, a atenção que mereceu junto da maioria da nossa doutrina e do próprio legislador tem sido bastante escassa, desde logo na forma de exposição e organização da temática no próprio diploma, uma vez que é tratada enquanto mero corolário da própria modalidade, bem como encarada enquanto mecanismo de transmissão singular de dívidas, ao invés de ser tratada enquanto instituto autónomo.

O regime geral da assunção de dívida, enquanto mecanismo de transmissão singular de débitos, está, como já referido, expressamente previsto no actual nosso Código Civil, com a sua entrada em vigor em 1966. No entanto, e como será oportunamente desenvolvido, nem sempre foi assim.

No anterior Código Civil de 1867, o ordenamento jurídico português estava ainda, como aliás os demais ordenamentos jurídicos vizinhos, fixo aos argumentos ontológicos provindos do Direito Romano, que entendiam que a essência da obrigação residia na identidade das partes, sendo por isso inadmissível qualquer tipo de transmissão que não por meio novativo.

Ora, foi isto mesmo que foi unicamente replicado (pelo menos de forma expressa) no Código Civil de 1867, em que o único meio susceptível de produção da modificação subjectiva do lado passivo da relação obrigacional, era por meio de novação, implicando, no entanto, não só a alteração da identidade da pessoa que figurava enquanto devedor, bem como do conteúdo e identidade da própria obrigação.

Ocorre, no entanto, que, com iremos oportunamente abordar, esta ideia de intransmissibilidade singular de dívidas não colhia face à constante evolução a nível dos diferentes ordenamentos jurídicos estrangeiros, nomeadamente a nível do Direito transalpino

e, igualmente, no plano germânico, os quais foram os pioneiros para algumas das mais importantes revoluções a nível jurídico, nomeadamente, para a consagração expressa do tema aqui proposto estudar, a assunção de dívida.

Assim, e com a necessidade de uma reforma ao Código Civil de 1867, pôs-se em marcha os trabalhos preparatórios para a sua sucessão, com os anteprojectos de Adriano Paes da Silva Vaz Serra, merecendo distinto e reconhecido protagonismo o tema da transmissão singular de dívidas, como resposta às necessidades prementes que se faziam sentir em alternativa à novação subjectiva.

Nesta senda, Vaz Serra propôs para o nosso actual Código Civil, a consagração expressa de forma tripartida do instituto da assunção de dívida, seguindo parcialmente o exemplo do Direito transalpino, distinguindo as figuras da *delegazione*, *espromissione* e assunção de dívida ¹ (próxima do *acollo* italiano).

No entanto, e como teremos oportunidade de ver esta proposta não foi, no entanto, total e expressamente acolhida pelo legislador português ², tendo o Código Civil de 1966, à

¹ E sobre esta figura distinguiu Vaz Serra três modalidades:

- (i) promessa de cumprimento/liberação ou assunção de cumprimento (*Erfüllungsübernahme*), a qual corresponde ao contrato celebrado entre promitente (assuntor) e promissário (devedor originário) onde, nos termos do qual, o promitente se obriga perante o promissário a cumprir a prestação devida por este perante o credor. Cabe notar que sob o prisma desta figura, o promitente se obriga exclusivamente perante o devedor, nunca perante o credor, pelo que, apenas este poderá exigir o cumprimento da promessa efectuada (alcance meramente interno entre promitente e promissário);
- (ii) assunção cumulativa de dívida, sobre a qual o credor vê as suas chances de cumprimento da prestação devida multiplicadas, uma vez que ganha o direito ao cumprimento pela entrada de um novo devedor (assuntor), permanecendo o primitivo devedor vinculado;
- (iii) assunção liberatória de dívida, por força da qual o terceiro que entra neste enredo de direitos e obrigações (assuntor) substitui o devedor ao cumprimento da prestação devida por este, ficando assim exonerado, desde que expressamente consentido pelo credor.

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *Novação, Expromissão, Promessa de Liberação e Contrato a Favor do Credor, Delegação e Assunção de Dívida – Boletim do Ministério da Justiça n.º 72*, Janeiro de 1958, pág. 189, nota de rodapé (1).

² Entendemos que uma das razões que levou o legislador português a rejeitar, parcialmente, a “solução” italiana em face da preconizada no seio do BGB, na Alemanha, terá sido pelo facto da figura do *acollo*, à luz do ordenamento jurídico italiano, não exigir a ratificação por parte do credor, mas sim a sua mera adesão ao acordo anteriormente celebrado. Desta forma, e como iremos oportunamente abordar, sendo a

semelhança do BGB, consagrado apenas o regime da transmissão singular de dívidas sob o prisma de uma só categoria, a assunção de dívida, a qual foi delineada sobre a terceira proposta apresentada por Vaz Serra, no seu anteprojecto.

No entanto, e como iremos oportunamente abordar, por força do princípio da autonomia privada, é possível retirar, do Código Civil português, as três formas previstas no Direito transalpino, ressalvando, todavia, certas posições doutrinárias equidistantes quanto à admissibilidade do instituto da delegação no nosso ordenamento jurídico.

Mas, ultrapassadas estas disposições introdutórias, a figura jurídica da assunção de dívida conforme se encontra plasmada nos dias de hoje na nossa legislação, é um corolário do princípio da vontade e liberdade contratual, plasmado no disposto no artigo 405.º do Código Civil, pois caracteriza-se na celebração de um negócio jurídico, no qual surge um terceiro (assuntor) que assume a obrigação do devedor como sua, exonerando-o ou não do cumprimento da mesma.

De acordo com o Antunes Varela:

*“Como o próprio nome indica, a assunção de dívida é a operação pela qual um terceiro (assuntor) se obriga perante o credor a efectuar a prestação devida por outrem. A assunção opera uma mudança na pessoa do devedor, mas sem que haja alteração do conteúdo, nem da identidade da obrigação.”*³.

Verifica-se assim que esta especial figura jurídica permite a modificação subjectiva do lado passivo da relação, sem que, para tal, ocorra a alteração da obrigação em si, mantendo a sua identidade e carácter.

Se assim não o fosse, o mesmo seria inexecutável nos dias de hoje, principalmente na *praxis* comercial, em que todos os dias são contraídos encargos para a aquisição e

ratificação o acto necessário à perfeição do contrato de assunção de dívida e, por consequência, o seu elemento constitutivo, o acordo carece de perfeição na sua eficácia externa, isto é, perante o credor.

Assim, segundo este instituto jurídico do Direito italiano, o negócio apenas se torna irrevogável ao credor após a sua adesão.

Ora, nesta senda, considerou o legislador português (e bem, do nosso ponto de vista) ser essencial à figura da assunção de dívida entre condevedores o acto de ratificação por parte de quem de direito, o credor. Concedendo-lhe, a eficácia do negócio retroage *ex tunc*, isto é, retroage à data da sua celebração.

Tal solução, foi instituída em 1900 pelo Código Civil alemão (BGB) no seu § 415 e posteriormente adoptada pelo legislador português na redacção ao nosso actual Código Civil, aquando da sua entrada em vigor em 1966.

³ VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral, Vol. II*, Coimbra: Almedina, Janeiro de 2020, 13.ª reimpressão da 7.ª ed. de 1997, pág. 361.

desenvolvimento de novos bens/direitos sem que, para tal, sejam as partes forçadas a extinguir a relação jurídica existente dando lugar a uma nova obrigação, como anteriormente sucedia, em que a *novatio* subjectiva era o único “escape” para que se pudesse proceder a uma alteração dos sujeitos da relação jurídica, nomeadamente do lado passivo ⁴.

Veja-se o caso em que A pretende alienar um bem imóvel de que é o único proprietário e sobre o qual incide e se encontra registada uma hipoteca voluntária a favor do Banco X, a qual se destinou a garantir o cumprimento do contrato de crédito celebrado aquando a aquisição por A do referido imóvel e cujo montante em dívida à presente data ainda subsiste por liquidar parcialmente. Ora, B, potencial comprador do referido bem imóvel, pode estar interessado em que o negócio seja celebrado com o ónus relativo à hipoteca, transferindo para si esse encargo, desde que, claro, o Banco X consinta na respectiva transmissão, nomeadamente após aferir da solvabilidade de B.

Se não existisse este mecanismo jurídico de transmissão singular de dívidas, nomeadamente da assunção de dívida, actualmente instituída no nosso ordenamento jurídico (bem como na maioria dos ordenamentos dos Estados que partilham a mesma herança romano-germânica), ter-se-ia, no momento da celebração do negócio entre A e B, obrigatoriamente que proceder à extinção da relação existente entre A e o Banco X e proceder à constituição de nova obrigação com B (ressalve-se que, poderá tal cenário ocorrer. No entanto, havendo a figura jurídica da transmissão singular de dívidas, não é a novação o único regime instituído para a solução do “problema”).

No mesmo sentido vai Antunes Varela ao dar a título de exemplificação os seguintes cenários:

“Contraem-se a cada passo dívidas para promover a conservação ou valorização de determinadas coisas, móveis ou imóveis, ou para assegurar a exploração económica de certas universalidades. Se o titular da coisa ou da universalidade pretender aliená-las logo em seguida, pode convir ao alienante, e não desagradar ao adquirente, transmitir aquelas

⁴ É algo perfeitamente legítimo, pois como bem sabemos estamos no domínio do Direito obrigacional, vigorando o princípio da autonomia privada, com o qual, as partes podem estabelecer o que entenderem desde que o mesmo não seja contrário à lei e aos bons costumes. Assim:

“As partes podem, na verdade, querer que uma dívida se transfira do devedor para outrem, sem transmissão concomitante dos bens do devedor. Por outro lado, assim como podem querer substituir o devedor, criando uma nova obrigação, podem também querer substituir o devedor, mantendo-se a obrigação existente. E, não havendo razões de ordem pública, que se oponham a que estes resultados se produzam, não deve recusar-se legitimidade à assunção de dívida.” – Vaz Serra, ob. cit., pág. 16-17.

*dívidas ao mesmo tempo que as coisas a que elas respeitam. O vendedor do prédio pode estar interessado em transferir para o comprador o encargo das despesas com as benfeitorias que nele introduziu. O comprador do bar-restaurant pode querer chamar a si a promessa feita pelo vendedor de celebrar certo contrato de fornecimento com uma fábrica de refrigerantes.”*⁵.

Podemos afirmar que os exemplos supra são, sumariamente e sem grandes obstáculos, a ilustração típica da figura da assunção de dívida (liberatória).

Ocorre, no entanto, que esta alteração da pessoa que subjaz enquanto devedor da relação jurídica obrigacional pode nem sempre ocorrer na forma de substituição em si mesma. Ou seja:

- (i) a assunção de dívida pode operar no sentido de efectivamente ocorrer uma substituição na pessoa que figura devedor da relação obrigacional e, nesta situação, ocorre uma assunção liberatória, primitiva ou exclusiva de dívida (correspondente à modalidade prevista no § 414 ou no § 415, I, ambos do BGB: *Schuldübernahme*; correspondente à modalidade prevista no artigo 1273.º do *Codice Civile: acollo privato*; e, ainda, correspondente à *novación modificativa*, prevista no *artículo* 1.205 do Código Civil espanhol), pois, como o próprio nome indicia, libera-se o devedor do vínculo obrigacional pela entrada do assuntor, assumindo este a dívida como sua. São as situações plasmadas no n.º 1 do disposto no artigo 595.º do Código Civil português. Nesta situação, ocorre efectivamente uma transmissão singular de dívida, pois há uma transferência da prestação devida da esfera jurídica do devedor originário para a titularidade do assuntor.

No entanto, esta modalidade liberatória só terá lugar havendo expressa declaração do credor nesse sentido.

Para melhor compreensão, veja-se o exemplo referido por Carneiro Pacheco: “*A emprestou 500\$ a B. Este vendeu por 500\$ um prédio a C. Quando assim fosse, A teria dois meios de proporcionar a B a possibilidade de se desonerar, sem deslocação de numerário e sem constituição de nova obrigação: um era*

⁵ VARELA, João de Matos Antunes, *ob. cit.*, Vol. II, pág. 359, na sequência de decisão objecto de apreciação por parte do Tribunal de Justiça Federal da Alemanha (BGH), em sentença de 11/02/1963, na NJW, 63, pág. 900.

*aceitar a transmissão do crédito de B sobre C (cessão de crédito); outro era consentir na transmissão de dívida feita por B a C (assunção de dívida).”*⁶.

- (ii) a assunção de dívida pode, no entanto, operar no sentido de um terceiro assumir como sua uma dívida existente, mas sem que tal desonere o primitivo devedor, ficando assim “taco a taco” com este, contribuindo para a “equação” com a entrada do seu património.

Nesta situação ocorre uma assunção cumulativa, co-assunção, adjunção, assunção multiplicadora ou reforçativa da dívida, ou ainda, como conhecida pelos alemães “adesão à dívida” (correspondente à modalidade prevista no § 415, II do BGB: *Schuldbeitritt*; correspondente à modalidade prevista no artigo 1273.º do *Codice Civile: acollo cumulativo*; e, ainda, correspondente à *asunción acumulativa*, por via da *novación modificativa*, prevista no *artículo 1.205* do Código Civil espanhol), vendo o credor as suas hipóteses de recuperação do crédito duplicadas, uma vez que poderá obter a sua prestação através de “duas fontes”, visto que o assuntor é colocado ao lado do devedor originário, tal qual como se de um devedor solidário se tratasse.

Nas ilustrativas palavras de Philipp Heck, traduzidas por Januário Costa Gomes:

*“(...) o credor fica na posição de um “pachá jurídico”, atenta a posição confortável em que fica investido.”*⁷.

Esta não liberação do primitivo devedor poderá ocorrer pelo motivo mais comum: o não consentimento do credor em desvincular o devedor por v.g. não crer na solvabilidade do assuntor. No entanto, nada o impede de aceitar a inclusão do património que lhe é “oferecido” para cumprimento da obrigação.

Contudo, e como já foi referenciado, nesta modalidade não há qualquer transmissão da prestação devida, pois o primitivo devedor continua subjugado no enredo das obrigações anteriormente constituídas, não havendo qualquer tipo de sucessão ao assuntor.

⁶ PACHECO, António Faria Carneiro, *Da sucessão singular nas dívidas*, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1912, pág. 1.

⁷ GOMES, Manuel Januário da Costa, *ob. cit.*, pág. 101.

São estas as duas modalidades encontradas pela maioria da doutrina portuguesa para qualificar o instituto da assunção de dívida.

No entanto, entre nós, Januário Costa Gomes, inspirado por correntes doutrinárias oriundas da Alemanha, entende ainda existir uma terceira modalidade qualificativa da figura:

- (iii) a assunção liberatória com reserva de garantia, prevista no disposto no artigo 600.º do Código Civil português, a qual, conclui ser uma ressalva com uma “*feição peculiar*”⁸, uma vez que opera com a intenção, digamos, de “colete salva vidas” em caso de insolvência do assuntor. Ou seja: opera desde logo o regime liberatório previsto no n.º 1 do artigo 595.º do Código Civil, desonerando-se assim o primitivo devedor da obrigação. No entanto, fica clausulado pelas partes, no momento da celebração do negócio – contrato de assunção de dívida – que, em caso de situação de insolvência (futura) do novo obrigado, é accionada a possibilidade ao credor de chamar à colação o primitivo devedor, ora liberado, e, conseqüentemente, o seu património para a satisfação da prestação que lhe é devida.

Refere Januário Costa Gomes que, apesar desta figura não ter sido definida no sistema das garantias, é uma boa alternativa à fiança.

Assim, conclui-se o seguinte:

- (i) a assunção de dívida pode assumir-se numa das seguintes modalidades: liberatória ou cumulativa (previstas no disposto no artigo 595.º, n.ºs 1 e 2 do Código Civil, respectivamente), ou, ainda, liberatória com reserva de garantia (prevista no disposto no artigo 600.º do Código Civil);
- (ii) a assunção de dívida pode ter como modo de realização:
 - a. o contrato celebrado entre o primitivo e o novo devedor, desde que ratificado pelo credor (alínea a) do n.º 1 do disposto no artigo 595.º do Código Civil, correspondente à modalidade prevista no § 415, I do Código Civil alemão), denominada por Menezes Leitão enquanto “*assunção interna*”⁹, pois opera entre os condevedores, e, a qual, na prática se traduz numa intervenção tripartida;

⁸ GOMES, Manuel Januário Costa, *ob. cit.* 104-105.

⁹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações, Vol. II*, Coimbra: Almedina, 2018, 12.ª ed., pág. 51.

- b. ou o contrato celebrado entre o novo devedor e o credor, com ou sem o consentimento do primitivo devedor (alínea b) do n.º 1 do disposto no artigo 595.º do Código Civil e correspondente à modalidade prevista no § 414 do Código Civil alemão), denominada por Menezes Leitão enquanto “*assunção externa*”¹⁰, a qual, se traduz, na prática, numa intervenção que a lei apenas exige que seja bilateral, pois o consentimento do primitivo devedor é desnecessário.

Deste modo, encontramos enquanto sujeitos desta relação controvertida, o credor, o primitivo devedor e o novo indivíduo que encabeça a figura de assuntor da prestação devida pelo último.

Contudo, nesta senda, e conforme se constata pela leitura do próprio artigo 595.º do Código Civil, o consentimento do credor no caso da assunção ocorrer por contrato entre o “*antigo devedor e o novo devedor*” (expressão adoptada pelo legislador e com a qual Januário Costa Gomes tece duras críticas, afirmando que: “(...) “*antigo devedor*”, como *prefere dizer, de forma duvidosa, o art. 595/2, abarcado illogicamente o caso em que o primeiro devedor não é o antigo porque devedor continua a ser (...)*”¹¹) é elemento fulcral para a liberação do primitivo devedor da relação obrigacional, sob pena de, não existindo tal manifestação expressa, ficar retido nesta teia de obrigações, não desvinculando assim o seu património, cabendo “apenas”¹², sob estas condições, lugar à modalidade de assunção cumulativa de dívida.

Ora, e na senda de uma assunção cumulativa de dívida, questão que desassossega a doutrina reside em saber se perante esta modalidade ainda se justifica a obrigação quanto a este elemento de consentimento por parte do credor, visto que, à partida, liberação nenhuma há-de ocorrer.

Sobre esta questão a doutrina divide-se quanto a saber se se mantém tal exigência.

A qual se poderá traduzir, à partida, na figura jurídica da delegação, por força do princípio da autonomia privada, quando o credor intervenha directamente no contrato de assunção de dívida. No entanto, e como veremos dependerá sempre da finalidade intentada pelas partes.

¹⁰ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações, ob. cit.*, pág. 51.

¹¹ GOMES, Manuel Januário Costa, *ob. cit.*, pág. 104-105, nota de rodapé (434).

¹² Expressão utilizada por grande parte da doutrina (erradamente) para depreciar a figura da assunção cumulativa tal como se de uma mera consequência do regime liberatório se tratasse.

A incerteza quanto a esta questão é suscitada pois, considerando que nesta modalidade e uma vez que se mantém cativo o património do primeiro devedor, reforçando assim as esperanças do credor de recuperação de crédito por ter ocorrido uma duplicação de patrimónios, tal consentimento por parte do credor poderia, ou não, ser um pressuposto meramente redundante.

Como já referido, a dúvida quanto ao consentimento do credor na presença de um contrato entre “*o antigo e o novo devedor*”, reside na assunção cumulativa de dívida, pois poder-se-á tornar um elemento dispensável, uma vez que a “*situação do credor não piora*”¹³.

É este o entendimento de Vaz Serra, na redacção ao seu anteprojecto ao actual Código Civil, fundamentando que perante uma assunção cumulativa de dívida pelo facto de o primitivo devedor permanecer cativo à obrigação, demonstra-se o consentimento do credor, (para a validade do negócio jurídico) elemento perfeitamente prescindível pelo facto de a sua situação nunca piorar. É neste sentido que vai o autor, inspirado pelas dominantes correntes doutrinárias alemãs, sustentando que em nada é preciso a adesão do credor.

No entanto, Antunes Varela e outros autores que partiram da sua visão, defendem acerrimamente que, qualquer que seja a modalidade de assunção de dívida, o consentimento do credor deverá sempre ser tido em conta enquanto elemento fulcral para que a assunção de dívida possa ter eficácia, sustentando todo o seu raciocínio com base no princípio do contrato, no qual:

*“(...) a ninguém pode, em princípio, ser imposto um benefício (contra a sua vontade), e em coerência com o chamado princípio do contrato, a própria assunção cumulativa não será eficaz enquanto o credor não lhe der a sua anuência (art. 595.º, 1, alínea a).”*¹⁴.

Sobre este ponto, veremos mais à frente que esta aparente questão quanto ao consentimento do credor enquanto elemento (im)prescindível para garantir a validade do negócio jurídico de assunção cumulativa de dívida, não é afinal tão banal, revelando estar vinculada a questões de maior complexidade, como a promessa de libertação ou assunção em cumprimento.

Assim, concluímos consistir a assunção cumulativa de dívida no reforço das garantias do credor, não implicando isso o direito a uma dupla prestação, mas sim o direito criado na esfera jurídica do credor de poder obter a satisfação do seu crédito por meio de “duas fontes”

¹³ SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *ob. cit.*, pág. 192, nota de rodapé (1).

¹⁴ VARELA, João de Matos Antunes, *ob. cit.*, Vol. II, pág. 373-374.

¹⁵: a esfera patrimonial do devedor originário e a esfera patrimonial do assuntor, que se ofereceu e disponibilizou para se colocar em igual posição à do seu “comparte”, tal como se de uma relação solidária se tratasse.

A figura da assunção cumulativa de dívida distancia-se então da “típica” assunção liberatória por conferir ao credor um reforço das suas perspectivas de recuperação do seu crédito.

No entanto, dúvidas se levantam quanto ao regime aplicável a esta tão olvidada figura: será que a verdadeira intenção do legislador foi subsumir a assunção cumulativa na integra ao regime da solidariedade passiva? Ou será que nada nos faz lembrar este tão ambicionado reforço do cumprimento da obrigação (o qual, como veremos, se traduz no fim mais imediato deste instituto) e poder-se-á traçar um eixo de ligação com o tão invejável instituto da fiança?

Independente da conclusão a que chegemos, verdade porém é a seguinte: em situações enevoadas pela dúvida perante uma relação fidejussória de dívida ou uma assunção cumulativa de dívida (em garantia), e uma vez se considerar sem qualquer sombra de dúvida ser a última mais perigosa e tenebrosa, principalmente na *praxis* bancária ¹⁶, parece-nos traiçoeira a ideia “régua esquadro” desenvolvida a propósito da assunção cumulativa *versus* fiança.

Ainda nas relações internas entre devedor e assuntor, parece-nos haver uma questão que, ainda que aparentemente não suscite quaisquer problemas que necessitem de dissecação, ao focarmos a nossa análise vemos que suscitam diversas discussões ao nível doutrinário: o regime da solidariedade aplicável à assunção cumulativa de dívida.

Dúvidas não restam quanto à aplicabilidade do regime da solidariedade à figura da assunção cumulativa de dívida, sendo aliás esta uma consequência inevitável quando não se alcança o tão desejado consentimento do credor de exonerar o primitivo devedor, dando-se início então à operação da assunção cumulativa de dívida que activa, por sua vez, o regime da solidariedade entre condevedores.

¹⁵ MONTEIRO, Joana Pinto, *A Assunção Cumulativa de Dívida*, Dissertação Garantias das Obrigações, Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, Setembro de 2006, pág. 12.

¹⁶ Veja-se que, perante o confronto de cumprir com a obrigação, o fiador responde por uma dívida *de outrem*, assumindo uma obrigação acessória e, à partida, subsidiária dependente da obrigação principal; enquanto o assuntor responde por dívida que assumiu como *sua*, respondendo do “*mesmo modo que se tivesse conhecido pessoalmente a obrigação*” (SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *ob. cit.*, pág. 192, nota de rodapé (1).], sem quaisquer hipóteses de salvaguarda acessória e subsidiária, como oportunamente iremos abordar.

No anteprojecto ao nosso actual Código Civil, Vaz Serra partiu da linha de entendimento perflhada nos ordenamentos jurídicos alemão, suíço e italiano que consideravam, nas respectivas legislações civis, que “*se o devedor e um terceiro convencionam que este assuma a dívida daquele e não há liberação do devedor, este fica obrigado solidariamente com o terceiro*”.

Vaz Serra concluiu assim que, assunção cumulativa de dívida “*(...) se afigura razoável: se um novo devedor se obriga para com o credor, sem delegação do antigo devedor, e o credor não exonera este devedor, deve este continuar obrigado como já o estado e, portanto, pela prestação integral, e aquele é de presumir que quer obrigar-se in solidum.*”¹⁷.

No entanto, e como referimos a questão que leva a uma maior problematização junto da doutrina, reside em saber se nos termos desta relação interna, esta solidariedade está totalmente submissível ao seu regime geral ou, em alternativa, apresenta-se enquanto uma solidariedade imperfeita ou aparente.

Em Portugal, o exemplo é claro entre autores como Januário Costa Gomes. Para Januário Costa Gomes, não há razão para dissecar o regime da solidariedade em “perfeita” e “imperfeita”, construindo todo o seu raciocínio numa lógica argumentativa que o legislador ao traçar o regime (geral e único) da solidariedade previu todas as situações que poderiam estar ao abrigo deste, tipificando-a com “*amplitude e elasticidade bastantes para se adequar (...) às várias situações obrigatorias.*”, afirmando ainda mais à frente que “*(...) o caso da assunção cumulativa de dívida – não fornece, assim, qualquer suporte para a autonomização de situações de solidariedade imperfeita.*”¹⁸.

No entanto, em linha de pensamento imediatamente oposta vão as exposições argumentativas de Antunes Varela, Menezes Leitão e Almeida e Costa ao considerarem que o regime jurídico presente no disposto no n.º 2 do artigo 595.º não retracta um verdadeiro regime de solidariedade passiva, uma vez que não está no espírito da norma submeter este regime a todo o regime da solidariedade passiva, mas sim a parte dele. Menezes Leitão ao analisar esta questão refere que:

¹⁷ SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *ob. cit.*, pág. 194-195.

¹⁸ GOMES, Manuel Januário da Costa, *ob. cit.*, pág. 256-257.

“(…) parece claro que a solidariedade aqui consagrada não se ajusta ao regime legal da solidariedade perfeita, consagrada nos arts. 512º e ss., constituindo antes um caso de solidariedade imperfeita (…)”¹⁹.

Independente da conclusão a que chegemos, verdade porém é que a resposta a estas questões se prende, não só como a finalidade pretendida pelas partes no tocante à vontade de se associarem a esta relação obrigacional, fazendo recair sobre si o constante e inerente risco de suportar o cumprimento da obrigação após a solicitação do credor, bem como, e como aliás em todas as demais situações no mundo do Direito, a interpretação das declarações negociais, isto é, a real e verdadeira intenção das partes.

Pretende-se assim demonstrar que a assunção cumulativa de dívida é bem mais que um mero corolário do regime geral, justificando-se a sua autonomização face a este, por cada vez mais no nosso quotidiano, principalmente na *praxis* bancária, se reconduzir esta figura a outros institutos jurídicos, precisamente pela função de reforço de garantia do cumprimento da obrigação, apresentando-se como alternativa às demais garantias comumente utilizadas, no entanto, sob as vestes de uma “*forma velada de garantia*” por, precisamente, estar “cativa” ao regime geral da transmissão singular de dívidas.

¹⁹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pág. 60.

3. A contextualização histórica

A possibilidade da transmissão singular de dívidas encontra-se actualmente reconhecida em grande parte dos ordenamentos jurídicos que partilham a sua herança nas raízes romano-germânicas, por meio de negócio jurídico *inter vivos*.

Ocorre, no entanto, que, apesar de efectivamente nos dias de hoje se consagrar em diversos ordenamentos jurídicos, nem sempre foi assim.

Retrocedendo ao Direito Romano, a doutrina que dedicou os seus estudos ao tema da sucessão singular de dívidas, parece não ter uma opinião unânime quanto ao saber se os romanos conheceram ou não este instituto, devido à pouca clareza e incisão dos textos da época²⁰.

No entanto, a maioria da doutrina afirma veementemente que, no primitivo Direito Romano se negava a possibilidade de sucessão dos vínculos obrigacionais, quer do lado passivo quer do activo da relação obrigacional, admitindo apenas a alteração do fenómeno sucessório em situações *mortis causa*²¹, a título universal, traduzindo-se no facto de “o

²⁰ E, sobre esta ténue divergência doutrinária e em breves linhas, escreve Ney Ferreira, apoiando-se em diversas obras, que autores como Salpius, Gide e Danz, sustentaram o seu raciocínio no facto de, não só terem conhecido os romanos o instituto da transmissão singular de dívidas, como o aplicaram melhor que nos tempos modernos. Numa tónica de contextualização refere ainda o autor as concepções de Gide sobre a temática, no Direito Moderno francês:

“Para PAUL GIDE (*Études sur la Novation*), a novação no direito francês posterior ao Código de Napoleão nada tem de comum com a novação do direito romano. A novação em direito romano seria, na expressão de GIDE, uma «novation-transport», operando uma verdadeira sucessão a título particular da obrigação; a novação do direito francês codificado seria uma novação-substituição, operando a extinção da antiga dívida e a constituição em seu lugar duma dívida nova (Cf. RAYMOND SALEILLES, *De la Cession de Dettes*, em *Annales de Droit Commercial Français, Étranger et International*, Paris, 1890, parte de doutrina, p. 1). Ainda segundo PAUL GIDE, só a partir de JUSTINIANO o animus novandi passou a ser um requisito essencial à novação (cf. ALFONSO DE COSSIO Y CORRAL, *La Transmisión Passiva de las Obligaciones, a Título Singular*, em *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, ano I, 1943, p. 191).” – FERREIRA, José Carlos Ney, *Da Assunção de Dívidas*, Maputo: Minerva Central Lourenço Marques, 1973, pág. 20.

²¹ Segundo as quais, Roldão de Freitas Gomes refere o conceito de sucessão defendido por Niccolò: “(...) está ligada ao pressuposto de fato da morte de uma pessoa física e, de um modo mais geral, ao pressuposto da extinção de um sujeito.” – GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *Da Assunção de Dívida e sua Estrutura Negocial*, Rio de Janeiro: Liber Juris, 1982, pág. 19.

*sucessor recebe o complexo, unilateralmente considerado, das relações jurídicas do antecessor”*²².

Esta posição dos jurisconsultos romanos conceberem os vínculos obrigacionais enquanto realidade estanque, exceptuando apenas a sucessão *mortis causa*, na qual justificavam a sua pretensão alegando a “*continuação da personalidade do cius no herdeiro*”²³, funda-se pelo facto da doutrina, à época, encarar unanimemente estar a essência da obrigação na identidade das partes, a qual, sempre que sofresse uma mutação subjectiva gerava-se uma “*perda da identidade creditícia da obrigação*”²⁴.

Sobre tal representação, refere Mota Pinto ser:

“(…) *um preconceito ilógico ou, possivelmente, um quadro mental, forjado como resquício da originária execução pessoal do devedor, anterior à celeberrima Lex Poetelia, em aliança com o carácter formal do acto constitutivo das obrigações.*”²⁵.

Assim, conclui-se que no primitivo Direito Romano, durante séculos se entendeu que a identidade da obrigação recaía sobre a pessoa do devedor (e do seu *corpo* no verdadeiro sentido da palavra, devido ao *nexum*²⁶). A *obligatio* estabelecia-se essencialmente *intuitus personae*.

Importa esclarecer que o conceito de *obligatio* e o seu vínculo foram palco de grandes alterações derivadas das evoluções históricas existentes ao longo do período do Direito Romano e esta concepção personalista a que nos referimos, é precisamente o primeiro contacto com o qual desemboca o pensamento jurídico romano no tocante ao vínculo obrigacional.

A origem da *obligatio* romana remonta aos tempos precedentes das instituições de Justiniano, onde, apesar de se considerar ser a época da história do Direito Romano onde o ordenamento jurídico atinge a sua magnitude, e, onde, na qual ficou considerada como marco a definição de *obligatio*, (“*A obrigação é um vínculo do direito pelo qual estamos*

²² GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *ob. cit.*, pág. 20.

²³ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Cessão da Posição Contratual*, Coimbra: Almedina, 2003, reimpressão, pág. 52, nota de rodapé (1).

²⁴ COSTA, Mariana Fontes da, *ob. cit.*, pág. 365.

²⁵ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *ob. cit.*, pág. 52.

²⁶ Acordo pelo qual prestava o devedor, enquanto garantia, a escravidão de si próprio. E, sobre este acordo, escreveu Ney Ferreira:

“(…) *Lex Poetilia Papiria de nexis, de 26 a.C., que proibia o auto-empenhamento da pessoa e apenas permitia o nexum sob a forma de stiplutaio pecuniária (…)*” – FERREIRA, José Carlos Ney, *ob. cit.*, pág. 25.

necessariamente adstritos a pagar uma coisa a alguém, segundo os direitos da nossa cidade.”), esta definição não consiste na sujeição material da pessoa do devedor ao credor a que nos referimos. Ao invés, traduz-se na ideia de desobrigação do devedor na condição da realização de uma prestação a favor do credor.

A *obligatio* romana a que nos referimos, sobre a qual ocorre a sujeição material da pessoa do devedor na relação jurídica obrigacional, remonta aos tempos primordiais onde se discutia a verdadeira origem da obrigação e, sobre a qual, a doutrina diverge sobre as verdadeiras fontes da mesma ²⁷.

Assim, nos primórdios do Direito Romano, a *obligatio* traduzia-se na ideia de apoderamento do devedor, da sua própria pessoa, mas não enquanto pena aplicada como meio de satisfação dos direitos violados, mas como meio coercivo prévio, isto é, como forma de forçar o devedor ao cumprimento da prestação, tal como de uma garantia se tratasse.

Nas palavras de Ney Ferreira:

“Os romanos concebiam, pois, a obrigação como vínculo pessoal que ligava o devedor ao credor de tal modo que os poderes que a ordem jurídica facultasse a este sobre o património daquele derivavam dos poderes jurídicos que lhe cabiam sobre a própria pessoa do devedor.” ²⁸.

Na sintética concepção de Carneiro Pacheco:

“Relação iminentemente pessoal, a obrigação implica assim conexão absoluta da individualidade dos contraentes, sendo a sua essência dada com igual força e necessidade pela prestação devida, abstractamente considerada, e pelo facto de ella respeitar, pelo lado

²⁷ Havendo quem considere que a *obligatio* surge sobre organizações estruturais (as conhecidas *familiaes*), as quais possuíam uma estrutura e organização internas e, decorrente dos relacionamentos entre si, ganharam merecido reconhecimento a nível social; outros que defendem a *obligatio* teve o seu surgimento sobre delitos ou contratos, partindo da percepção de Gaius que os definia como as duas primeiras fontes das obrigações.

E, sobre as obrigações *ex contractu* a relação de débito e de crédito terá nascido com aquilo que actualmente designamos como contrato de mútuo, ou seja, o empréstimo de uma coisa tinha como obrigação a restituição, em data acordada, do objecto mutuado ou daquilo que tiver sido acordado entre as partes. No entanto, *“esta relação não era reconhecida como obligatio: tal designação foi atribuída ao nexum, ou seja, a uma mancipatio de si próprio que o devedor efectuava para oferecer uma garantia ao credor, provavelmente com o fito de se submeter ao seu poder, para, em último recurso, com o seu trabalho pagar a soma devida e, destarte, resgatar a sua liberdade.”* – ALVES, Hugo Ramos, *Dação em Cumprimento*, Coimbra: Almedina, 2017, pág. 49.

²⁸ FERREIRA, José Carlos Ney, *ob. cit.*, pág. 21.

*activo e pelo lado passivo, a determinadas pessoas; por isso se extinguia com a morte d'um dos sujeitos.”*²⁹.

Assim, e apesar das necessidades e usos do tráfico que se faziam sentir com a finalidade de alcançar a aceitação da sucessão singular dos débitos, eram reforçados os princípios e textos *justinianeus*, impressos na Glosa, enfatizando os argumentos ontológicos quanto à concepção intimamente personalista, na qual, havendo qualquer mutação da pessoa que figurava devedor da relação obrigacional, era provocada a extinção da própria obrigação, fazendo brotar uma nova, esta com um novo vínculo, operando, assim, o regime da *novatio* (na hipótese de delegação passiva³⁰).

Neste sentido:

*“(...) invocavam-se, contra as exigências das necessidades e usos do tráfico, os axiomas magistrais da glosa: in delegatio sempre inest novatio, dlegatio est solutio”*³¹.

Contudo, era utópico, impor tal imutabilidade à vida em sociedade, uma vez que as relações sociais são sujeitas a constantes oscilações e *“(...) o direito só pode realizar-se teleologicamente enquanto pulsarem em si as realidades da vida social, e na própria medida em que se radicar nas necessidades do ambiente social. O direito não pode, pois, alhear-se das realidades da sociedade (...) nem olvidar a sua protecção (que supõe Justiça) às novas necessidades da vida de relação.”*³².

Assim, e com vista a responder a estas necessidades sociais que se faziam sentir, por inexistir uma figura jurídica que permitisse a ideia da sucessão singular das dívidas e, uma

²⁹ PACHECO, António Faria Carneiro, *ob. cit.*, pág. 11.

³⁰ A delegação (imperfeita) passiva é a figura que se encontra mais próxima da assunção cumulativa de dívida, que actualmente conhecemos no Direito Moderno, e era praticada no Direito Romano sempre que ocorria a *novatio*, por força do dogma romanista *“in delegatio sempre inest novatio.”*

Em breves notas, a delegação (imperfeita) passiva consiste na celebração de um negócio jurídico tripartido, no qual se incute o seguinte mecanismo: *“o delegante é devedor de alguém mas ao mesmo tempo credor dum terceiro. Pois este credor pode mandar o seu devedor (o terceiro), como seu delegatário, pagar ao seu credor, que passa, pois, a delegatário.”* – FERREIRA, José Carlos Ney, *ob. cit.*, pág. 30.

Como referenciado, este tipo de delegação ocorria sempre que se accionava o regime da *novatio*, segundo o dogma romanista *“in delegatio sempre inest novatio.”* No entanto, no século XVII, Salpius pôs em causa este dogma, afirmando que a *novatio* importa sempre efeitos extintivos da relação obrigacional, o que não ocorre na figura da delegação, pois a obrigação primitiva do delegante para com o delegatário mantém-se, não se extinguindo. – FERREIRA, José Carlos Ney, *ob. cit.*, pág. 29-31.

³¹ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *ob. cit.*, pág. 52.

³² FERREIRA, José Carlos Ney, *ob. cit.*, pág. 8.

vez reconhecida por parte da doutrina a automaticidade da obrigação, pois a eficácia para o seu cumprimento dependia não da pessoa (corpo) do devedor, mas sim no património que era oferecido por este (concepção patrimonialista/objectiva), abriram-se portas para se regular juridicamente a operação que visava a substituição do sujeito passivo da relação obrigacional sem que, para tal, se recorresse ao instituto jurídico da novação e, consequentemente, provocar a extinção da obrigação.

Deste modo, e com as influências constantes do crescimento e desenvolvimento do tráfico mercantil, no decurso dos séculos XIV e XV, começou-se lenta e progressivamente a desenhar no horizonte uma disputa de pontos de vista opostos, uns encarnados com os axiomas romanistas e, em contraposição, doutrinas progressistas que iam enfraquecendo as tradições impressas na Glosa. Contudo, a implantação da transmissão singular das obrigações, quer de débitos como de créditos, enquanto instituição jurídica, não ocorreu de forma imediata.

Assim, começou-se primeiramente por assistir ao desenvolvimento da “*circulação de créditos, exigida pela economia de troca*”³³, em especial junto das cidades costeiras e Nações Ribeirinhas do Mar do Norte, fazendo surgir um regime jurídico que colidiu frontalmente com a intransigibilidade das obrigações oriundas do Direito Romano: a assunção cumulativa de dívida.

E, sobre esta, segundo Mota Pinto (com o qual subscrevemos totalmente a sua posição) “*não constitui, ainda, uma verdadeira sucessão na dívida*”³⁴, uma vez que o devedor originário não é liberado da prestação devida, correspondendo então à figura já conhecida no Direito Romano, a delegação passiva imperfeita (*imperfeita* precisamente porque não desonera o devedor delegante, tal como ocorre nos dias de hoje na assunção cumulativa de dívida).

A transmissibilidade de dívidas no verdadeiro sentido da palavra, onde há uma transferência da prestação devida da esfera jurídica do devedor originário para a titularidade do assuntor, surge pela primeira vez no ordenamento jurídico alemão, com a entrada em vigor do seu actual Código Civil (BGB), quando a “*pressão avoluma-se com a contestação da necessidade racional da intransmissibilidade, com o apelo à «consciência jurídica actual do povo» e ao usos e necessidades do tráfico*”³⁵.

³³ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *ob. cit.*, pág. 133.

³⁴ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *ob. cit.*, pág. 133.

³⁵ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *ob. cit.*, pág. 54.

De referir apenas que, entre a sucessão singular de dívidas e créditos, deu-se ao longo da evolução histórica dos institutos em si, um distanciamento na linha temporal entre ambas, com a transmissão singular de créditos a ser conquistada de imediato nos séculos XIV e XV, com desenvolvimento do tráfico mercantil (em especial marítimo), enquanto a sucessão singular de dívidas (no verdadeiro sentido da palavra, a qual nos dias de hoje conhecemos enquanto figura jurídica geradora de liberação do devedor) surgiu apenas no seu processo de afirmação a partir do século XIX, com as correntes doutrinárias defensoras da tese, nomeadamente com as obras de Seuffert, Brinz, Delbürk³⁶ e finalmente com Windscherd, com as quais “*a doutrina tradicional da intransmissibilidade de dívidas é completamente superada (...)*”³⁷.

No entanto, tal conquista não foi imediata nem pacífica³⁸, havendo encontrado muitos opositores à sua instituição, quer na doutrina alemã, tais como Mühlenbruch, que sustentou a ideia da inadmissibilidade da transmissão singular de dívidas por ser uma consequência da “*natureza, da verdadeira essência da obrigação*”³⁹ e Savigny que defendeu a ideia de qualquer mutação subjectiva da relação obrigacional implicar sempre a extinção da mesma e o surgimento de uma nova obrigação (*novatio*), reproduzindo assim o dogma “*in delegatio semper est novatio*”, bem como junto do próprio legislador alemão que defendeu que a ideia de que a transmissão singular de dívidas “*porque ela própria não pode modificar a relação natural das coisas*”⁴⁰.

Contudo, e como já referido, correntes doutrinárias opostas começaram a surgir, em resposta às necessidades urgentes que se faziam sentir, sobrepondo-se assim às influências romanistas (*ratio scripta*).

³⁶ Delbrück através da sua obra, *Die Übernahme fremder Schulden nach gemeinem und preussischem Recht* (1853), defende a extensibilidade de aplicação da figura da sucessão singular que, à data era apenas aplicada aos créditos, também às dívidas. Defende o autor que a mesma era também susceptível de aplicação no âmbito dos débitos, ressalvando no entanto que, na ausência do consentimento do credor para tal transmissão, estar-se-ia perante a figura já existente desde os séculos XIV e XV, a assunção cumulativa de dívida, não se gerando assim nenhuma transmissão singular – PINTO, Carlos Alberto da Mota, *ob. cit.*, pág. 139.

³⁷ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *ob. cit.*, pág. 139.

³⁸ Tendo um reconhecimento mais tardio relativamente à transmissão de créditos, devido aos preconceitos romanistas, conforme referenciado e explicado por Mota Pinto na sua obra – PINTO, Carlos Alberto da Mota, *ob. cit.*, pág. 138-139.

³⁹ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *ob. cit.*, pág. 53.

⁴⁰ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *ob. cit.*, pág. 53.

Foi, nesta senda, que consagrou o BGB, em 1900, duas formas de operar o regime da transmissão singular de dívidas:

- (i) por contrato celebrado de forma tripartida, tendo por objecto o acordo entre o devedor e o novo devedor, desde que obtenha o consentimento do credor (denominado *Schuldübernahme*, previsto no disposto § 415, I do BGB);
- (ii) por contrato celebrado de forma bilateral, tendo por objecto o acordo entre o credor e o novo devedor (denominado *Schuldbeitritt* ou *Schuldmitübernahme* e previsto no disposto § 414 do BGB).

Assim, com a consagração da figura da transmissibilidade singular de dívidas no plano germânico, através da consagração expressa no BGB (relegando assim os textos *justinianeus* e a concepção personalista), difundiu-se aos quatro cantos do mundo, a discussão doutrinária da sua admissibilidade enquanto instituto jurídico expressamente consagrado ⁴¹, entre os quais, Portugal.

O ordenamento jurídico português foi extremamente influenciado pelas correntes doutrinárias alemãs que instituíram a consagração da transmissão singular de dívidas, tendo sido, aliás, o BGB um modelo para a elaboração do nosso actual Código Civil, em 1966. Mas, recuemos um pouco na história para aferir o primeiro momento de algum vestígio sobre uma possível sucessão singular nas dívidas.

Em Portugal, e antes do embate com as correntes pandectísticas alemãs, ocorreu, igualmente, uma dilação temporal entre a regulação da sucessão singular dos débitos e a sucessão singular dos créditos, havendo quem discuta se o aparecimento desta última se deu ou não em tempos das Ordenações Manuelinas ⁴².

⁴¹ Apesar de, em alguns ordenamentos jurídicos, tal discussão não ter levado a uma consagração nos respectivos códigos civis, sendo o caso mais surpreendente o exemplo francês por partilhar uma herança romano-germânica com países que aderiram à “solução” alemã.

Sobre este “repúdio”, escreve Mota Pinto que “(...) *parte das respostas negativas, dadas pela doutrina e jurisprudência francesas, querem significar que não é possível uma substituição do devedor sem o «agrément» do credor (...)*”, criticando o autor a falta de curiosidade dos franceses para resolução do verdadeiro “calcanhar de Aquiles” do problema “(...) *não se resolve o autêntico problema, pois aquele e de solução óbvia, que é o de saber se, consentindo-a o credor, a mutação dos devedores importa surgimento duma obrigação nova ou permanência da anterior, embora subjectivamente modificada.*” – PINTO, Carlos Alberto da Mota, *ob. cit.*, pág. 57, nota de rodapé (1).

⁴² Sobre tal, PINTO, Carlos Alberto da Mota, *ob. cit.*, pág.143-144.

No entanto, independente da questão supra, ponto fixo foi o facto de a sucessão singular dos créditos ter sido expressamente consagrada no Código Civil de 1867 (mundanamente conhecido enquanto Código de Seabra) e, nesse sentido, poder-se-á suscitar a questão de saber se, uma vez terem sido ultrapassados os preconceitos romanistas, que enfatizavam uma concepção *intuitus personae* em relação à parte activa da relação obrigacional, dando assim a possibilidade de ocorrer uma mutuação subjectiva em relação ao credor, sem que para tal, ocorresse a extinção da própria obrigação, será que podemos igualmente encontrar expressamente consagrada a sucessão singular das dívidas neste mesmo diploma?

A resposta à questão supra é claramente negativa. Não encontramos ao longo da redacção do Código de Seabra uma única referência expressa à transmissão singular das dívidas.

Sobre tal, autores como Guilherme Alves Moreira defendiam, inicialmente, a ideia da intransmissibilidade singular de dívidas que não por meio de novação, admitindo apenas a mesma em relação ao crédito. Assim:

*“Por título singular, a sucessão duma pessoa a outra no vínculo obrigatório só pode dar-se em relação ao crédito. A substituição por título singular duma pessoa a outra na dívida não pode dar-se sem que se extinga o vínculo obrigatório (...) A sucessão duma pessoa a outra na dívida a título particular não se tem admitido, pela relação que existe entre a prestação e a pessoa que tem de a efectuar. A substituição dum devedor por outro só pode realizar-se pela novação (...)”*⁴³.

Sobre esta atitude abstensiva, várias vozes da doutrina portuguesa se fizeram ouvir, nomeadamente Galvão Telles⁴⁴, pois provocava, erradamente, a ideia da inexistência de um problema, continuando a orientar a temática em linha com a doutrina tradicional, a qual se orientava, ainda, segundo os argumentos ontológicos impressos na Glosa, por força dos quais havendo qualquer mutação subjectiva passiva na relação obrigacional era accionado o regime da *novatio*, o que, diga-se desde já, é algo que suscita alguma inquietude, pois a

⁴³ Fundamentando o autor que, uma vez sendo o crédito uma pretensão de valor económico, é este autónomo e independente em relação ao seu titular, sendo por isso, susceptível de transmissão, uma vez que nunca altera a posição do devedor, o qual, ocorrendo ou não transmissão do crédito, fica sempre adstrito ao do cumprimento da prestação. – MOREIRA, Guilherme Alves; *Instituições de Direito Civil Português, Volume Segundo, Das Obrigações*, Coimbra: Coimbra Editora, 1925, 2.^a ed., pág. 180.

⁴⁴ TELLES, Inocêncio Galvão, *Manual dos Contratos em Geral*, Lisboa: Lex, 1965, 3.^a ed., pág. 366; PINTO, Carlos Alberto da Mota, *ob. cit.*, pág. 143-144.

mutação subjectiva do lado activo da relação obrigacional foi elemento de distinção e, por isso, consagrada no Código Civil de 1867, em Portugal.

Ocorre, no entanto, que apesar de não consagrar expressamente a transmissão singular nas dívidas, verdade porém é que o Código de Seabra consagrava no disposto no artigo 802.º, n.º 2, sob a epígrafe “*Da Novação*”, o seguinte:

“A novação effectua-se:

2.º: Quando um devedor é substituído ao antigo, que fica exonerado.”

Perante tal redacção, autores defensores da tese da inadmissibilidade da transmissão singular de dívidas, invocavam os seus argumentos numa interpretação literal do próprio artigo. Acontece que, uma interpretação literal do mesmo é algo que não colhe, pois não se pode classificar todos e quaisquer contratos em que um devedor é substituído por outro, exonerando o primeiro, enquanto novação, mas apenas quando as partes o estipulem expressamente ou em termos claramente deduzíveis do contrato, isto é, a vontade das partes em extinguir a primeira obrigação, constituindo-se outra em seu lugar, esta com um novo devedor, extraindo-se, por isso, o seu *animus novandi* ⁴⁵.

Nesta senda, autores que inicialmente tinham marcado a sua posição pela ideia da inadmissibilidade da transmissão singular de dívidas (que não por meio novativo), admitiram a ampliação da solução apresentada pela cessão de créditos aos débitos, como o faz Guilherme Alves Moreira.

Admite o autor supra que o conteúdo é a verdadeira essência da obrigação e não o vínculo obrigatório que liga alguém ao cumprimento da prestação, podendo ser indiferente ao credor a pessoa que tenha que cumprir a prestação, desde que previamente consentido por este. Assim:

“Pelas relações que existem entre a obrigação e o património do devedor, é óbvio que a substituição deste não poderá verificar-se sem o consentimento do credor; mas o vínculo obrigatório é que pode, pelo que respeita ao conteúdo substituir o mesmo, a-pesar-da mudança na pessoa do devedor. É o conteúdo que constitui essencialmente a obrigação, podendo ser indiferente, para o devedor, a pessoa a quem ela aproveitará, e, para o credor, a pessoa que tenha de cumprir, devendo conseqüentemente admitir-se, desde que o credor

⁴⁵ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *ob. cit.*, pág.148;

FERREIRA, José Carlos Ney, *ob. cit.*, pág. 54-55.

o consinta, a substituição do devedor, sem que essa substituição extinga o vínculo obrigatório preexistente (...)”⁴⁶.

A maioria da doutrina e jurisprudência portuguesas que se dedicaram ao tema, concluem que o próprio Código de Seabra que, expressamente repudiava qualquer forma de mutação subjectiva do lado passivo das relações obrigacionais (mantendo-se assim fiel aos dogmas romanistas que primavam pela concepção personalista da obrigação), consagrava no entanto, ainda que implicitamente, a substituição de devedores por duas vias:

- (i) quando não preenchido o requisito do *animus novandi*, exigível pelo disposto no artigo 803.º do referido diploma;
- (ii) ou por força do disposto no artigo 703.º, que consagrava que “*os direitos e obrigações, resultantes dos contratos, podem ser transmitidos entre vivos ou por morte, salvo se esses direitos e obrigações forem puramente pessoais, por sua natureza, por efeito do contrato, ou por disposição da lei.*”.

Nas palavras de Mota Pinto:

*“Na vigência destas leis o problema vem a pôr-se (...) pois a legislação existente, não reconhecendo expressamente a sucessão singular nas obrigações, por substituição do devedor, também não a repudiava apertis verbis.”*⁴⁷.

E segundo Galvão Telles:

*“As dívidas podem transmitir-se voluntariamente, como os créditos: a diferença está em que para a translação das primeiras se requer o consentimento do credor, do mesmo modo que para a novação por substituição do devedor (Cód. Civ. Art. 804.º).”*⁴⁸.

Conclui-se assim que, à data, se não se encontrasse preenchido os requisitos previstos no artigo 803.º, havia claramente uma transmissão singular de dívidas (na figura que actualmente conhecemos enquanto assunção de dívida liberatória), pois a obrigação transfere-se da esfera jurídica do antigo devedor para a titularidade do novo obrigado, ficando assim o primitivo devedor liberado.

Ora, ainda numa lógica de contextualização histórica, mas retomando o conceito central do presente estudo, a assunção cumulativa de dívida, questão que nos propomos agora saber é, se à luz do Código de Seabra e, uma vez definida pela maioria da doutrina e

⁴⁶ MOREIRA, Guilherme Alves, *ob. cit.*, pág. 180-181.

⁴⁷ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *ob. cit.*, pág. 57.

⁴⁸ TELLES, Inocêncio Galvão, *Manual dos Contratos em Geral*, Lisboa: Lex, 1965, 3.ª ed., pág.

jurisprudência a tese da transmissibilidade das obrigações (a qual defendeu que o Código de 1867, ainda que implicitamente, já consagrava a sucessão singular de dívidas, na figura de assunção liberatória de dívida), será que consagrava igualmente a assunção cumulativa de dívida, já conhecida no decurso do desenvolvimento do tráfico mercantil (séculos XIV e XV)?

Seguimos a linha de pensamento de Joana Pinto Monteiro quando refere:

*“Já à luz do Código de 1867 Guilherme de Oliveira admitia a figura da assunção cumulativa de dívida, ainda que sem recurso à presente terminologia, através da figura da novação subjectiva. De acordo com o autor, a novação por substituição do devedor (subjectiva) podia verificar-se através da: substituição de um novo devedor ao antigo, sendo o antigo libertado pelo credor do cumprimento da obrigação (expromissio); a apresentação de um novo devedor ao credor em sua substituição (delegatio passiva). Assim, na segunda modalidade de novação subjectiva, indicando o devedor apenas a pessoa que deve pagar em seu lugar, não ocorria nenhuma novação, mas sim uma delegação imperfeita. Para ocorrer uma novação era preciso que o credor delegatário declara-se, expressamente, que libertava o delegante, e que o delegado aceitava a obrigação do pagamento em substituição deste, o que não sucede quando o devedor simplesmente indica a pessoa que deve pagar em seu lugar. Assim, não se dando a libertação do antigo devedor mantinham-se os dois devedores solidariamente responsáveis pela obrigação, situação que, corresponde, claramente, à figura da assunção cumulativa de dívidas.”*⁴⁹.

Ora, segundo a posição da autora e se reflectirmos sobre a redacção do actual Código Civil, no seu artigo 595.º, n.º 2 (“em qualquer dos casos a transmissão só exonera o antigo devedor havendo declaração expressa do credor; de contrário, o antigo devedor responde solidariamente com o novo obrigado.”), efectivamente julgamos que dúvidas não restam para fazer a correspondência com a assunção cumulativa de dívida, no caso de o devedor delegante apenas indicar/apresentar o terceiro (devedor delegado) ao credor delegatário. Trata-se de uma mera apresentação, não vinculando o credor delegatário a desonerar o devedor delegante e, para tal, teria que o indicar expressamente. Por outro lado, também em nada vincula o terceiro (devedor delegado) a aceitar assumir o cumprimento da obrigação contraída pelo delegante.

Conclui-se então que em Portugal, já à luz do anterior Código Civil, o instituto da assunção de dívida já se encontrava previsto nas duas modalidades que hoje conhecemos

⁴⁹ MONTEIRO, Joana Pinto, *ob. cit.*, pág. 6.

(liberatória e cumulativa), por força do princípio da autonomia privada, ainda que não reconhecido expressamente pelo legislador, numa lógica irracional de permanência fiel aos argumentos ontológicos provindos do Direito Romano, e numa tônica de consonância com as posições doutrinárias tradicionais que entendiam que a essência da obrigação residia na identidade das partes (*intuitos personae*)⁵⁰.

Ocorre no entanto que, com o evoluir da sociedade e com as prementes necessidades que se fizeram sentir ao longo de cada época, e com a influência das correntes pandectísticas alemãs, através das vozes de Seuffert, Brinz, Delbürk, Mühlenbruch, Enneccerus-Lehmann, era inevitável que, com a reforma do Código Civil português, tendo por base os trabalhos preparatórios de Vaz Serra, se consagrasse, de forma expressa, o instituto jurídico da assunção de dívida, parte dele como modo de transmissão e sucessão do débito.

⁵⁰ De uma forma geral, a doutrina portuguesa defensora da admissibilidade da assunção de dívidas no próprio Código de Seabra, assumia esta posição com base no princípio da autonomia privada, embora admitisse que, por infortúnio, não tinha sido a mesma contemplada de forma expressa pelo legislador em 1867, não obstante vozes sonantes em sentido contrário.

4. O contexto internacional

Aqui chegados, e antes de nos embrenharmos no seio da figura jurídica da assunção de dívida, em especial, a assunção cumulativa de dívida, *maxime* em garantia, entendemos pertinente fazermos neste momento uma breve resenha de alguns dos ordenamentos jurídicos que instituem nos seios das suas codificações civis o regime da transmissão singular de dívidas.

No presente estudo, iremos abordar apenas três ordenamentos, os quais, por motivos distintos, influenciaram (e influenciam) a dinâmica da legislação civil portuguesa.

Vejamos então quais são.

4.1. A solução alemã

Efectivamente, e conforme todo o supra exposto, é inegável o reconhecido mérito da doutrina civilista alemã na elaboração e construção do regime da transmissibilidade singular de dívidas, tendo sido o primeiro ordenamento jurídico que tipificou este regime na sua legislação como forma resposta às necessidades que, há muito, se faziam sentir na sequência da constante evolução da sociedade, e como forma de subterfugio às correntes tradicionalistas que primavam pela *novatio* subjectiva.

Era necessário a regulação e inserção sistemática de uma figura jurídica que permitisse apenas a mutação subjectiva do lado passivo da relação, mantendo-se intocável o conteúdo e identidade da própria *obligatio*.

Assim, e desde o ano de 1900, passou Código Civil alemão, a regular nas suas disposições constantes entre § 414 a § 418 (inclusive) o mecanismo da transmissão singular de dívidas, na personificação individual da figura da assunção de dívida sob a epígrafe “*Schuldübernahme*”.

Efectivamente e como vimos, foi precisamente a escola pandectística alemã que nos permitiu, a nós e muitos outros ordenamentos jurídicos, “abandonar” os conceitos irracionais dos argumentos ontológicos romanistas, altamente enraizados e institucionalizados nas respectivas legislações civis, e a acompanhar a evolução dos tempos, dando, assim, resposta às necessidades que se faziam sentir.

A doutrina civilista alemã foi, deste modo, e mais uma vez, a pioneira no Direito Moderno que “tomou as rédeas” e cortou os laços de ligação com as tradições impressas na Glosa que primavam pela intransmissibilidade das obrigações.

Assim, o BGB regula nas suas disposições constantes nos § 414 e § 415 o regime geral da assunção de dívidas, podendo efectivar-se da seguinte forma:

- (i) por meio de *Schuldübernahme* (correspondendo à assunção liberatória de dívida no ordenamento jurídico português, que encontramos no n.º 1 do artigo 595.º do Código Civil), convencionando-se no contrato entre um terceiro e o credor daquela relação obrigacional, onde no qual o terceiro se obriga a assumir a dívida o devedor, sucedendo-o com a sua entrada, “*Eine Schuld kann von einem Dritten durch Vertrag mit dem Gläubiger in der Weise übernommen werden, dass der Dritte an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt*“, ficando a sua eficácia dependente da aprovação do credor, “*Wird die Schuldübernahme von dem Dritten mit dem Schuldner vereinbart, so hängt ihre Wirksamkeit von der Genehmigung des Gläubigers ab*“.
- (ii) ou, por meio de *Schuldbeitritt* (correspondente à “assunção cumulativa de dívida no ordenamento jurídico português, que encontramos no n.º 2 do artigo 595.º do Código Civil), consistindo no contrato de assunção, onde o credor não consente na exoneração do seu devedor, conforme exigência estipulada nos termos e ao abrigo do disposto no § 414, operando, assim, o disposto no § 415, II, “*Wird die Genehmigung verweigert, so gilt die Schuldübernahme als nicht erfolgt*”, ou seja, efectuando-se uma adjunção do assuntor à dívida, de forma solidária ao devedor primordial.

Assim, como iremos ver ao longo do presente estudo, o nosso Código Civil está em absoluta e perfeita sintonia com o BGB quanto às disposições que regulam a matéria da transmissão singular de dívidas, por meio da assunção de dívida.

4.2. A solução italiana

Efectivamente, e como seria de esperar estas correntes pandectísticas alemãs, tumultuaram vários ordenamentos jurídicos no seio do Direito continental europeu. Não foi apenas o caso de Portugal que, vendo o exemplo germânico, decidiu visitar a sua legislação civil.

O *Codice Civile* italiano foi, igualmente, sujeito a uma sentida reforma, tendo o actual Código entrado e vigor em 1942. No entanto, e diferentemente do BGB, o *Codice Civile*, não prevê uma figura única para a regulação da transmissão singular de dívidas.

A consagração normativa transalpina deste instituto jurídico expressou-se sob a forma tripartida, conforme já referimos (*vide* pág. 4), e encontra-se tipificada junto do Libro Quarto (*Delle obbligazioni*), Titolo I (*Delle obbligazioni in generale*), Capo VI, sob a epígrafe, "*Della delegazione, dell'espromissione e dell'accollo*."

Deste modo, o *Codice Civile* regula a matéria da transmissão singular de dívidas com recurso aos seguintes institutos jurídicos:

- (i) por meio de *delegazione*, a qual se encontra expressamente consagrada nos artigos 1268.º a 1271.º, e, consiste no contrato no qual o delegante (devedor originário) incumbe ao delegado (seu devedor) a assegurar a realização da prestação ao qual está adstrito directamente para com o delegatário (credor), desde que aceite por este último. Se aceite, vincula-se o credor directamente ao contrato anteriormente celebrado entre delegado e delegante, traduzindo-se assim numa relação tripartida. No ordenamento jurídico italiano entende-se ser uma típica aplicação do contrato em favor de terceiro.
- (ii) por meio de *espromissione*, a qual está expressamente prevista no artigo 1272.º e prevê a possibilidade da transmissão singular de dívida operar através da celebração de um contrato directamente entre o credor e o assuntor, sem a necessidade do consentimento do devedor originário.
- (iii) e, por fim, o *accollo*, figura que se encontra expressamente regulada através do artigo 1273.º, a qual consiste na convenção entre devedor e terceiro, assumindo este a dívida daquele, formulando-a enquanto contrato em benefício de terceiro (credor).

Nesta convenção, como iremos oportunamente abordar, a doutrina diverge sobre se depende, ou não, da “adesão” do credor (dito terceiro beneficiário). Tudo dependerá se concordemos ou não com a classificação desta convenção enquanto contrato em benefício de terceiro.

Ora, veja-se que nenhuma destas figuras jurídicas italianas que regulam a matéria da transmissibilidade singular de dívidas, é a expressão exacta da assunção de dívidas como a conhecemos no ordenamento jurídico português, *ipsis verbis* do BGB.

Com a entrada em vigor do *Codice Civile*, em 1942, o legislador italiano, não obstante entender necessário regular e tipificar o regime da transmissibilidade singular de débitos, não consagrou e tipificou este regime sob a ímpar figura prevista nos termos do BGB, com a expressão única no *Schuldübernahme*.

Contudo, e conforme repara Roberto de Ruggiero, o facto de não existir um “decalque” *ipsis verbis* das regulações das duas codificações quanto à matéria, não regulando o *Codice Civile* nenhuma figura jurídica com a exacta expressão no *Schuldübernahme*, “*não é êle, porém, estranho à nossa legislação civil; pôsto que não regulado nem previsto expressamente pelo código, pode dizer-se, no entanto, estar contido em germe no nosso ordenamento e, dados os precedentes que oferece a velha praxe dos séculos idos, adquiriu para sempre direitos de cidade na dogmática italiana.*”⁵¹.

Assim, a figura transalpina que mais se aproxima do *Schuldübernahme* (assunção de dívida do ordenamento jurídico português, prevista no artigo 595.º do Código Civil) é o *accollo*, previsto no disposto no artigo 1273.º do *Codice Civile*.

Nas palavras de Roberto de Ruggiero:

“*O fenómeno da transmissão do débito a título particular concentra-se na figura recordada (accollo privativo ou liberatório). Corresponde ela às condições de uma verdadeira e própria sucessão a título singular, isto é: opera a substituição do novo devedor ao originário obrigado, produz a libertação deste em face do acredor, mantém em qualquer outro elemento absolutamente imutável a relação obrigatória, da qual sobrevivem à mudança do sujeito passivo tantos os acessórios como as excepções que a podiam enfraquecer ou destruir.*”⁵².

No entanto, e ainda sobre esta comparação entre as duas codificações quanto à matéria em análise (e, veja-se que, quando se fala em duas, quer-se dizer, verdadeiramente, três, pois, conforme já referimos, o actual Código Civil português está em perfeita sintonia com o regulado no BGB quanto à temática), alerta Raffaele Cicala, que a mesma deverá ser efectuada não de uma forma abrangente, devendo-se apenas cingir-se às hipóteses previstas pelo próprio artigo 1273.º do *Codice Civile*. Assim:

“*L'impiego del termine accollo nel linguaggio legislativo conferma l'inopportunità di adoperare lo stesso termine per indicare genericamente l'assunzione del debito altrui,*

⁵¹ RUGGIERO, Roberto de, *Instituições de Direito Civil, Vol. III; Direito das Obrigações, Direito Hereditário*, 6.ª tradução por Ary dos Santos, Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1937, pág. 171.

⁵² RUGGIERO, Roberto, *ob. cit.*, pág. 171.

secondo il comune significato leyerale dell'espressione (e di quella tedesca *Schuldübernahme*), e suggerisce di discorrere di "accollo" soltanto nel senso specifico do cui all'art. 1273 cc (...)

La generica nozione ora enunciata, che gli scrittori riferiscono negli stessi termini legislativi sopra riportati o in termini ad essi equivalenti, va così specificata: a) Se il creditore aderisce all'accollo e non dichiara espressamente di liberare il debitore, questi rimane obbligato in solido con l'assuntore (a meno che l'accollo sia espressamente condizionato alla liberazione del debitore, art. 1273, commi 2 e 3) – accollo cumulativo; b) se invece il creditore dichiara espressamente condizionato alla liberazione del debitore, questi di regola (art. 1274, comma 3) è liberato (art. 1273, comma 2) – accollo liberatorio. S'insegna comunemente che l'accollo liberatorio produce: a) novazione, cioè estinzione dell'obbligazione originaria e costituzione di una nuova obbligazione: α) accollo novativo (art. 1235); β) o successione del nuovo debitore nell'obbligazione originaria: accollo privativo (l'attributo è equivoco perché è anche riferibile e viene talvolta riferito all'accollo liberatorio in genere).”⁵³.

Ora, mas vejamos que, e conforme aliás já referimos [vide pág. 4-5, nota de rodapé (2)], apesar de o Código Civil português não ter acolhido a consagração tripartida instituída pelo Direito transalpino (e, em parte proposta pelos trabalhos preparatório de Vaz Serra), o mesmo não significa que o Código “tenha ignorado a diversidade do seu corte estrutural”⁵⁴.

Conforme nos explica Antunes Varela, a própria disposição do artigo 595.º, n.º 1 do Código Civil português introduz-nos às diferentes trajetórias que os contratantes podem tomar para a assunção de uma dívida, conforme já vimos:

- (a) “*Por contrato entre o antigo e novo devedor*”, correspondente à figura supra do *accollo* italiano;
- (b) “*Por contrato entre o e novo devedor e o credor, com ou sem consentimento do antigo devedor*”, correspondente, essencialmente, à figura da *espromissio* (do Direito italiano) por não necessitar do consentimento do primitivo devedor, o qual, conforme iremos oportunamente abordar, é elemento dispensável para a eficácia e validade do contrato;

⁵³CICALA, Raffaele, *Enciclopedia del Diritto, I, Ab-Ale*, Itália: Giuffrè Editore, 1958.

⁵⁴VARELA, João de Matos Antunes, *ob. cit.*, Vol. II, pág. 371.

(c) e, por fim, a figura *delegazione*, a qual, parece ser de maior dificuldade de integração no ordenamento jurídico português. No entanto, o Código Civil abarca-a igualmente, por força do princípio da liberdade contratual, nos termos ao abrigo do disposto no artigo 405.º. Vejamos o seguinte raciocínio: se vale como meio de transmissão de dívida o contrato entre convedores meramente sujeito à ratificação do credor, então, por maioria de razão, valerá o contrato em que o credor intervenha directamente enquanto outorgante, por força do princípio da liberdade contratual.

Nas palavras de Antunes Varela:

*“As afinidades e as diferenças existentes entre a assunção de dívida, directamente regulada no Código português (que nesse aspecto se inspirou mais no modelo da lei alemã do que na lei italiana) e as três figuras analiticamente discriminadas nos trabalhos preparatórios de VAS SERRA, são fáceis de detectar, nas suas linhas gerais.”*⁵⁵.

Ora, não se pretende com este estudo fazer uma exaustiva análise desta regulação tripartida do Direito transalpino. Pretende-se apenas fornecer algumas “luzes” sobre a mesma para que seja capaz de entender as distinções entre os diferentes ordenamentos jurídicos e a razão pelo qual o legislador português, com a reforma do Código Civil, se distanciou, em parte, de adoptar uma solução tripartida, adoptado, ao invés, a solução (singular) prevista e regulada no BGB, sob a forma de assunção de dívida. Pelo que, ao longo da presente dissertação forcar-nos-emos apenas, a existir alguma comparação, na figura do *accollo* por ser a que se aproxima da assunção de dívida como a conhecemos no seio do nosso Código Civil.

⁵⁵ VARELA, João de Matos Antunes, *ob. cit.*, Vol. II, pág. 371.

⁵⁵ E, sobre tal refere Hugo Ramos Alves, após referir as posições de Antunes Varela e Menezes Cordeiro, que a admissibilidade da figura da delegação no nosso ordenamento jurídico deverá ser aferida considerando a finalidade que as partes intentam, concretizando que se a única finalidade da intervenção do delegado for a de solver uma dívida, não estamos perante uma delegação reconduzível à figura prevista no artigo 595.º, a assunção de dívida, em virtude de não ocorrer nenhuma transmissão propriamente dita, mas sim uma essência novativa (solver a dívida). *A contrario*, se a intenção das partes com a intervenção do delegado, é a assunção de uma dívida do delegante, acciona-se então o mecanismo de aplicação do regime da assunção de dívida, previsto no disposto no artigo 595.º do Código Civil – ALVES, Hugo Ramos, *ob. cit.*, pág. 544.

4.3. A solução espanhola

Decidimos dar igualmente destaque ao ordenamento jurídico espanhol aqui nesta nossa resenha por, acima de tudo não regular formalmente o regime jurídico da assunção de dívida (*Schuldübernahme*), mas o mesmo ser conhecido, ainda que de forma implícita, tal ocorria à luz do Código de Seabra (*vide* pág. 22 e seguintes). Vejamos.

O Código Civil espanhol regula a matéria constante quanto à modificação da relação obrigacional. No entanto, e como referimos, não regula expressamente o instituto jurídico da assunção de dívida, contrariamente ao que ocorreu em Portugal, em 1966, por influências da escola pandectística alemã.

Assim, dispõe o *artículo* 1203.º do Código Civil espanhol, sob a epígrafe “*De la novación*” que as obrigações estão susceptíveis de modificações nas seguintes situações:

- 1.º *Variando su objeto o sus condiciones principales;*
- 2.º *Sustituyendo la persona del deudor;*
- 3.º *Subrogando a un tercero en los derechos del acreedor.*

Este Código prevê a admissibilidade da modificação subjectiva da relação obrigacional e, para o que aqui nos interessa, do lado passivo, qualificando esta operação enquanto *novación modificativa*, à luz do n.º 2 do artigo infra.

Veja-se, no entanto, que o facto de tal admissibilidade estar enquadrada sob o regime da novação (“*De la novación*”), o mesmo não significa que ocorra uma operação de novação extintiva para que possa operar a mutação subjectiva do lado passivo da relação jurídica. À luz do n.º 2 deste artigo 1203.º, a obrigação mantém a sua identidade e conteúdo intactos, alterando-se, “apenas”, a identidade de quem figura enquanto devedor daquela relação jurídica. Tal como a assunção de dívida (*Schuldübernahme*).

Neste sentido:

“*Sabemos que el artículo 1.203.3.º, alude como un supuesto en que la obligación se modifica al cambio de la persona del deudor. (...) El cambio de la persona del deudor no supone de suyo novación extintiva, es decir, nacimiento de una nueva deuda con otro deudor, sino simplemente novación modificativa (...)*”⁵⁶.

Ora, mas à luz do Direito português, bem sabemos que o regime da novação e o regime da transmissão singular de dívidas não são susceptíveis de confundibilidade entre si.

⁵⁶ PICAZO, Luis Díez; y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil, Volumen II*, Madrid: Tecnos, 1995, 7.ª ed. revista e actualizada, pág. 262.

Aliás, precisamente nesse sentido, o actual Código Civil português passou a prever, no disposto nos seus artigos 595.º e seguintes, o regime da transmissão singular de dívidas, sob a figura da assunção de dívida, autonomizando-a em relação à novação, a qual, no nosso entender, já previa a figura jurídica da assunção de dívida à luz do artigo 802.º, n.º 2 do Código de Seabra (*vide* pág. 23 e seguintes).

No entanto, no âmbito do Direito espanhol, o regime da *novación* não tem um conceito tão rígido enquanto o nosso. Nas palavras de Blas Pérez González e José Alguer:

*“(...) la doctrina que considera posible dentro del derecho español la sucesión singular en las deudas, debe partir de que, aunque incluida en el capítulo relativo a la extinción de las obligaciones, la novación no es expresión jurídica que tenga en el C. c. español una significación rigurosa de modo de extinguir una obligación, sino que puede significar igualmente modificación de la obligación. (...) Parece, pues, que novación tanto puede significar extinción como modificación. Un análisis que se haga del articulado del C. c. español sin el perjuicio de la palabra “novación” signifique necesariamente extinción de una obligación mediante la creación de una nueva (...)”*⁵⁷.

Dito isto, é facilmente perceptível que o Código Civil espanhol não regula expressamente a figura jurídica da assunção de dívida, todavia, também não a exclui, por força do n.º 2 do artigo 1203.º. Assim:

*“El C. c. español no regula la institución de la asunción de deuda, pero no prohíbe ni excluye el que se lleve a la práctica. Se trata de una laguna en la ley. Como dice DE DIEGO, en este particular, la técnica de nuestro Código no ayuda, pero tampoco estorba.”*⁵⁸.

E, igualmente vai o sentido do Supremo Tribunal espanhol, quando entende que para que ocorra uma alteração na pessoa que figura devedor de uma relação obrigacional, há que, à luz do Código Civil espanhol, operar a uma *novación modificativa*, não implicando a extinção da obrigação, mas “apenas” a sua modificação, afirmando, inclusivamente, que o Código não proíbe a assunção de dívida. Assim:

⁵⁷ GONZÁLEZ, Blas Pérez; ALGUER, José *in* ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin, revisto por LEHMANN, Henrich, Segundo Tomo, Derecho de Obligaciones, traduzido por Blas Pérez González e José Alguer (Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas), Volumen Primero, Doctrina General, 2.ª ed., Barcelona: Libreria Bosch, 1933, pág. 416 e seguintes.

⁵⁸ GONZÁLEZ, Blas Pérez; ALGUER, José *in* ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin, revisto por LEHMANN, Henrich, *ob. cit.*, pág. 420.

““La S. de 22 de febrero 1946 afirma que aun cuando en nuestro C. c. no hay referencia expresa a la asunción de deuda, un importante sector doctrinal estima la posibilidad de reconocerla utilizando las disposiciones referentes a la novación de obligaciones por cambio en la persona del deudor. La S. de 10 febrero 1950 dice que no existe en el C. c. disposición que pueda servir de base a l tesis de que el cambio de la persona del deudor implica necesariamente la extinción de la deuda, que es el contrato por el que un tercero toma a su cargo una obligación preexistente con asentimiento del acreedor, constituyéndose en deudor y liberando al que no era hasta entonces.”⁵⁹.

E:

“(…) el art. 1.205 del C. c. español no implica que el cambio de deudor represente necesariamente extinción de la obligación primitiva y constitución de una nueva, creemos que la asunción de deuda puede concluirse también en nuestro derecho mediante contrato del que asume aquélla con el acreedor o con el deudor.”⁶⁰ (nosso sublinhado).

Ora, assim concluímos, sem sombra de dúvidas, que apesar que de não regular expressamente a figura da assunção de dívidas, o Código Civil espanhol admite, tal como o nosso Código Civil e como o BGB, a assunção de dívidas enquanto instituto jurídico capaz de modificar, subjectivamente, a relação jurídica obrigacional, *maxime* a “*asunción acumulativa o de refuerzo, pues nada se opone a un nuevo deudor se adhiera a la deuda con carácter solidario*”⁶¹.

Assim, e após esta breve resenha, entendemos estar então em condições de iniciar o nosso estudo sobre esta figura jurídica que é a assunção de dívida, mais concretamente a assunção cumulativa de dívida enquanto garantia para o cumprimento da obrigação, podendo proceder ao longo do presente estudo a análises comparativas das vicissitudes da figura entre os diferentes ordenamentos jurídicos enunciados.

⁵⁹ GONZÁLEZ, Blas Pérez; ALGUER, José in ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin, revisto por LEHMANN, Henrich, *ob. cit.*, pág. 420.

⁶⁰ GONZÁLEZ, Blas Pérez; ALGUER, José in ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin, revisto por LEHMANN, Henrich, *ob. cit.*, pág. 421.

⁶¹ GONZÁLEZ, Blas Pérez; ALGUER, José in ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin, revisto por LEHMANN, Henrich, *ob. cit.*, pág. 422.

Capítulo II

5. A assunção de dívida

5.1. O regime geral

Como já referido, pelo menos, a partir de 1966, com a entrada em vigor do nosso actual Código Civil, o Direito positivo português deixou de discriminar o instituto da transmissão singular dos débitos face à sucessão singular dos créditos, que já havida sido instituída de forma expressa na nossa anterior legislação civil. Assim, com a entrada em vigor deste novo Código, passou-se a consagrar na sua secção III, entre as disposições dos artigos 595.º a 600.º, o instituto da transmissão singular de dívidas, por meio da figura jurídica da assunção de dívida.

A assunção de dívida consiste no negócio jurídico por meio do qual um terceiro (assuntor ⁶²) assume perante o credor a obrigação da prestação sobre a qual alguém está adstrito, podendo ou não provocar a exoneração do devedor ao cumprimento da mesma, ficando tal liberação dependente do consentimento (expresso) do credor.

No entanto, condicionalismos à parte, a ideia chave subjacente a todo este instituto jurídico e a qual se pretende reter como forma de subterfúgio à novação subjectiva, reside no facto de a transferência singular da dívida permitir a manutenção da identidade e do conteúdo da obrigação, ocorrendo apenas uma alteração subjectiva sobre a identidade de quem, até à data, figurava devedor da relação obrigacional.

Neste sentido vai Antunes Varela ao referir nos seus escritos:

“A assunção opera uma mudança na pessoa do devedor, mas sem que haja alteração do conteúdo, nem da identidade da obrigação. Só assim tem algum sentido falar da transmissão (singular) da dívida, por contraste com a orientação do antigo direito que envolvia sistematicamente a substituição do devedor no figurino conceitual da novação (cfr. art. 802.º, n.º 2, do Cód. de 1867).” ⁶³.

No mesmo sentido vai José Alberto González ao referir:

⁶² Palavra que etimologicamente proveio do latim “*assumptor*” que significa tomar, onde, no caso em apreço, significa tomar o débito de alguém – COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, Coimbra: Almedina, 2013, 2.ª reimpressão da 12.ª reimpressão, pág. 828, nota de rodapé (3).

⁶³ VARELA, João de Matos Antunes, *ob. cit.*, Vol. II, pág. 361.

“Tal como na cessão de créditos ou na sub-rogação, pela transmissão singular de dívidas não se procede à translação da globalidade de uma posição jurídica, como sucede na cessão da posição contratual, embora agora do lado passivo: a dívida com o inerente devedor de prestação.”⁶⁴.

Tal como evidencia a nossa jurisprudência nacional, este instituto jurídico afirma a sua singularidade, diferenciando-se assim dos demais negócios jurídicos que se pautam pela “mera” aceitação de um crédito, através da sua característica mais distinta: a aceitação não de um crédito mas sim da obrigação do cumprimento de um passivo de outrem, não deixando o credor de ser o titular do direito de crédito antes do cumprimento da prestação (altura em que, efectivamente, ocorre a extinção da obrigação e, conseqüentemente, finda a relação “devedor/assuntor *versus* credor”). Neste sentido:

“A assunção de dívida não é a aceitação (por compra e venda ou outro negócio jurídico causal) de um crédito. É, antes, a aceitação do pagamento de um passivo de um devedor perante o credor deste, com libertação (...) ou não (...) do primitivo devedor. (...) Nesta figura jurídica, o credor continua a ser o titular do mesmo direito de crédito, que detinha sobre o primitivo devedor mas que, por força do referido negócio jurídico, muda apenas o sujeito passivo, isto é, do adstrito ao cumprimento da prestação devedora, que assim passa a ser o novo devedor por ter assumido a obrigação (...) O credor só deixará de ser o titular do direito de crédito objeto da assunção, quando a dívida for paga (...)”⁶⁵.

Dito isto, prevê o Código Civil português no seu artigo 595.º e, à luz das influências da escola pandectista alemã, poder a assunção de dívida efectivar-se da seguinte forma:

- (i) por contrato entre o devedor e o assuntor, desde que ratificado pelo credor;
- (ii) ou, por contrato entre o assuntor e o credor, com ou sem o consentimento do devedor.

Para analisarmos estas situações, iremos recorrer às terminologias adoptadas por Luís Menezes Leitão⁶⁶, qualificando-as enquanto “*assunção interna*” e “*assunção externa*”, dependendo se assunção de dívida tiver brotado da relação entre o primitivo devedor e o

⁶⁴ GONZÁLEZ, José Alberto, *Código Civil Anotado, Vol. II, Direito das Obrigações*, Lisboa: Quid Juris, 2012, pág. 365.

⁶⁵ Conforme posição adoptada em acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17/02/2001, em processo que correu os seus termos sob o n.º 294/06.8TVPRT.91.S1 – GONZÁLEZ, José Alberto, *ob. cit.*, Vol. II, pág. 364.

⁶⁶ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações, ob. cit.*, pág. 51.

assuntor, isto é, de forma interna à relação original, ou se, em alternativa, partiu da relação entre o credor e o novo obrigado, independente do assentimento do devedor, isto é, de forma externa à relação original.

Deste modo, analisando primeiramente a figura da assunção interna, esta transmissão singular da dívida efectiva-se da forma mais complexa que pode existir, ou seja, por meio do contrato outorgado entre o devedor e o assuntor, uma vez que quem outorga este contrato são os sujeitos não titulares do direito de crédito em causa. Assim, para que este contrato obtenha a sua eficácia plena, dependerá sempre da intervenção de um sujeito externo à relação “devedor *versus* assuntor”, o titular do direito de crédito, para que o negócio assumptivo fique perfeito.

Nesta senda, refere Luís Menezes Leitão resultar a assunção interna da conjugação de dois negócios jurídicos: em primeira instância, a celebração do negócio assumptivo entre o devedor e o assuntor e, apenas posteriormente, a ocorrência de um negócio jurídico unilateral por parte do credor, que ocorrerá, por norma, por meio de ratificação do negócio assumptivo, a qual, como oportunamente veremos, não é um mero acto unilateral, mas sim um requisito de perfeição à própria assunção de dívida ⁶⁷.

No entanto, poderá ainda a assunção de dívida efectivar-se de forma externa, isto é, por meio da celebração de um único negócio jurídico: o próprio contrato de assunção entre o credor e o assuntor.

Na prática, esta assunção traduz-se numa intervenção em que a lei apenas exige que seja bilateral, pois o consentimento do devedor é considerado pela maioria da doutrina enquanto elemento perfeitamente prescindível para o alcance da eficácia do contrato, uma vez que o efeito jurídico modificador da relação obrigacional apenas sacrifica os interesses do próprio credor e do terceiro que assume a dívida, em nada sendo sacrificado o interesse do primitivo devedor ⁶⁸.

⁶⁷ FERREIRA, José Carlos Ney, *ob. cit.*, pág. 111 e seguintes.

⁶⁸ SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *ob. cit.*, pág. 197-198, nota de rodapé (3).

E, sobre este elemento encarado pela esmagadora maioria da doutrina enquanto elemento meramente dispensável, pelos argumentos supra apresentados por Vaz Serra, adoptaram igualmente os nossos Tribunais superiores a mesma convicção:

“Essa assunção pode ocorrer por contrato entre o antigo e o novo devedor, ratificado pelo credor; por contrato entre o novo devedor e o credor, com ou sem consentimento do antigo devedor. No primeiro caso é necessária a intervenção de três sujeitos: o antigo devedor, o novo devedor e o credor. No segundo caso há um contrato entre o assuntor e o credor, sendo desnecessário o consentimento do antigo devedor.” (nosso

Repare-se que, quer na assunção interna, quer na assunção externa, a transmissão singular da dívida “*se manifesta pelo mesmo denominador comum: o consentimento do titular ativo da obrigação, num caso dado sob a forma de ratificação, no outro manifestado pela participação direta no contrato, como outorgante.*”⁶⁹.

Deste modo, conseguimos desde já extrair as conclusões que a figura da assunção de dívida nos impõe à luz do nosso ordenamento jurídico:

- (i) a assunção de dívida apenas ocorre perante a celebração de um negócio jurídico bilateral;
- (ii) a eficácia deste negócio fica dependente da aprovação que o credor lhe conceder, quer seja por meio de acto ratificativo (alínea a) do n.º 1 do artigo 595.º), quer por meio da sua intervenção directa no contrato quando:
 - a. celebrado directamente com o novo obrigado (alínea b) do n.º 1 do artigo 595.º);
 - b. ou, quando o credor queira aderir directamente ao contrato celebrado entre o devedor e o assuntor, vinculando-se enquanto parte outorgante do mesmo (delegação, por força do princípio da liberdade contratual – *vide* pág. 31 e seguintes);
- (iii) e, à partida, o terceiro que assume a dívida (como sua) substitui o primitivo devedor, exonerando-o do cumprimento da mesma, no entanto, apenas se existir declaração expressa do credor nesse sentido (n.º 2 do artigo 595.º).

E, sobre este último ponto de conclusão, cabe referir que a assunção de dívida terá contornos muito dispares consoante haja ou não esta declaração expressa do credor que o n.º 2 do artigo 595.º do Código Civil exige, cabendo assim concluir que, à luz do nosso ordenamento, consegue este instituto jurídico afirmar-se em diferentes modalidades possíveis que não o da forma mais imediata, o qual nos leva intuitivamente a crer na exoneração do devedor pela entrada de um terceiro na relação obrigacional, pois como já

sublinhado) – Conforme posição adoptada em acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 22/02/2005, em processo que correu os seus termos sob o n.º 04A3894.

⁶⁹ Conforme posição adoptada em acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 20/05/2008, em processo que correu os seus termos sob o n.º 0724435 – GONZÁLEZ, José Alberto, *ob. cit.* Vol. II, pág. 365.

largamente explanamos, esta a única e verdadeira ascensão do regime da transmissão singular de dívidas na sua plenitude ⁷⁰.

Assim, pode a assunção de dívida reflectir-se nas seguintes modalidades:

- (i) assunção liberatória da dívida, às situações que com a vinculação do assuntor fique o “*antigo devedor exonerado do cumprimento perante o credor, recaindo a inseparável responsabilidade inteiramente sobre o novo devedor (assuntor)*” ⁷¹.

Nestas situações, opera o regime da transmissão singular de dívidas na sua plenitude, pois ocorre a liberação do devedor da relação obrigacional pela entrada do assuntor. No entanto, esta exoneração apenas ocorrerá se expressamente declarada a intenção do credor nesse sentido. E., sobre isto, alerta Luís Menezes Leitão que esta declaração expressa da manifestação da vontade do credor não se pode de todo confundir com a ratificação dada pelo credor ao contrato de assunção outorgado entre devedor e assuntor, posição à qual se adere totalmente e se transmuda, uma vez que “*através da ratificação, o credor limita-se a dar o seu acordo à transmissão (...) com a declaração expressa de exoneração, o credor extingue a vinculação do primitivo obrigado (art. 595º, n.º 2) (...)*” ⁷².

⁷⁰ No entanto, julga-se pertinente deixar bem explícito que, apesar de ser lícito ao intérprete fazer essa associação intuitiva entre a assunção de dívida e a liberação do devedor, não se admite, no entanto, que, em caso da inexistência da declaração expressa do credor a exonerar o devedor, embarcando assim numa senda de assunção cumulativa de dívida, encaremos esta última enquanto consequência ou mero “prémio de consolação” da tão olvidada assunção liberatória de dívida, como infelizmente nos incutiu o nosso legislador ao não estatuir um regime autónomo para a assunção cumulativa da dívida, e como infelizmente, também, tem sido também alguma prática em alguns dos nossos tribunais superiores:

“*Em qualquer um dos casos, o devedor originário apenas fica desonerado mediante expressa declaração do credor, podendo ocorrer também aqui uma assunção liberatória da dívida ou tão-somente uma assunção cumulativa da dívida.*” (sublinhado nosso) – Conforme posição adoptada em acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 20/05/2008, em processo que correu os seus termos sob o n.º 0724435 – GONZÁLEZ, José Alberto, *ob. cit. Vol. II*, pág. 365.

A contrario:

“*A assunção liberatória ou assunção privativa de dívida ou assunção «tout cour», porque se trata de uma assunção perfeita (...)*” – Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 11/09/2004, em processo que correu os seus termos sob o n.º 3335/12.6TBGMR.G1.

⁷¹ GONZÁLEZ, José Alberto, *ob. cit. Vol. II*, pág. 364.

⁷² LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações, ob. cit.*, pág. 55.

E, ainda, sobre a distinção que deverá ser feita entre o acto ratificativo do negócio assumptivo e a declaração expressa de exoneração, reforça o nosso Supremo Tribunal de Justiça com veemência esta distinção:

*“Para que haja transmissão singular de dívida, com eficácia perante o credor, não basta o consentimento tácito deste, que possa resultar do seu comportamento processual – é necessária uma declaração expressa nesse sentido (n.º 2 do art. 595.º do CC).”*⁷³.

E:

*“Note-se que o primitivo ou antigo devedor só ficará exonerado do seu dever de prestar se o credor tal expressamente declarar (art.º 595.º/2 do C. Civil) – assunção liberatória de dívida – pois, de contrário, mantém-se solidariamente obrigado perante o credor – assunção cumulativa de dívida.”*⁷⁴.

- (ii) assunção cumulativa da dívida, às situações que com a vinculação do assunto à obrigação, o primitivo devedor *“vai reforçar as perspectivas de o credor satisfazer o seu crédito, passando a haver uma nova responsabilidade pessoal e patrimonial ao lado da originária.”*⁷⁵, tal como se de uma obrigação solidária se tratasse⁷⁶, uma vez que a legislador reconheceu a

⁷³ Conforme posição adoptada em acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11/12/2001, *in* Revista de Legislação e Jurisprudência n.º 3394/01 – GONZÁLEZ, José Alberto, *ob. cit.*, Vol. II, pág. 365.

⁷⁴ Conforme posição adoptada em acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17/02/2011, em processo que correu os seus termos sob o n.º 294/06.8TVPRT.91.S1.

⁷⁵ GOMES, Manuel Januário Costa, *ob. cit.*, pág. 104.

⁷⁶ E sobre esta relação entre convededores, a qual desemboca no seio das obrigações solidárias, e que iremos oportunamente desenvolver, entramos num dos “calcanhares de Aquiles” para a doutrina, onde não existe consenso possível e conseguimos observar um emaranhado de opiniões quanto à natureza desta solidariedade, discutindo-se se se tratará de uma verdadeira relação solidariedade passiva à luz do regime geral ou se, em contrapartida, será uma relação de solidariedade passiva “imperfeita” como denominam alguns autores por não considerarem que esta se subsume à luz do regime geral.

Esta discussão é tão afincada ao ponto de vermos autores que, em praticamente todas as matérias, fazem fê em outros e no tocante a este ponto discordarem que nem “jogo de gato e rato”.

Neste sentido vai igualmente a discussão no seio dos nossos tribunais superiores:

“V - A assunção cumulativa é, assim, um contrato pelo qual um terceiro aceita responder, solidariamente, com o devedor, na qualidade de um segundo devedor independente, mas a ele equiparado, uma forma de estabelecimento da solidariedade passiva, mas de uma solidariedade imprópria ou imperfeita, em que a faculdade de o credor poder exigir de qualquer deles o cumprimento integral da obrigação não faz

importância para o credor da pessoa que figura enquanto seu devedor, estabelecendo assim uma especial protecção do mesmo:

*“Se o credor não exonerar expressamente o antigo devedor, poderá exigir de qualquer deles o cumprimento da obrigação.”*⁷⁷.

Deste modo, conseguimos concluir que esta modalidade espelha de forma nítida uma situação de extremo conforto para o credor, uma vez que não só vê as suas chances de recuperação de crédito duplicadas, como pode também proceder à interpelação de qualquer um dos seus condevedores para cumprimento da prestação devida a qualquer momento, sem a necessidade de excutir todos os bens do primitivo devedor para que possa partir para o escrutínio dos bens do assuntor, sendo esta uma das principais diferenças e benefícios (na perspectiva do credor) face aquela figura jurídica afim à assunção cumulativa de dívida, que nos é tão familiar e próxima da vida em sociedade: a fiança.

É este o quadro desenhado pela grande maioria nossa doutrina quanto às modalidades existentes no regime da assunção de dívida em Portugal.

No entanto, quanto ao regime de responsabilidade do primitivo devedor neste enredo de obrigações, entendemos seguir a linha doutrinária perfilhada por Januário Costa Gomes ao considerar existirem não duas, mas três modalidades da figura da assunção de dívida, classificando ainda enquanto tal a:

- (iii) assunção liberatória com reserva de garantia, com expressão não no disposto no artigo 595.º, n.º 2, como a assunção liberatória e cumulativa de dívidas, mas no artigo 600.º do nosso Código Civil.

presumir que sejam iguais as relações entre as partes.” – Conforme posição adoptada em acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11/04/2013, em processo que correu os seus termos sob o n.º 67/09.6TBLSA.C1.S1.

E:

“Quando se verifica a ausência do consentimento ou a falta de declaração expressa do credor no sentido de exonerar o antigo devedor, está-se perante uma situação de imperfeição da assunção de dívida, em que se não transmitem quaisquer débitos, ficando o assuntor a dever o mesmo que o obrigado primitivo, ou seja, a prestação integral, respondendo o antigo devedor, solidariamente, com o novo obrigado, em assunção cumulativa de dívida.” (nosso sublinhado) – Conforme posição adoptada em acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11/04/2013, em processo que correu os seus termos sob o n.º 67/09.6TBLSA.C1.S1.

⁷⁷ Conforme posição adoptada em acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 22/05/2005, em processo que correu os seus termos sob o n.º 04A3894.

Esta ressalva opera em primeira instância com a desoneração do primitivo devedor, típica do regime liberatório da figura, ficando, no entanto, expressamente clausulado entre as partes que em caso de situação de insolvência do assuntor, pode o credor demandar directamente o primitivo devedor para cumprimento da prestação devida.

Considera Antunes Varela que a situação supra é uma mera ressalva expressa consagrada pelo legislador, devendo o credor, antes de exonerar o primitivo devedor “*averiguar com cuidado da possibilidade económica de cumprimento por parte do assuntor. Se ele libera o obrigado, sem ressaltar expressamente a sua responsabilidade, é porque presuntivamente quis correr o risco de insolvência do assuntor.*”⁷⁸.

Ora, claro está que a explicação proferida por Antunes Varela tudo tem de lógico e não é possível discordar desta: antes do credor exonerar seu o primitivo devedor, tem de ter a clara consciência dos riscos inerentes a tal desoneração e que não é esta susceptível de retroacção quando melhor lhe aprouver.

No entanto, verdade absoluta também é o facto de estarmos no epicentro da autonomia privada e, neste sentido, poderem as partes clausular aquilo que entenderem (desde que, claro, não seja o mesmo contrário à lei), mesmo que isso implique voltar a chamar à colação o primitivo devedor, ora liberado, para satisfazer pessoal e patrimonialmente a obrigação em caso de insolvência do novo obrigado. Se proposto e aceite pelo primitivo devedor, nada deverá obstar.

Ora, deste modo, entendemos ter esta disposição força suficiente para não dever ser considerada enquanto “simples ressalva”, mas sim enquanto modalidade autónoma do regime, tal como as demais, uma vez que como explica Januário Costa Gomes “*(...) nada impede que a ressalva seja moldada em termos diversos pelo credor, que, podendo o mais de exonerar o primeiro devedor (art. 595/2), pode o menos de condicionar a sua exoneração a determinados pressupostos.*”⁷⁹.

⁷⁸ VARELA, João de Matos Antunes, *ob. cit.*, Vol. II, pág. 383.

⁷⁹ GOMES, Manuel Januário Costa, *ob. cit.*, pág. 105, nota de rodapé (435).

Assim, e após definidas sumariamente as diferentes modalidades da assunção de dívida à luz do nosso ordenamento jurídico, cabe notar que quanto à modalidade mais imediata do regime geral (liberatória), o seu efeito de exoneração sempre revelou muita controvérsia junto da doutrina para a resolução do problema da sua natureza jurídica, dividindo-se em diversas teorias para melhor entender a sua essência e para solucionar as consequências práticas da modalidade, nomeadamente quanto à validade do próprio contrato de assunção de dívida e, conseqüentemente, quanto aos meios de defesa susceptíveis de oposição pelo novo obrigado face ao credor. Vejamos.

Apesar de, como já referimos, a assunção poder ocorrer por meio do contrato celebrado entre o assuntor e o credor, retractando assim a situação explanada na alínea b) do n.º 1 do artigo 595.º do nosso Código Civil, situação que merece maior atenção e cuidado é, sem dúvida, a assunção efectivada por meio do contrato celebrado entre o devedor e o assuntor, subsumível na alínea a) do n.º 1 do artigo 595.º.

Dúvidas não restam quanto à classificação do contrato de assunção entre assuntor e credor enquanto bilateral pois, como já aliás foi retractado, o consentimento do devedor sobre o mesmo em nada impede a validade do negócio, sendo por grande parte da doutrina e jurisprudência encarado enquanto elemento perfeitamente prescindível por nenhum interesse do devedor ser colocado em risco⁸⁰.

No entanto, as mesmas certezas não se transmitem *ipsis verbis* quando estamos perante uma assunção interna, isto é, uma assunção efectivada por contrato entre o devedor e o assuntor.

Ora, e sobre tal, considerada por muitos enquanto o *busílis* do regime jurídico em causa, questão que agora importa deslindar será saber se, à luz desta assunção interna, deverá ser classificado este contrato enquanto biliteral ou triliteral, uma vez que a intervenção do credor é elemento imprescindível, como já vimos não só por diversas posições doutrinárias como também enquanto realidade unânime expressa na lide dos nossos tribunais. E, aqui se prende a questão da natureza jurídica da modalidade liberatória da assunção de dívida.

No palco da doutrina portuguesa, protagonizaram a discussão do tema, autores como Antunes Varela e Mota Pinto, posições as quais passamos brevemente a expor.

⁸⁰ SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *ob. cit.*, pág. 197-198, nota de rodapé (3).

Antunes Varela ⁸¹, procurando auxílio para melhor compreensão da problemática aqui exposta, alcançou elucidação junto de correntes pandectísticas alemãs, nomeadamente de Larenz e Enneccerus-Lehmann.

Nesta senda, considera Antunes Varela que, qualquer que seja o contrato que origine a assunção liberatória de dívida, é sempre este um contrato bilateral, mesmo quando nasça do contrato celebrado entre devedor e assuntor e seja este sujeito à ratificação do credor ou caso queira o credor dar a sua anuência através da sua intervenção directa ao contrato. Em qualquer um dos casos, considera Antunes Varela que a intervenção do credor nunca passará de uma intervenção de um terceiro exterior à relação “devedor *versus* assuntor”, nunca podendo assim ser classificado à luz da estrutura de um contrato trilateral.

Assim, e tendo por base esta da teoria da bilateralidade, defende Antunes Varela nos seus escritos que a natureza jurídica deste efeito liberatório se refugia sobre a alçada da teoria da disposição/ratificação ⁸² (denominada junto do plano germânico enquanto *Verfügungstheorie*), para qualquer das variantes que originem o contrato assumptivo. Vejamos:

- (i) quando a assunção de dívida surja por contrato entre o assuntor e o credor, considera Antunes Varela que deve ser esta encarada enquanto negócio jurídico de obrigação em relação ao assuntor e enquanto negócio de disposição perante o credor, considerando o efeito liberatório que irá operar a favor do devedor e, conseqüentemente, a correspondente alteração subjectiva da obrigação;
- (ii) em alternativa, quando a assunção nasça por contrato entre o devedor e o assuntor, defende o autor continuar a ser um negócio jurídico de obrigação em relação ao assuntor, mas perante o devedor deverá ser encarado enquanto um negócio jurídico por quem não tem legitimidade para tal, sendo por isso

⁸¹ VARELA, João de Matos Antunes, *ob. cit.*, Vol. II, pág. 374-375, nota de rodapé (5).

⁸² Teoria inicialmente defendida no antigo Direito por autores como Dernburg e Gierke, os quais entendiam ser o contrato de assunção uma disposição do devedor sobre a sua dívida, teoria esta que se transpôs para o Direito Moderno e, nesta fase, encontrou como defensores autores como Enneccerus-Lehmann, Leonhard, Heck, Titz e Planck-Siber – SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *ob. cit.*, pág. 197-198, nota de rodapé (3).

exigível a ratificação do credor para se tornar eficaz e se desonerar da relação obrigacional (ainda que de forma antecipada) ⁸³.

Assim, com base nesta teoria da disposição/ratificação, parte Antunes Varela para a resolução da problemática da natureza jurídica do efeito liberatório da assunção de dívida, nomeadamente na imposição das vicissitudes da relação entre devedor e assuntor em relação ao credor.

Nesta senda, entende Antunes Varela poder o assuntor opor ao credor qualquer vício da formação da vontade em relação ao negócio de assunção outorgado com o primitivo devedor desde que, no entanto, tais vícios afectem igualmente este último.

Contudo, desde já ressalva o autor não ser, no entanto, lícito ao assuntor opor ao credor os vícios resultantes do contrato que serviu de fundamento à assunção.

Para melhor compreensão, recorre Antunes Varela a um exemplo bastante ilustrativo da doutrina exposta:

“Suponhamos (...) que A compra um prédio a B, ficando incluído na composição do preço a assunção (por A) de uma obrigação de B perante C, que ratifica a assunção liberatória assim concertada entre as partes. Quando assim suceda, mesmo que A venha a ter direito à redução do preço e a obtenha (arts. 913.º e 911.º), por causa dos defeitos do prédio, não lhe é lícito invocar esse facto para eximir ao cumprimento da obrigação em face de C para obter uma redução da dívida.” ⁸⁴.

Para uma ainda melhor percepção do exemplo supra, peguemos agora num segundo exemplo igualmente concertado por Antunes Varela, nos mesmos escritos, e apliquemos ao exemplo infra:

“O novo devedor pode, por ex., alegar que o credor o induziu dolosamente a crer que o montante da dívida era essencialmente menor do que a realidade veio a demonstrar.”

⁸⁵.

⁸³ E sobre isto, nas palavras de Enneccerus, citado por Ney Ferreira, refere o autor que *“este convénio contém uma disposição sobre o direito de crédito do credor, já que este, no futuro, em lugar de se dirigir contra o antigo devedor, terá que fazê-lo contra o novo devedor, de maneira que o direito de crédito se modifica e, como toda a modificação, requiere o consentimento do credor.”* – FERREIRA, José Carlos Ney, *ob. cit.*, pág. 93.

⁸⁴ VARELA, João de Matos Antunes, *ob. cit.*, Vol. II, pág. 377, nota de rodapé (2).

⁸⁵ VARELA, João de Matos Antunes, *ob. cit.*, Vol. II, pág. 377.

Neste segundo exemplo, já seria, no entanto, lícito ao “nosso” A alegar e opor a C que este o induzira dolosamente a crer que o montante da dívida contraída por B era essencialmente menor do que a realidade que se veio a demonstrar.

No entanto, em linha de pensamento imediatamente oposta, mas com o mesmo sentido de clareza, propugna Mota Pinto pela teoria da oferta/contrato, inicialmente desenvolvida por Heck e Esser ⁸⁶, como teoria justificativa da natureza jurídica deste efeito liberatório da assunção de dívida.

Mota Pinto inicia o seu raciocínio sustentando que, qualquer que seja a variante da assunção de dívida, quer seja por meio do contrato efectuado por assunção interna ou por assunção externa, dever-se-á considerar que há sempre uma proposta a favor do credor, sendo que no caso do contrato outorgado entre devedor e assuntor a proposta é efectuada em nome dos dois e, em caso de contrato celebrado entre o próprio credor e o assuntor esta proposta parte do assuntor em relação a si, credor.

Mais uma vez e como prova do já anteriormente referido, o maior foco de problemática situa-se no contrato de assunção celebrado entre o devedor e o assuntor e, neste sentido, defende Mota Pinto, tendo por base a teoria da oferta/contrato, dever ser considerado o contrato de assunção de dívida à luz de uma estrutura trilateral, uma vez que “há um acordo a três”, precisamente porque ocorre uma oferta ao credor por parte de dois sujeitos jurídicos interligados por meio do contrato de assunção ⁸⁷.

Nesta senda, e como reflexão da problematização da natureza jurídica do efeito liberatório, sustenta Mota Pinto que, quer se trate de uma assunção interna ou externa, o credor surge sempre na qualidade de declaratório do contrato de assunção de dívida, uma vez que o acordo é sempre “proposto” a si, seja por parte apenas do assuntor (no âmbito da

⁸⁶ SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *ob. cit.*, pág. 197-199, nota de rodapé (3), teoria esta rejeitada por Vaz Serra que a considerou ser artificial e contrariar o espírito impresso no BGB.

Ora, considerando a crítica apresentada por Vaz Serra no âmbito dos trabalhos preparatórios para o nosso actual Código Civil, em 1958, e, considerando ter Portugal adoptado para o regime da transmissão singular de dívidas a solução preconizada no BGB, no seu disposto nos § 414 e seguintes sob a epígrafe *Schuldübernahme*, consegue-se prever com certeza absoluta que seria a opinião de Vaz Serra acerca da natureza jurídica do efeito liberatório da assunção de dívida, à luz da nossa legislação civil, rejeitar a aplicação desta teoria da oferta/contrato pelo mesmo argumento que apresentou ao rejeitar a sua aplicação na reflexão do texto do BGB.

⁸⁷ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *ob. cit.*, pág. 512-513;

Opinião igualmente perfilhada por António Menezes Cordeiro – CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil IX, Direito das Obrigações*, Coimbra: Almedina, 3.^a ed., 2019, pág. 870.

assunção externa), seja por parte do primitivo devedor e assuntor (no âmbito da assunção interna).

Deste modo, conclui Mota Pinto pela inadmissibilidade da extensão automática dos vícios do negócio assumptivo interno, isto é, dos vícios decorrentes da relação entre devedor e assuntor (“*relação de cobertura*”⁸⁸ como classifica Luís Menezes Leitão), só podendo ser oposto ao credor a “*invalidade do negócio assumptivo quando este conhecesse ou lhe fosse cognoscível o fundamento de tal invalidade ocorridos nas relações entre antigo e novo devedor*”⁸⁹, gozando assim o credor de uma tónica mais acentuada de protecção, sob a alçada do regime geral da protecção do declaratário comum dos negócios jurídicos.

Em defesa pela aplicabilidade desta teoria como fonte da natureza jurídica do efeito liberatório da assunção de dívida, refere Mota Pinto estar em causa a defesa pelo princípio da confiança legítima do credor, referindo o autor ocorrer, por vezes, a supressão deste princípio por parte de jurisprudência alemã em favorecimento da tese conceitualista da disposição/ratificação:

*“No âmbito da sucessão singular nas dívidas tem, efectivamente, algumas vezes, a jurisprudência alemã, com prejuízo da confiança legítima do credor, reconhecido a possibilidade de invocação, pelo assuntor, da invalidade do contrato com o devedor originário, onde se integra a assunção. Este resultado, despido de toda a razoabilidade, é fundado, além do recurso à doutrina da redução dos negócios inválidos, numa dedução conceitualista da solução dos três sujeitos, como acordo entre devedor originário e assuntor ratificado pelo credor, perdendo assim, de vista os interesses das partes (cfr. HECKELMANN, Die Anfeschtbarkeit von Schuldübernahme, Munster, 1966).”*⁹⁰.

A nosso ver, cremos que os maiores problemas de definição de fronteiras residem não quanto à assunção externa, pois quanto a esta, e conforme já mencionado, não é a intervenção do primitivo devedor elemento essencial para a eficácia do contrato assumptivo, mas sim quanto à assunção interna em que é possível a sua verificação por meio do contrato outorgado entre o primitivo devedor e o assuntor, posteriormente ratificado pelo credor, ou, em alternativa, com a intervenção directa do credor ao contrato entre o devedor originário e o assuntor.

⁸⁸ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, *ob. cit.*, pág. 57.

⁸⁹ COSTA, Mariana Fontes da, *ob. cit.*, pág. 383-384.

⁹⁰ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *ob. cit.*, pág. 513, nota de rodapé (1).

Quando ocorra o contrato entre o primitivo devedor e o assuntor, posteriormente ratificado pelo credor, o acto de ratificação em si, como aliás qualquer acto ratificativo, não faz parte integrante do contrato originário. Sucede posteriormente de forma a conceder eficácia plena ao contrato. Portanto, o negócio assumptivo tem apenas dois outorgantes: o primitivo devedor e o assuntor.

Em alternativa, quando queira o credor intervir de forma directa no contrato de assunção, apesar de, efectivamente, se reconhecer a outorga por parte de três sujeitos no contrato, há que reconhecer que a intervenção tripartida não transforma o contrato em causa num contrato de estrutura trilateral, o qual, no final de contas, se subsume nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 595.º do Código Civil: “*Por contrato entre o antigo e o novo devedor (...)*”, sendo, por isso, um contrato de estrutura bilateral.

Deste modo, e com o devido respeito por opinião diversa, nunca se poderá qualificar o contrato de assunção de dívida sob a alçada de uma estrutura trilateral. O facto de haver uma potencial intervenção tripartida no contrato, não o qualifica dessa forma, pois a partir da ratificação o credor passa a fazer parte do contrato. Ou, pelo menos, deixa de poder ser tido como terceiro. Porque é parte no acordo. Mas não o negociou, limitando-se a aceitá-lo. Portanto, os defeitos que eventualmente existam na relação “devedor *versus* assuntor” são, para o credor, *res inter alios acta*.

Assim, e em conclusão quanto à análise da natureza jurídica do efeito liberatório da assunção de dívida, cremos pela orientação doutrinária defendida por Antunes Varela, entre tantos outros autores de peso ⁹¹, pela tese da disposição/ratificação.

Ora, partindo da teoria defendida por Antunes Varela, ponto assente é então o facto de em qualquer uma destas situações nunca poder ser o contrato de assunção de dívida classificado enquanto trilateral pelos motivos supra expostos (estamos no domínio da assunção de dívida, que surge tendo por base a existência de um contrato base entre o devedor e o assuntor ou entre o credor e o assuntor).

⁹¹ Entre os quais Ney Ferreira:

“*A assunção de dívidas é, pois, o negócio jurídico bilateral (contrato) modificativo da relação obrigacional na titularidade do débito, constituído pela unidade de um acto negocial de aceitação de vinculação, com a desvinculação correlativa, e um acto dispositivo do crédito, originado no credor ou ratificado por ele.*” – FERREIRA, José Carlos Ney, *ob. cit.*, pág. 98.

Deste modo, tendo por base esta premissa de bilateralidade e, focando toda a nossa atenção para a assunção interna ⁹², concluímos ser o credor um terceiro à relação subjacente entre devedor e assuntor.

Assim, existem aqui dois princípios fundamentais que são prementes a este respeito, conforme explana Antunes Varela:

- (i) na eventualidade de surgir algum vício na relação subjacente entre devedor e assuntor, o mesmo não é susceptível de oposição ao credor, como forma de subterfugio ao cumprimento da prestação por parte do assuntor, pois sendo o contrato base uma “relação a dois” (dado o facto de apenas ter sido negociado entre devedor e assuntor, limitando-se o credor a aceitá-lo), os vícios, eventualmente existentes, decorrentes desta relação, são para o credor, *res inter alios acta*;
- (ii) no entanto, na eventualidade de surgirem vícios que retroajam a momento anterior à assunção de dívida, v.g. a nulidade do próprio contrato que originou a dívida, por v.g. falta de forma do mesmo, a falta de legitimidade... podem estes meios de defesa aproveitarem “hoje” ao assuntor para se escusar do cumprimento da prestação, desde que não sejam meios de defesa pessoais ao devedor, como por exemplo a anulabilidade por erro, dolo, coacção..., que são vícios que só podem ser aproveitados pelo seu titular, por força do artigo 287.º do nosso Código Civil, exceptuando, se estes forem invocados pelo próprio interessado, isto é, pelo primitivo devedor. Naturalmente, perante tal invocação pelo próprio lesado, aproveitam o assuntor.

Ora, mas vejamos então como podem estes vícios que dizem respeito a momento anterior à assunção de dívida aproveitar “hoje” ao assuntor para se escusar ao cumprimento

⁹² Quanto à assunção externa, uma vez sendo esta efectivada por meio do contrato outorgado entre o credor e o assuntor, torna-se facilmente perceptível que o assuntor que poderá opor ao credor qualquer vício da formação da vontade, uma vez que foi este parte directa no contrato de assunção.

Assim, e tal como refere Luís Menezes Leitão:

“(...) não há qualquer dívida que o novo devedor pode opor ao credor os meios de defesa derivados da relação entre ele próprio e o credor.” – LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pág. 64.

O exemplo é claro, recordando o caso referido por Antunes Varela:

“O novo devedor pode, por ex., alegar que o credor o induziu dolosamente a crer que o montante da dívida era essencialmente menor do que a realidade veio a demonstrar.” – VARELA, João de Matos Antunes, ob. cit., Vol. II, pág. 377.

da prestação, conforme resulta, inclusivamente, do disposto no artigo 598.º do nosso Código Civil.

Esta questão está intimamente associada à natureza jurídica do próprio contrato de assunção de dívida, onde, na qual a doutrina e jurisprudência se apresentam em prol da abstractividade *versus* causalidade ⁹³. Vejamos.

Por um lado, apresenta-se uma ala doutrinária defensora da tese abstractividade. Este alinhamento doutrinário afirma as suas convicções pelo argumento de a assunção de dívida sobreviver e manter a sua validade independentemente da sua causa.

Nas palavras de Menezes Cordeiro:

“A existência normal de uma fonte originante da assunção não é necessária para a subsistência desta. Entende o Direito que, uma vez celebrada a transmissão da dívida, não seria justo sujeitar o credor que, fiado nas aparências, deu o seu assentimento, às vicissitudes possíveis na relação verificada entre os devedores inicial e posterior.” ⁹⁴.

E:

“Temos, pois, no coração do Direito civil, uma situação abstracta.” ⁹⁵.

Neste sentido segue igualmente o entendimento dos nossos Tribunais superiores:

“VI - Constituindo a assunção de dívida um acto abstracto, com a consequente inoponibilidade ao credor de eventuais vícios existentes na relação subjacente, sendo idóneo o contrato transmissivo da dívida, o novo devedor não tem o direito de opor ao credor os meios de defesa baseados nas relações entre ele e o antigo devedor, pois que o credor é estranho a essa relação.” ⁹⁶.

⁹³ Vejamos, no entanto, que, não obstante esta relação em causa estar sob a alçada de uma estrutura totalmente bilateral pelos motivos supra expostos, verdade incontestável é também o facto de esta bilateralidade não se opor à natureza jurídica do negócio de assunção de dívida, que, na nossa perspectiva, não se tipifica um negócio abstracto, mas sim um negócio causal.

⁹⁴ Conforme citação feita pelo Supremo Tribunal de Justiça de António Menezes Cordeiro, da sua obra *Direito das Obrigações* – Conforme acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 23/09/2008, em processo que correu os seus termos sob o n.º 08A2171.

⁹⁵ CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil IX, Direito das Obrigações*, ob. cit., pág. 864.

⁹⁶ Conforme posição adoptada em acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11/04/2013, em processo que correu os seus termos sob o n.º 67/09.6TBLSA.C1.S1.

*“A assunção da dívida é um acto abstracto, subsistindo independentemente da existência ou validade da sua fonte.”*⁹⁷.

*“A assunção da dívida é um acto abstracto, subsistindo independentemente da existência ou validade da sua fonte daí que a nulidade do contrato de mútuo não implica a nulidade da assunção de dívida estabelecida pelos restantes requeridos a favor da primeira requerida, podendo como tal serem também arrestados os bens daqueles.”*⁹⁸

Ora, efectivamente e, tendo principalmente, o argumento apresentado por Menezes Cordeiro, não nos podemos contrariar a este. Não é justo ao credor estar exposto às susceptibilidades da própria assunção de dívida, negociada totalmente entre devedores, a qual, no final será ou não merecedora do seu assentimento. Isto é uma verdade incontestável. No entanto, será este facto suficiente para arrebatrar qualquer réstia de ideia quanto à natureza jurídica causal e não abstracta? Vejamos.

No ordenamento jurídico português os negócios jurídicos abstractos são proibidos, excepto em raros casos. Pode, inclusivamente, afirmar que são a excepção à regra.

Veja-se que, o disposto no artigo 458.º, n.º 1 do nosso Código Civil prevê que um negócio jurídico unilateral é aquele em que existe uma promessa unilateral ou um reconhecimento de dívida. No entanto, ressalva, ainda, que a falta de indicação da causa do negócio jurídico só dispensa o credor do ónus de provar a relação fundamental, pois há a presunção da existência de uma causa para aquele negócio⁹⁹.

Neste sentido:

“Na Ordem Jurídica portuguesa, os negócios causais constituem a regra e os negócios abstratos a excepção. Da contraposição dos artigos 457º e 458º do Código Civil, sobre as promessas unilaterais, resulta que as promessas unilaterais abstratas são

⁹⁷ Conforme posição adoptada em acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23/09/2008, em processo que correu os seus termos sob o n.º 08A2171.

⁹⁸ Conforme posição adoptada em acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 07/12/2018, em processo que correu os seus termos sob o n.º 1575/18.3T8PVZ-A.P1.

⁹⁹ Veja-se, no entanto, que, em caso de instauração de acção judicial, o credor, na qualidade de autor ou exequente, não fica dispensado de alegar e provar a relação subjacente. Assim:

“ O art. 458º CC não consagrar o princípio do negócio abstrato, mas apenas a inversão do ónus da prova da existência da relação fundamental e por isso, não fica o credor desonerado do ónus da alegação da relação fundamental, a servir de causa de pedir, aquando da apresentação do requerimento executivo, sob pena de ineptidão deste, mas já não lhe incumbe provar o facto constitutivo da obrigação.” – Conforme posição adoptada em acórdão do Tribunal da Relação do Porto, em 17/06/2019, em processo que correu os seus termos sob o n.º 24873/17.9T8PRT-A.P1.

taxativamente típicas e só são obrigatórias “nos casos previstos na lei”; fora deles, as promessas unilaterais são causais e apenas dispensam o credor de provar a respetiva causa (relação fundamental, “cuja existência se presume até prova em contrário.” ¹⁰⁰.

Os negócios jurídicos abstractos são encarados enquanto anomalias na nossa ordem jurídica, porque, sobretudo, a abstracção apenas se justifica para protecção de terceiros, o que, no caso em concreto da assunção de dívida, não se justifica, pois sabemos bem a identidade das partes deste universo assumptivo.

Neste sentido:

“(…) em face do direito português, que só admite a categoria dos negócios abstractos e, casos muito especiais (e ainda aí com fortes limitações).” ¹⁰¹.

Ora, na senda de uma realidade assumptiva, entendemos ser a assunção de dívida um negócio jurídico causal, pois, tem como fim, ou a exoneração do primitivo devedor com a sucessão, pessoal e patrimonial, do assuntor à relação jurídica obrigacional, ou, precisamente, o fim de eleição da assunção cumulativa de dívida (em garantia), o escopo de garantir do negócio jurídico base ¹⁰², ou seja, do negócio jurídico que originou a própria assunção (seja um contrato de mútuo, seja um contrato de empreitada), com a adjunção, pessoal e patrimonial, de mais um sujeito passivo à relação obrigacional. É esta, maioritariamente, a sua causa.

Ora, no caso em análise quanto à oponibilidade de vícios que retroajam a momento anterior à própria assunção de dívida, conforme resulta inclusivamente da redacção do próprio artigo 598.º do nosso Código Civil (ressalvando, naturalmente, os meios de defesa pessoais do primitivo devedor), se qualificássemos a assunção de dívida enquanto negócio jurídico abstracto, como parece ser tendencialmente a posição de uma significativa corrente doutrinária e jurisprudencial, tal significaria que nenhum meio de defesa nem nenhum vício

¹⁰⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais de; VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de, *ob. cit.*, pág. 457.

¹⁰¹ CORREIA, António Ferrer, “*Notas para o Estudo da Garantia Bancária*”, *Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado*, 1989, pág. 4.

¹⁰² Não obstante, obviamente, as demais finalidades existentes.

No entanto, e conforme irá ser oportunamente destacado, raros são os casos em que se formulam as chamadas assunção cumulativa *tout cort*. Assim:

“(…) raros são os casos em que o assuntor cumulativo passa a fazer parte efectiva da relação sinalagmática estabelecida entre o credor e o primeiro devedor, passando também a ser credor daquele” – GOMES, Manuel Januário Costa, *ob. cit.* 273.

do negócio que a originou seria susceptível de a arrebatá-lo, precisamente pela sua capacidade de abstracção em relação à sua fonte.

Enneccerus-Lehmann, cujas orientações se prendem pela tese da abstractividade no meio assumptivo, afirmam não ser esta essência abstractiva impeditiva, no entanto, para que se possa invocar a nulidade do contrato base que originou a própria assunção de dívida Assim:

*“La asunción de deuda es un contrato abstracto (...) Por tanto, el que asume la deuda no puede, frente al acreedor, derivar objeción alguna de la relación básica de la asunción de deuda, que media entre él y el hasta entonces deudor (...) y, en particular, no puede alegar que esta relación es nula (...) Pero, naturalmente, sí puede invocar la nulidad o la impugnación eficaz del contrato mismo de asunción de deuda.”*¹⁰³ (nosso sublinhado).

Ora, mas se reflectirmos bem e se percorremos o regime da nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico, pelo menos, à luz do ordenamento jurídico português, como justificamos, à luz desta hipotética abstracção do negócio assumptivo, ser o mesmo susceptível de oposição de qualquer vício, por parte do assuntor ao credor?

Para melhor compreensão, imaginemos que o contrato base que originou a assunção de dívida é, v.g. contrato de mútuo entre A e B, o qual é posteriormente objecto de assunção de dívida a C. Imaginemos agora que há um vício v.g. de forma neste contrato de mútuo. Havendo este vício, é o mesmo nulo por falta de forma, por força do disposto nos artigos 1143.º, 220.º e 286.º, todos do nosso Código Civil.

Ora, se fossemos fiéis a esta interpretação da assunção de dívida enquanto negócio jurídico abstracto, o facto de o mesmo ser nulo não deveria afectar a sua subsistência, não podendo, portanto, o C arguir a nulidade do contrato que originou a sua assunção perante o credor, o que não teria qualquer cabimento, visto, inclusivamente, poder ser a nulidade arguida por qualquer interessado e a todo o tempo, e, ainda, declarada oficiosamente por Tribunal, por força do artigo 286.º do Código Civil.

Neste sentido, Hugo Ramos Alves:

“Caso estivéssemos perante uma vera e própria abstracção, tendo em conta a letra do artigo 598.º, o assuntor não poderia arguir a nulidade ou anulabilidade relativamente ao contrato que serviu de fundamento à assunção. Tendo em conta que, nos termos do artigo 286.º, a nulidade é invocável a todo o tempo por qualquer interessado e pode ser declarada

¹⁰³ ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin, revisto por LEHMANN, Henrich, *ob. cit.*, pág. 423-424.

*oficiosamente pelo tribunal, temos por duvidosa a afirmação de que não se pode invocar a nulidade do contrato-base.”*¹⁰⁴ (sublinhado nosso).

Efectivamente, entendemos ser este o argumento que prima pela rejeição da teoria desenvolvida, essencialmente, por Enneccerus-Lehamann: se estivéssemos na senda de um verdadeiro contrato abstracto não se poderia arguir qualquer nulidade ou anulabilidade, à luz do artigo 598.º do Código Civil português. Deste modo, abrir-se-iam portas para uma contradição entre este disposto e a disposição constante no artigo 286.º do nosso Código Civil.

Entendemos, por isto, ser a assunção de dívida um negócio causal e não um negócio abstracto, conforme nos parece, erradamente, numa primeira leitura desatenta do artigo 598.º do nosso Código Civil.

Assim, Pires de Lima e Antunes Varela quando esclarecem que os efeitos da assunção de dívida são definidos “*em função da sua causa, ou seja do negócio gratuito ou oneroso (doação, compra e venda, etc..) em que a assunção se integra. Esta não é, de facto, tratada enquanto negócio abstracto, e, por isso, o seu regime há-de ser procurado através da natureza do contrato que as partes tiveram em vista realizar e lançar mão dela.*”¹⁰⁵.

Fechando este breve parêntese para análise da natureza jurídica do efeito liberatório da assunção de dívida, parece-nos que se deve atender ao facto de não remeter apenas a assunção de dívida para o efeito mais imediato e “sem espinhas” que nos leva intuitivamente a crer na exoneração do primitivo devedor com a entrada do assuntor na relação obrigacional, tomando a dívida como sua.

Parece-nos então que se deve atender agora ao modo de realização do instituto, em particular quanto aos sujeitos intervenientes do regime, o próprio objecto e quanto à forma exigida ao regime da assunção de dívida.

5.2. Os sujeitos

Como já foi largamente explanado, o regime jurídico da assunção de dívida conforme se encontra estabelecido no Direito positivo português, implica necessariamente a presença de dois sujeitos: o credor e o assuntor, sendo que a presença do primitivo devedor poderá ser ou não dispensável, ficando tal critério inteiramente à disposição da vontade das partes

¹⁰⁴ ALVES, Hugo Ramos, *ob. cit.*, pág. 551.

¹⁰⁵ LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, *ob. cit.*, Vol. I, pág. 614.

(quando a assunção de dívida se reflecta internamente, por contrato entre o primitivo devedor e o assuntor, ou quando se efectue por meio de assunção externa, com a intervenção do primitivo devedor, sendo que a esta não é elemento vinculativo, conforme já referenciado).

São estes os únicos sujeitos necessários para operar o regime da assunção de dívida, pois conforme esclarece Vaz Serra nos seus trabalhos preparatórios ao nosso actual Código Civil, a assunção de dívida apenas opera sobre o sacrificio dos interesses de quem assume e toma a dívida como sua (assuntor) e sobre os interesses do titular do direito de crédito, que vê a possibilidade da transmissão do seu crédito da esfera jurídica do seu devedor para a titularidade de outro indivíduo, vendo, conseqüentemente, as suas hipóteses de recuperação de crédito oscilarem favoravelmente, ou não, dependendo do património do assuntor ¹⁰⁶.

Nesta senda, achamos importante percorrer a linha de raciocínio desenvolvida por Ney Ferreira, quando faz a conexão dos sujeitos envolvidos na relação assumptiva com a sua capacidade jurídica:

“Os sujeitos devem ter capacidade de contratar nos termos gerais de direito e, para a validade do facto modificativo da relação jurídica, capacidade de obrigar.” ¹⁰⁷.

Ocorre, no entanto, que quando nos debruçamos acerca da capacidade jurídica das partes em relação ao acto assumptivo, dúvidas se levantam quanto à natureza do acto por parte do assuntor: será este um acto assumptivo qualificado sob a alçada dos actos de administração ou será este um acto meramente de disposição?

¹⁰⁶ Possibilidade esta que, claro está, poderá o credor sempre travar não prestando a sua ratificação no caso de uma assunção interna ou, prestando, mas não declarando expressamente a sua intenção de exonerar o primitivo devedor, contando assim à sua disposição com dois sujeitos que respondem solidariamente entre si de forma pessoal e patrimonial, activando assim a modalidade da assunção cumulativa de dívida.

No entanto, e ainda sobre os sujeitos intervenientes de uma relação assumptiva, não deixa de ser curioso e único, permitirmos que sujeitos que não o próprio devedor, possam dispor do eventual interesse deste para o cumprimento de uma prestação que é sua. É neste sentido que parte a questão de Joana Pinto Monteiro, apresentando de seguida, de forma tripartida, a lógica deste singular fenómeno de exclusão do devedor ao negócio assumptivo, explicação esta com a qual se adere integralmente:

“Primeiro, na assunção cumulativa, o devedor não é substituído pelo que pode pagar a dívida como própria. Em segundo lugar, na assunção liberatória, a liberação do devedor é obrigatória para o credor, potestativa para o devedor, que pode, todavia, pagar a dívida como própria em virtude de obrigação natural, uma vez que foi substituído como devedor. Em terceiro e último, o interesse público no cumprimento dos contratos, que permite que um terceiro pague uma dívida à margem do conhecimento e consentimento do devedor.” – MONTEIRO, Joana Pinto, *ob. cit.*, pág. 10.

¹⁰⁷ FERREIRA, José Carlos Ney, *ob. cit.*, pág. 100.

Em resposta a esta questão, Ney Ferreira, com recurso a doutrina internacional, estabelece o critério da existência de uma obrigação *in solutum*, isto é, o motivo do ingresso do assuntor à nova realidade assumptiva.

Ora, tendo em consideração a nossa vida em sociedade e azáfama de obrigações geradas todos os dias, por norma a chegada de um novo obrigado a uma nova realidade de obrigações existentes entre um devedor e o seu credor, não vem desprovida de qualquer razão, mas sim por existir, na maioria das vezes, uma obrigação antecedente e paralela à obrigação principal, ou seja, por existir um direito de crédito do primitivo devedor sobre o ora assuntor. E, neste sentido, descortina Ney Ferreira ser o acto de assunção de dívida por parte do assuntor um acto de administração, cumprindo assim a prestação no lugar do primitivo devedor, com base num estipulado *in solutum*.

Ao invés, se não existir qualquer obrigação paralela a esta relação obrigacional e o assuntor assumir a dívida como sua por um mero acto de liberalidade (o que também não se pode desconsiderar, mas como certamente se entende, será uma realidade diminuta) então estaremos perante um acto de disposição.

Neste sentido:

*“Normalmente o ingresso do novo obrigado tem causa numa obrigação paralela e é estipulado in solutum dum débito do novo devedor para com o antigo devedor. Mas, se o novo devedor actua por mera liberalidade, então o acto não pode considerar-se de administração ordinária e fica sujeito aos requisitos de disponibilidade dos actos de doação.”*¹⁰⁸.

5.3. O objecto

Possibilidade: a fungibilidade da prestação

O objecto da assunção de dívida é sem qualquer tipo de dúvida o débito assumido. Assim nos refere Ney Ferreira¹⁰⁹.

¹⁰⁸ No entanto, sobre isto refere e cita Ney Ferreira doutrina internacional que considera que o acto de cessão de débito deve ser sempre qualificado enquanto acto de disposição por ser um verdadeiro contrato real, cujo fim é a própria disposição – FERREIRA, José Carlos Ney, *ob. cit.*, pág. 100, nota de rodapé (137).

¹⁰⁹ FERREIRA, José Carlos Ney, *ob. cit.*, pág. 101.

Ora, deste modo, e sendo a assunção de dívida um negócio jurídico, seja por efectivação externa ou interna, terá sempre que obedecer aos requisitos gerais do objecto negocial, impostos pelo disposto no artigo 280.º do nosso Código Civil:

- (i) possibilidade (física e legal);
- (ii) licitude;
- (iii) determinabilidade.

Analisando a possibilidade legal do objecto negocial, e uma vez estando no seio do negócio assumptivo, para que este seja possível é necessário que o cumprimento da prestação do seu débito possa ser efectuado por pessoa diferente daquela que, até à data, figurava devedor da relação obrigacional. Se assim não o for, tornar-se-á fisicamente impossível a prestação de uma dívida assumida que revista carácter infungível por estar intrinsecamente conectada à pessoa que anteriormente se intitulava enquanto devedor daquela relação obrigacional.

Para melhor compreensão dá Ney Ferreira o seguinte exemplo:

*“Configura-se, pois, objecto fisicamente impossível da assunção a dívida que consiste numa obrigação infungível de fazer. Em suma, quando a prestação revista carácter pessoal, como é o caso do contrato para o exercício de uma actividade intelectual específica.”*¹¹⁰.

Claramente nada disto nos parece ilógico perante uma assunção liberatória de dívida, uma vez que se faz esta destrinça sobre a obrigação da prestação e a pessoa que anteriormente ao negócio assumptivo figurava devedor da relação obrigacional.

No entanto, parece-nos relevante questionar se, quanto à modalidade da assunção cumulativa de dívida, uma vez não exonerando o credor o primitivo devedor, vendo, pelo contrário, as suas possibilidades de recuperação de crédito agora duplicadas pela entrada pessoal e patrimonial de um novo obrigado, será necessário que a dívida seja igualmente fungível, uma vez que pode ser a mesma continuar a cumprida pelo devedor não exonerado.

Sobre esta questão subscrevemos a posição propugnada por Joana Pinto Monteiro quando nos refere que, se assim não fosse e a prestação revestisse carácter pessoal, em nada beneficiaria o credor de ter um leque de convedores e apenas pudesse ser a prestação cumprida por um deles, concluindo assim pela imprescindibilidade da fungibilidade do débito para que possa este ser cumprido pelo primitivo devedor ou pelo assuntor.

¹¹⁰ FERREIRA, José Carlos Ney, *ob. cit.*, pág. 101.

Neste sentido:

*“Aliás, refira-se que a fungibilidade terá que também de existir na assunção cumulativa, pois ainda que a prestação se não transmita só haverá vantagem para o credor se ambos os devedores poderem, efectivamente, realizar a prestação, caso contrário, em nada o credor sairá beneficiado.”*¹¹¹.

Determinabilidade: a transmissibilidade de dívidas futuras

Há ainda, no entanto, que conferir especial atenção quanto à determinabilidade do objecto negocial, pois questão que nos parece ter também particular importância é saber se, no seio de toda esta redoma de transmissibilidade singular de dívidas, é a posição jurídica do primitivo devedor transposta para a esfera jurídica do assuntor ou não.

Esta pergunta embate precisamente com o requisito da determinabilidade onde, no caso em apreço, se vai querer saber se serão subsumíveis à assunção de dívidas, os débitos ainda não vencidos, por isso futuros, como por exemplo *“as que surgirão pro rata temporis, aquelas cujo facto constitutivo ainda deve ser completado, aquelas cuja causa só surge com o decurso do tempo”*¹¹².

Ora, parece-nos claro que sobre as dívidas actuais à data da assunção, isto é, já vencidas, dúvidas não restam para alcançar a clara conclusão que são totalmente subsumíveis e, por isso, susceptíveis de transmissão no momento da celebração do negócio assumptivo.

No entanto, quanto aquelas que ainda não se venceram, e uma vez admitindo o nosso Código Civil, nas suas disposições nos artigos 211.º e 399.º, a prestação de coisas futuras, tendemos a colher os argumentos vertidos pela maioria da doutrina, nomeadamente Vaz Serra e Mota Pinto, quando, por força da teoria da transmissão, admitem a assunção de dívidas futuras, desde que sejam estas suficientemente determináveis, ocorrendo apenas a sua transmissão na data em que surgir a própria dívida.

Assim:

“Podem assumir-se, não só as dívidas presentes, como as futuras, não há motivo para excluir estas. Assumindo-se uma dívida futura, a transmissão dela só se dá na data em que surgir. O direito moderno não se opõe a que os efeitos de um negócio jurídico inter vivos se produzam no futuro e a que, por isso, os elementos, de que dependem esses efeitos,

¹¹¹ MONTEIRO, Joana Pinto, *ob. cit.*, pág. 10.

¹¹² PINTO, Carlos Alberto da Mota, *ob. cit.*, pág. 270.

*se verifiquem mais tarde. O que pode suceder é que a assunção de dívida futura não seja eficaz por não ser suficientemente determinada ou determinável essa dívida.”*¹¹³.

E:

*“Deverá, portanto, ser recusada a eficácia à assunção de dívidas futuras insuficientemente determinadas. Por outra via, parece dever aceitar-se, igualmente, para a transmissão singular de dívidas futuras a chamada “teoria da transmissão” (...).”*¹¹⁴.

De igual forma, no BGB:

*“También pueden asumirse las deudas futuras e, en tal caso, el tránsito se opera simultáneamente al nacimiento de ellas (...).”*¹¹⁵.

5.4. A forma

Considerando as características modificativas típicas do instituto jurídico da transmissão singular de dívidas, por meio da assunção de dívida, e tendo em consideração os contornos consideráveis e sensíveis que este negócio jurídico poderá assumir, em qualquer uma das suas modalidades, vejamos se é ou não exigida forma específica para a sua celebração.

À luz da nossa legislação civil, a secção que se dedica à regulação da matéria da transmissão singular de dívidas, no disposto nos artigos 595.º e seguintes do Código Civil, não exigiu forma específica para a celebração da assunção de dívida, tal como a solução preconizada pelo BGB, uma vez que se crê estar em harmonia com o princípio da liberdade de forma, consagrado no artigo 219.º, por se considerar a assunção de dívidas um negócio jurídico meramente consensual.

Elucida o n.º 2 do artigo 221.º do Código Civil que os pactos modificativos dos negócios jurídicos não são sujeitos a forma escrita, excepto por exigências especiais.

Assim:

“(...) a assunção não está sujeita a forma especial, seguindo o regime geral da lei civil (art. 219.º), segundo o qual, como regra, a declaração negocial pode revestir qualquer modo de exteriorização da vontade do autor, pelo que no plano dos contratos é suficiente a

¹¹³ SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *ob. cit.*, pág. 206.

¹¹⁴ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *ob. cit.*, pág. 271.

¹¹⁵ ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin, revisto por LEHMANN, Henrich, *ob. cit.*, pág. 410.

*verificação do mútuo consenso das partes para que os mesmos se tenham por bem formados.”*¹¹⁶.

Neste sentido vai a posição preconizada pelos nossos Tribunais superiores:

*“O acordo de transmissão singular de dívida, por ser meramente consensual, admite a prova por testemunhas.”*¹¹⁷.

E:

*“(…) a assunção de dívida não se encontra sujeita a forma especial, como decorre do art. 595, n.º1, do C.C.”*¹¹⁸.

No entanto, dadas as perigosidades associadas à assunção de dívida, principalmente quando enquadrada na modalidade liberatória, poder-se-á questionar se não será imprudente a inexistência de forma escrita a este pacto modificativo da identidade passiva da relação obrigacional.

No nosso entender, cremos que a resposta à questão supra deverá verter no sentido negativo, salvo o respeito por opinião diversa¹¹⁹. E, sim, estamos efectivamente perante um negócio jurídico que poderá acarretar consequências nefastas e ludibrias para as partes, principalmente para o credor que, de repente, é confrontado com um negócio assumptivo, no qual pretende o seu primitivo devedor ser exonerado, assumindo o débito alguém que v.g. não tenha a mesma capacidade financeira.

Neste sentido partiu a dinâmica impressa nas legislações civis da Alemanha, Suíça e Itália, no caso do *accollo*, conforme nos referencia Vaz Serra, no anteprojecto ao nosso actual Código Civil. Neste sentido:

¹¹⁶ FERNANDES, Luís A. Carvalho; CUNHA, Paulo Olavo de Pitta e, *Assunção de Dívida Alheia: capacidade de gozo das sociedades anónimas: qualificação de negócio jurídico*, in Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa: 31 de Janeiro de 1997, pág. 705-706.

¹¹⁷ Conforme posição adoptada em acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 25/03/2004, em processo que correu os seus termos sob o n.º 2460/03-3.

¹¹⁸ Conforme posição adoptada em acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23/09/2008, em processo que correu os seus termos sob o n.º 08A2171.

¹¹⁹ E sobre isto, considera Ney Ferreira que qualquer uma das modalidades da assunção de dívida, quer liberatória quer cumulativa, se enquadram nas tais “razões da exigência especial da lei lhes forem aplicáveis.”, devendo assim ser as mesmas sujeitas obrigatoriamente a forma escrita, principalmente quando o assuntor assume a dívida num mero espírito de liberalidade sem ter por base nenhuma obrigação *in solutum* – FERREIRA, José Carlos Ney, *ob. cit.*, pág. 110-111.

“(…) a assunção de dívida é um acto livre de forma.”¹²⁰.

No entanto, e como já foi sendo diversas vezes referido ao longo do presente estudo e o qual se pretende consolidar como um dos pontos mais determinantes e únicos deste regime, é o facto de apesar dos cenários retractados serem tenebrosos na perspectiva do credor, os mesmos só se concretizarão se o credor os permitir, isto é, se expressamente consentir na exoneração do seu primitivo devedor. Se nada disser, nem fizer, o primitivo devedor permanece obrigado, posição que anda em consonância com o preconizado no resultado das lides em Portugal:

“Para que haja transmissão singular de dívida, com eficácia perante o credor, não basta o consentimento tácito deste, que possa resultar do seu comportamento processual – é necessária uma declaração expressa nesse sentido (n.º 2 do art. 595.º do CC).”¹²¹.

Contudo, o facto de entendermos pela não exigência de forma escrita à figura da assunção de dívida, tal não obsta à sua funcionalidade prática, principalmente quando a assunção se efectue por meio do contrato entre o primitivo devedor e o assuntor em que, posteriormente, é necessário o acto ratificativo do credor para que se torne o negócio assumptivo eficaz e alcance sua a perfeição. Ocorrendo a redacção escrita deste negócio assumptivo¹²², há que concluir sem sombra de dúvidas, que as partes outorgantes vêm os

¹²⁰ Von Tuhr, conforme citação feita por Vaz Serra – SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *ob. cit.*, pág. 208, nota de rodapé (33).

¹²¹ Conforme posição adoptada em acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11/12/2001, Revista de Legislação e Jurisprudência n.º 3394/01 – GONZÁLEZ, José Alberto, *ob. cit.*, Vol. II, pág. 365.

¹²² Havendo redacção escrita do acordo de assunção de dívida, principalmente na senda de uma assunção interna, isto é, por acordo entre “o antigo e o novo devedor”, entendemos pela posição efectuada por Vaz Serra e Ney Ferreira, na qual, há que atender à intenção por detrás do acto de adjunção à dívida ou do acto impulsor da exoneração do devedor. Vejamos:

- (i) Se o assuntor assume a dívida, independente da modalidade que reveste (no entanto, e como oportunamente iremos abordar, na senda de uma assunção cumulativa de dívida, raros são os casos em que há qualquer essência de liberalidade) por mero acto de liberalidade, existindo alguma redacção escrita do acordo, deve esta atender às regras de forma do contrato de doação, sendo analogicamente aplicável o disposto no artigo 947.º do nosso Código Civil;
- (ii) Ao invés, se o acto de assunção for originado pela existência de uma obrigação antecedente e paralela ao acordo assumptivo (a existência de um v.g. um contrato de crédito), com base no estipulado *in solutum*, então o acordo terá de observar a forma do contrato de mútuo, sendo analogicamente aplicável o disposto no artigo 1143.º do nosso Código Civil.

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *ob. cit.*, pág. 208, nota de rodapé (33); FERREIRA, José Carlos Ney, *ob. cit.*, pág. 110-111.

seus direitos e interesses melhor acautelados com os termos e condições “preto no branco”, vendo as probabilidades de surgimento de algum imprevisto substancialmente reduzidas.

Capítulo III

6. A assunção cumulativa de dívida

6.1. Noção e fins

Como já referido, a assunção de dívida pode desdobrar-se em diversas modalidades, podendo assumir-se efectivamente na sua expressão mais própria e mais intuitiva, em que cremos que a entrada do assuntor “*provoca a substituição do devedor, que se exonera da respectiva obrigação.*”¹²³, mas pode, no entanto, ocorrer que o credor não consinta nesta substituição do seu devedor, rejeitando assim a transmissão (singular) da dívida da esfera jurídica deste para a esfera jurídica de um terceiro.

Perante este cenário, estaremos diante a modalidade do regime em *latu sensu*: a assunção cumulativa de dívida, adesão/acessão/adjunção à dívida, assunção reforçativa/multiplicadora da dívida, co-assunção de dívida ou ainda reforço pessoal da obrigação, como prefere denominar Orlando Gomes junto da doutrina brasileira, tendo em consideração o escopo de ampliar¹²⁴.

A assunção cumulativa de dívida encontra então expressão junto da nossa actual legislação civil, com a profunda reforma do nosso Código Civil, através um resquício no n.º 2 do artigo 595.º:

“Em qualquer dos casos a transmissão só exonera o antigo devedor havendo declaração expressa do credor; de contrário, o antigo devedor responde solidariamente com o novo obrigado.” (sublinhado nosso).

¹²³ FERREIRA, José Carlos Ney, *ob. cit.*, pág. 69.

¹²⁴ E, sobre todas estas designações, muitas delas existentes tendo em consideração os efeitos atingidos pela modalidade em causa, explica Hedemann que “*a expressão cumulativa provém de cumulus, que significa montão, pluralidade*”, conforme referencia Roldão de Freitas Gomes.

Sobre a determinação da nomenclatura mais adequada, consideramos, tal como Roldão de Freitas Gomes, ser a expressão “cumulativa” a que melhor se ajusta à modalidade em causa, uma vez que se caracteriza pela “*superveniência de um ou mais devedores, ao lado do originário, na mesma dívida, já existente quando a assumem.*” – GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *ob. cit.*, pág. 147-148.

Acontece que, não sendo o primitivo devedor ¹²⁵ exonerado pela entrada do assuntor na relação obrigacional, não existe transmissão alguma do vínculo, mantendo-se assim o primitivo devedor cativo a todo este enredo de deveres e obrigações.

Para melhor compreensão, recordemos os pilares do direito das obrigações, nos quais debruçando-se sobre o fenómeno da transmissão da obrigação, sustenta Antunes Varela que o mesmo se deslinda da seguinte forma:

“A existência dos dois sujeitos é essencial à obrigação, como relação inter-subjectiva. Mas a permanência dos sujeitos originários não é, no direito moderno, condição essencial à persistência da obrigação. A obrigação pode persistir, com todos os seus atributos fundamentais (...), apesar de mudar um dos sujeitos da relação (...) Tudo se passa na linguagem simbólica da lei e da doutrina, como se fosse a própria obrigação, não obstante a natureza espiritual do vínculo, que materialmente se desloca do património de uma para o de outra pessoa (...)” ¹²⁶.

Galvão Telles nos seus ensinamentos vai em igual sentido e defende que os termos transmissão ou sucessão designam *“o fenómeno global que resulta da perda ou libertação relativas e da aquisição ou vinculação derivadas. O direito ou a obrigação deixa de ter um sujeito, de que se desprende, e passa a ter outro em que se radica. A relação jurídica transmite-se, pelo activo ou passivo, ou, o que é mesmo, uma pessoa sucede a outra na sua titularidade.”* ¹²⁷.

Ora, tendo estes conceitos como base do nosso estudo, conclui-se sem sombra de dúvidas que, na assunção cumulativa de dívida, não há lugar a qualquer transmissão ou sucessão singular do débito, daí discordarmos com a *“inserção sistemática da mesma como uma “transmissão” de dívida.”* ¹²⁸.

¹²⁵ Expressão que iremos preferencialmente adoptar a partir deste momento, uma vez que julgamos ser infeliz a escolha de palavras adoptadas pelo legislador na norma em causa, considerando, tal como Januário Costa Gomes [GOMES, Manuel Januário Costa, *ob. cit.*, pág. 104-105, nota de rodapé (434)] que no seio de uma assunção cumulativa de dívida não deixa de existir “antigo devedor” em face da entrada de um “novo devedor”. Ambos os condevedores se mantêm obrigados ao cumprimento da prestação. Assim, consideramos mais adequado utilizar as expressões “primitivo” ou “originário” para nos referirmos ao primordial sujeito passivo do vínculo obrigacional.

¹²⁶ VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral, Vol. I, Coimbra: Almedina, Novembro de 2018, 10.ª reimpressão da 10.ª ed. de 2000*, pág. 76-77.

¹²⁷ TELLES, Inocêncio Galvão, *Algumas considerações sobre o conceito jurídico de sucessão*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. XIX, Lisboa: 1965, pág. 43.

¹²⁸ MONTEIRO, Joana Pinto, *ob. cit.*, pág. 11.

Nas palavras de Ney Ferreira:

“(...) o primitivo devedor não é liberado, não existe transmissão alguma do vínculo obrigacional. Por isso esta assunção não é translativa. A assunção cumulativa é feita pro solvendo e não in soluto.” ¹²⁹.

No entanto, optou (erradamente) o nosso legislador por tratar esta modalidade enquanto mero resquício do regime geral, destacando a assunção liberatória enquanto “obra-prima” do mesmo e, somente em caso de não existir o consentimento do credor na exoneração do devedor, se cair na “malconformada” realidade do *cumulus* da dívida. Ou, como já referimos, a assunção cumulativa de dívida é tratada no nosso ordenamento jurídico enquanto mero corolário do próprio regime geral, ao invés de ser tratada enquanto instituto autónomo não só pelas suas especificidades e riscos inerentes ¹³⁰, mas acima de tudo e, como iremos oportunamente abordar, visar nítidos fins de garantia.

No mesmo sentido (felizmente) segue o entendimento prevalente do nosso Supremo Tribunal de Justiça, aquando na elaboração dos seus acórdãos, profere decisões, como as que a seguir se exemplifica, mostrando nitidamente o seu desagrado na tal inserção sistemática da assunção cumulativa de dívida como se de uma transmissão se tratasse:

“O termo transmissão da dívida que figura na epígrafe da secção em que o Código Civil regula a matéria, inculca a ideia de que a obrigação se transfere, sem perda da sua identidade, do primitivo devedor para o assuntor, ficando aquele exonerado a partir do momento em que este se vincula perante o credor. Todavia, a assunção de dívida, liberatória do antigo devedor, só tem lugar havendo expressa declaração do credor nesse sentido (...)” ¹³¹.

No entanto, críticas à parte, a assunção cumulativa de dívida caracteriza-se primordialmente pela ingressão de um novo sujeito passivo na órbita da relação obrigacional,

¹²⁹ FERREIRA, José Carlos Ney, *ob. cit.*, pág. 69.

¹³⁰ Riscos estes medidos agora na perspectiva do assuntor que, na senda de uma assunção interna e não sendo esta merecedora da concordância do credor para a liberação do primitivo devedor, se vê subjugado no emaranhado de obrigações não só perante o credor, uma vez que sob o prisma da assunção cumulativa de dívida, pode o credor exigir o cumprimento total da prestação indistintamente a qualquer um dos seus condevedores, bem como perante o primitivo devedor, uma vez que poderá existir sob esta relação assumptiva uma promessa de cumprimento/liberação, e, nos termos desta, o assuntor terá que responder perante o cumprimento da promessa efectuada ao devedor originário, cumprindo a obrigação devida por este ao credor.

¹³¹ Conforme posição adoptada em acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23/09/2008, em processo que correu os seus termos sob o n.º 08A2171.

colocando-se, assim, o assuntor “taco a taco” com o primitivo devedor, respondendo pessoal e patrimonialmente por uma dívida que assumiu como se sua se tratasse desde o momento da sua constituição.

Deste modo, não só se garante uma maior segurança ao credor, uma vez que se “vitaliza a garantia do cumprimento da obrigação”¹³², como igualmente se atingem fins que de outro modo seriam inatingíveis, nomeadamente a prorrogação de prazo da dívida ou, inclusivamente, evita-se a “execução forçada imediata ou prevista”¹³³.

Neste sentido:

*“A co-assunção é, frequentemente, convencionada, tal como acontece com a fiança, com o fim de o credor obter maior segurança, permitindo que o mesmo não proceda à execução imediata numa situação de incumprimento, isto é, que seja conduzido a prolongar ou aumentar o crédito concedido.”*¹³⁴ (sublinhado nosso).

Mota Pinto vai, no entanto, mais longe na visualização de fins e escopos alcançados com uma adesão à dívida, e explana os exemplos colhidos na prática alemã, esquematizados por Weigelin¹³⁵:

- (i) fim de garantia do credor: A deve uma certa quantia, por força dum contrato de reconstrução dum casa e o empreiteiro recusa-se a continuar o trabalho, porque A não cumpre pontualmente; B titular de uma hipoteca sobre a casa, interessado, portanto, na reconstrução, obriga-se pela dívida de A como devedor solidário;
- (ii) fim de realizar uma transmissão de dívida, quedada, porém, incompleta: A, proprietário dum camião, vende-o a C, enquanto ele está a reparar na oficina de B, sendo o custo da reparação abrangido no preço da venda; depois de efectuada a reparação, C solicita a entrega e, como B a recusa, C obriga-se a pagar a conta; B está de acordo, declarando não renunciar ao seu crédito contra A;
- (iii) fim de extensão ou ampliação dum comunidade jurídica: A e B celebram com um empreiteiro um contrato de construção dum casa; falindo o banco

¹³² FREITAS, Luiz Roldão de, *ob. cit.*, pág. 146.

¹³³ SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *ob. cit.*, pág. 190, nota de rodapé (1);

FREITAS, Luiz Roldão de, *ob. cit.*, pág. 147.

¹³⁴ Conforme posição adoptada em acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 11/04/2013, em processo que correu os seus termos sob o n.º 67/09.6TBLSA.C1.S1.

¹³⁵ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *ob. cit.*, pág. 149-151, nota de rodapé (2).

onde têm os seus haveres, sofrem perdas que os impossibilitam de suportar o custo da construção; convidam C, seu amigo, a participar na construção da casa; este dá o seu acordo e obriga-se, em face do empreiteiro, a responder ao lado de A e B como devedor solidário.

Para Mota Pinto, nesta enumeração ampliada de fins ou funções da assunção cumulativa de dívida, apenas o fim de extensão ou ampliação de uma comunidade jurídica é, no entanto, o único que traduz a verdadeira essência do *cumulus* da dívida, revelando-se a sua função específica de alguém que nada tem a ver com este núcleo obrigacional aderir à dívida como devedor solidário.

Conclui assim Mota Pinto ocupar a assunção cumulativa de dívida uma posição intermédia entre a assunção liberatória, que deixa o credor desprovido da segurança (aparentemente) estável que detinha com o seu devedor para recuperação do seu crédito (não obstante todas as diligências prévias que poderá (e deverá) tomar para aferir da solvabilidade do assuntor antes da tomada de decisão de exonerar ou não o seu devedor), e a aquela figura jurídica afim à assunção cumulativa de dívida, que apesar do seu carácter familiar e próximo, nos provoca tanta inquietude e tormentos: a fiança ¹³⁶.

Daí, Januário Costa Gomes defender a diferenciação entre a assunção cumulativa *tout court* e a assunção cumulativa em garantia, a qual visa essencialmente fins de garantia para o credor, aproximando-se assim da fiança ¹³⁷.

No entanto, e não obstante a enumeração de finalidades e funções do *cumulus* da dívida, unanime entre nós é o facto de o credor, confrontado com este cenário, vendo as suas chances de recuperação de crédito duplicadas e, considerando os seus riscos ¹³⁸, não tem como recusar.

¹³⁶ Afirmação esta sobre a qual advertimos que, não obstante entendermos e subscrevemos tal posição, o facto de a assunção cumulativa de dívida mediar entre a assunção liberatória e a fiança, conforme explicita Mota Pinto, não significa ser a assunção cumulativa de dívida menos perigosa e mais clara que a fiança, conforme sumariamente já demonstramos e como oportunamente iremos abordar de forma mais aprofundada. Daí considerarmos ser uma “*velada forma de garantia*”.

¹³⁷ GOMES, Manuel Januário da Costa, *ob. cit.*, pág. 277.

¹³⁸ Que são praticamente inexistentes, ao contrário *v.g.* da fiança que, conforme veremos, tem aspectos não tão atraentes na perspectiva do credor, uma vez que, à partida, é uma obrigação subsidiária.

Daí, julgarmos, como aliás temos vindo sempre a alertar, ser a assunção cumulativa de dívida uma figura jurídica bem mais perigosa que a fiança, mesmo que não aparente pela sua “*velada*” fama em

Todavia, esclareça-se desde já que, esta duplicação de chances não implica, claro, o direito a uma dupla prestação, mas sim o direito de obter a prestação através de dois vínculos, indistintamente, respondendo, assim, entre si, solidariamente os condevedores.

Neste sentido:

*“A assunção cumulativa da dívida, nos termos do art. 595, nº2, do C.C., acontece nos casos em que a assunção da dívida coloca o assuntor ao lado do primitivo devedor, mas sem exonerar este, dando assim ao credor, não o direito a uma dupla prestação, mas o direito de obter a prestação devida através de dois vínculos, à semelhança das obrigações com os devedores solidários.”*¹³⁹.

No entanto, analisando o regime geral da solidariedade à luz da nossa legislação, com maior enfoque sob o regime específico da solidariedade entre devedores, dúvidas se levantam quanto à caracterização da solidariedade que é estabelecida no seio desta relação assumptiva interna por a mesma demonstrar incongruências de difícil (quicá impossível) compatibilização com o regime geral.

Vejamos.

6.2. A solidariedade

As obrigações solidárias caracterizam-se por corresponder à *“pluralidade de sujeitos um cumprimento unitário da prestação”*¹⁴⁰, podendo reflectir-se no âmbito das relações activas ou passivas.

No caso em apreço, estamos no âmbito da solidariedade passiva que supõe a existência de uma obrigação onde figuram, à partida, dois devedores e, o cumprimento por parte um deles, por si só, provoca o efeito extintivo recíproco relativamente aos demais, isto é, exonera todos os devedores.

Assim:

“A solidariedade pressupõe a pluralidade de sujeitos de um ou de ambos os lados da relação obrigacional e o direito de exigir toda a prestação de qualquer devedor (no caso

contraposição com a fiança que, praticamente é do conhecimento geral da população por, no mínimo, já terem ouvido falar ou já tiverem tido contacto. Posição enganadora diga-se...

¹³⁹ Conforme posição adoptada em acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 23/09/2008, em processo que correu os seus termos sob o n.º 08A2171.

¹⁴⁰ COSTA, Mário Júlio de Almeida, *ob. cit.*, pág. 666.

de solidariedade passiva) (...), extinguindo-se a obrigação do credor em relação a todos os devedores solidários com o cumprimento da obrigação ao credor por um dos devedores solidários (no caso de solidariedade passiva) (...)”¹⁴¹.

Estas noções resultam da redacção do artigo 512.º, n.º 1 do nosso Código Civil:

“A obrigação é solidária quando cada um dos devedores reponde pela prestação integral e esta a todos libera (...)”.

Nas palavras de José Alberto González:

“A obrigação é solidária passivamente quando o credor possa reclamar a globalidade da prestação a cada qual dos devedores, tendo o cumprimento efetuado por um (ou alguns) efeito liberatório para os demais (...)”¹⁴².

Pela análise do disposto supra, não é possível discordar da classificação da assunção cumulativa de dívida como uma obrigação solidária, até porque a lei expressamente a classifica como tal, através do n.º 2 do artigo 595.º:

“(...) de contrário, o antigo devedor responde solidariamente com o novo obrigado.” (sublinhado nosso).

Esta classificação é igualmente unanime perante a doutrina, quer a nível nacional, quer a nível internacional.

No plano lusitano, Vaz Serra, nos seus trabalhos preparatórios para a reforma do nosso actual Código Civil e, preparando terreno praticamente inexplorado em Portugal, pronunciou-se quanto à temática em causa e, tendo por base o plano germânico¹⁴³ e o plano transalpino¹⁴⁴, entendeu razoável a estipulação do regime da solidariedade perante um *cumulus* da dívida:

¹⁴¹ Conforme posição adoptada em acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 03/05/2018, em processo que correu os seus termos sob o n.º 4891/17.8YIPRT.G1.

¹⁴² GONZÁLEZ, José Alberto, *ob. cit.* Vol. II, pág. 260.

¹⁴³ A óptica no plano alemão partia precisamente no sentido que Portugal veio posteriormente a adoptar, conforme Larenz defendia, referenciado por Roldão de Freitas Gomes:

“(...) no caso, a relação de dívida já existente se transforma, sem que mude o conteúdo da prestação devida, em uma obrigação solidária.” – GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *ob. cit.*, pág. 151, nota de rodapé (271).

¹⁴⁴ No plano jurídico italiano, mesmo antes da entrada em vigor do actual *Codice Civile*, em 1942, Pacchioni, referenciado por Roldão de Freitas Gomes, sustentava que o *accollo cumulativo* poderia (e deveria) prever duas situações:

“(…) se um novo devedor se obriga para com o credor, sem delegação do antigo devedor, e o credor não exonera este devedor, deve este continuar obrigado como já o estava e, portanto, pela prestação integral, e aquele é de presumir que quer obrigar-se in solidum.”¹⁴⁵.

Em igual sentido no BGB:

“El efecto de la adhesión a la deuda es conforme con su esencia: el que se adhiere se convierte en deudor solidario al lado del deudor primitivo.”¹⁴⁶.

E, na razão de ordem do Direito espanhol:

“Cabe igualmente la asunción acumulativa o de refuerzo, pues nada se opone a que un nuevo deudor se adhiera a la deuda con carácter solidario (cf. S. 27 enero 1905) (...) y en los casos de asunción acumulativa, dada la naturaleza de la operación, la solidaridad será siempre conforme al propósito de las partes.”¹⁴⁷.

-
- (i) o assuntor poderia aderir à dívida, ingressando na relação obrigacional ao lado do primitivo devedor *in solutum* (como é aliás o caso que se veio a institucionalizar, em 1966, em Portugal);
 - (ii) ou, o assuntor poderia ingressar na relação obrigacional, aderindo à dívida, mas respondendo “apenas” subsidiariamente ao devedor primordial, tal como se de um fiador se tratasse.

Concluía Pacchioni que, na dúvida, dever-se-ia admitir assumida a dívida, na perspectiva do assuntor, sob a forma subsidiária. – GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *ob. cit.*, pág. 152.

¹⁴⁵ SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *ob. cit.*, pág. 194-195, nota de rodapé (1).

¹⁴⁶ ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin, revisto por LEHMANN, Henrich, *ob. cit.*, pág. 414.

¹⁴⁷ Neste tocante quanto à determinação do regime da solidariedade na senda de uma assunção cumulativa de dívida, a única diferença que medeia o Direito espanhol e o alemão (e, conseqüentemente, o português) reside no facto de, no ordenamento jurídico espanhol, ser necessário demonstrar de forma expressa este estabelecimento de solidariedade entre os convedores, bastando, para tal, a interpretação da vontade negocial nesse sentido. Assim:

“La única diferencia, en este particular, entre el derecho alemán y el nuestro radica en que aquí es menester se determine expresamente la solidaridad (...). De todos modos, la exigencia de que la solidaridad sea establecida de manera expresa no puede interpretarse en un sentido riguroso que obligue al empleo de la palabra “solidaridad” o de cualquier otro vocablo de ella derivado, sino que debe admitirse siempre que sea conforme a la intención de las partes (...)”, conforme posição adoptada no seio da jurisprudência espanhola – GONZÁLEZ, Blas Pérez; ALGUER, José in ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin, revisto por LEHMANN, Henrich, *ob. cit.*, pág. 422.

No entanto, o disposto no artigo 512.º do Código Civil português define o conceito de solidariedade, cingindo-se apenas às “*notas de pluralidade de sujeitos, da realização integral da prestação e do efeito extintivo comum*”¹⁴⁸.

Assim, importa agora descortinar se, considerando na íntegra o regime geral da solidariedade, isto é, analisando o disposto no artigo 512.º conjuntamente com os artigos subsequentes, igualmente caracterizadores das obrigações solidárias, concluímos que “*o legislador pretendeu remeter o intérprete em bloco para o arts. 512.º e ss. do CC (derrogando, quanto à co-assunção, o regime da transmissão singular de dívidas em tudo o que seja incompatível) ou se, pelo contrário, o legislador pretendeu apenas preencher com o recurso ao espírito da solidariedade o âmbito de resposta de cada devedor à totalidade da dívida.*”¹⁴⁹ ? (sublinhado nosso).

Por este motivo, a doutrina e jurisprudência dominantes¹⁵⁰, fazem a distinção entre dois tipos de solidariedade:

- (i) solidariedade perfeita ou genuína (*echte Gesamtschuld*) às situações que se subsumem na íntegra ao regime geral, “*partindo da ideia básica de que a cada um dos sujeitos compete uma parte ou quota no débito (...)*”¹⁵¹;
- (ii) solidariedade imperfeita ou aparente¹⁵² (*unechte Gesamtschuld*), às situações que “*embora caibam no amplo perímetro definido para a solidariedade pelo*

¹⁴⁸ VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral, Vol. I, ob. cit.*, pág. 756.

¹⁴⁹ COSTA, Mariana Fontes da, *ob. cit.*, pág. 389.

¹⁵⁰ Teorias estas desenvolvidas com grande ênfase no plano germânico por Reinicke/Tiedtk e Medicus, associadas à rejeição de alguns dos pressupostos para se atingir uma solidariedade perfeita, principalmente no tocante à teoria da identidade de fonte (*einheitliche Schuldgrund*) e à teoria da comunhão de fim (*Zweckgemeinshaf*).

No entanto, alguma doutrina considera estar esta dissecação entre solidariedade perfeita vs. solidariedade imperfeita ultrapassada, como é o caso de Hillenkamp, conforme nos referencia Januário Costa Gomes e, conforme mais à frente iremos desenvolver.

Entre nós, partilha esta mesma crítica de rejeição da dissecação do regime da solidariedade em “perfeita” e “imperfeita” Januário Costa Gomes, por entender que a lei prevê todas as situações que podem subsumir-se ao geral e único da solidariedade, não havendo razão assim para o dissecar. – GOMES, Manuel Januário da Costa, *ob. cit.*, pág. 259.

¹⁵¹ VARELA, João de Matos Antunes, *ob. cit. Vol. I*, pág. 756.

¹⁵² Categoria desenvolvida especificamente pela doutrina alemã, à qual denomina “*scheinbare Gesamtschuld*”. Corresponde às situações em que, em primeira instância, nos parece existir coincidências com a obrigação solidária, mas que analisando a situação com maior atenção, conclui-se pela não existência de

*artigo 512.º, têm (no âmbito das relações internas sobretudo) um regime diferente, em vários aspectos, do consignado na lei.”*¹⁵³.

Vejamos então.

6.2.1 A solidariedade perfeita e os seus requisitos

Nas palavras de Antunes Varela:

*“Saber se o conceito de solidariedade deve, em bom rigor, definir-se à luz do núcleo mais restrito ou do grupo mais amplo de situações é questão relativamente secundária. Essencial é não ignorar o regime das várias situações possíveis, saltando sobre os desvios que deve sofrer cada um dos casos de solidariedade imperfeita em face do recorte normal da solidariedade.”*¹⁵⁴.

Considerando na íntegra o regime geral da solidariedade, a doutrina nacional¹⁵⁵ assinala mais três pressupostos (para além dos pressupostos imediatos que resultam directamente do próprio artigo 512.º – o direito à prestação integral/dever da prestação integral e o efeito extintivo comum – são ambos pressupostos indiscutíveis à definição de uma obrigação solidária) para aferirmos se solidariedade retratada no *cumulus* da dívida constitui ou não um desvio e um recorte normal da solidariedade como a conhecemos, segundo o seu regime geral, não se podendo, assim, encarar a solidariedade enquanto regime

relação com o instituto da solidariedade. Categoria esta igualmente rejeitada por Januário Costa Gomes por considerar estar ultrapassada. – GOMES, Manuel Januário da Costa, *ob. cit.*, pág. 260.

¹⁵³ VARELA, João de Matos Antunes, *ob. cit. Vol. I*, pág. 756-757.

¹⁵⁴ VARELA, João de Matos Antunes, *ob. cit. Vol. I*, pág. 757.

¹⁵⁵ Em outros ordenamentos jurídicos, nomeadamente no plano germânico, alguma doutrina de peso, como é o caso de Raisch, considera apenas essencial para a existência de uma obrigação solidária a identidade do interesse da prestação para o credor, conforme refere Antunes Varela sobre os escritos do autor supra, posição que rejeita por completo. Para fundamentar a sua pretensão, dá Antunes Varela o seguinte exemplo se seguíssemos apenas o único pressuposto da identidade do interesse da prestação para o credor para considerarmos uma obrigação solidária:

“(…) seriam assim solidárias a obrigação do empreiteiro de reparar o defeito da obra e a obrigação do arquitecto de indemnizar o dano causado pelo mesmo defeito, de que ele seja co-responsável.” – VARELA, João de Matos Antunes, *ob. cit. Vol. I*, pág. 759, nota de rodapé (2).

jurídico que exige somente a pluralidade de sujeitos para que se atinja a tão desejada repartição de obrigações ¹⁵⁶.

São estes requisitos os seguintes:

- (i) identidade da prestação;
- (ii) comunhão de fim de várias prestações;
- (iii) identidade da causa ou fonte de obrigação.

Assim:

“A obrigação solidária – de que é requisito básico a existência de uma pluralidade de devedores – tem como notas típicas (i) o dever de prestação integral, que recai sobre qualquer dos devedores, (ii) o efeito extintivo recíproco da satisfação dada por qualquer deles ao direito do credor, a (iii) identidade da prestação, (iv) a identidade da causa e (v) a comunhão de fim.” ¹⁵⁷.

Vejamos.

(i) Identidade da prestação (*eadem res debita*)

A identidade da prestação é encarada por muitos autores enquanto requisito essencial para a aferição da solidariedade como a conhecemos ¹⁵⁸.

Ora, se este requisito da identidade da prestação é considerado pela maioria da doutrina como elemento essencial para o estabelecimento de uma obrigação solidária, como comportamos esta opinião dominante da doutrina com o estabelecido no artigo 512.º, n.º 2

¹⁵⁶ Neste sentido vai o entendimento mais recente do nosso Supremo Tribunal de Justiça:

“A obrigação solidária é hoje vista não como uma só obrigação com pluralidade de sujeitos, mas antes como uma pluralidade de obrigações, ligadas entre si por um certo nexu, que procede não só da identidade da prestação, como da comunhão de fim das várias obrigações. Por isso se diz que existe, na obrigação solidária, uma multiplicidade de vínculos, sendo distinto ou independente o que une o credor a cada um dos condevedores e o que liga cada um destes àquele.” – Conforme posição adoptada em acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18/01/2018, em processo que correu os seus termos sob o n.º 123/14.9TBSJM-A.P1.S2.

¹⁵⁷ Conforme posição adoptada em acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15/11/2012, em processo que correu os seus termos sob o n.º 246/10.3YRLSB.S1.

¹⁵⁸ Autores estes como Rubino que fundamentam a sua pretensão baseando-se no próprio corpo do artigo 1272.º do *Codice Civile*, conforme cita Antunes Varela:

“A obrigação é solidária (in solido) quando, havendo vários devedores, todos são obrigados à mesma prestação...” –VARELA, João de Matos Antunes, *ob. cit.* Vol. I, pág. 757, nota de rodapé (1).

do nosso Código Civil que prevê que “*a obrigação não deixa de ser solidária pelo facto (...) de ser diferente o conteúdo das prestações de cada um deles (...)*”?

Antunes Varela mais uma vez, com a clareza de espírito que nos tem habituado desde sempre, ensina-nos a deslindar a questão de uma forma despretensiosa e clara, explicando que o vários convededores podem compor uma obrigação solidária sem que tenham que estar todos na mesma posição da “linha de partida”, isto é, podendo cada um deles ter termos ou garantias diversas (cláusulas acessórias), sem que isso ponha em causa a identidade da substância da prestação. A prestação continua idêntica ao nível das relações externas, ou seja, perante o credor.

Para melhor compreensão, recorramos ao exemplo dado por Antunes Varela nos seus escritos:

*“(...) a obrigação não deixa de ser solidária pelo facto de um dos obrigados responder apenas pelo capital, enquanto o outro responde pelo capital e pelos juros, ou até de ser diferente a soma por que um e outro são responsáveis (dever um 100 e o outro 80 apenas).”*¹⁵⁹.

Ora, devendo um dos devedores 80 e o outro 100, quanto a esta parte de diferente conteúdo, tal significa apenas que a solidariedade plena só existe em relação à parte comum da responsabilidade, ou seja, perante os “nossos” 80. Assim, retornando ao exemplo dado por Antunes Varela:

*“No entanto, em relação a qualquer um destes casos, só há verdadeira solidariedade em relação à parte comum da responsabilidade (quanto ao capital no primeiro exemplo; quanto à soma menor, no segundo). Só essa parte comum corresponde à prestação integral por que responde cada um dos devedores, nos termos do n.º 1 do artigo 512.º.”*¹⁶⁰.

A identidade da prestação deve então ser encarada sim enquanto elemento essencial para a aferição da solidariedade, uma vez “*só haver obrigação solidária relativamente à*

¹⁵⁹ VARELA, João de Matos Antunes, *ob. cit.*, Vol. I, pág. 758-759.

¹⁶⁰ VARELA, João de Matos Antunes, *ob. cit.* Vol. I, pág. 759 e nota de rodapé (1).

Advertindo, no entanto, Antunes Varela que, nada impede que ao nível das relações internas as prestações sejam diferentes e que “*um responda, v. gr., por um sexto, outro por dois sextos, e o terceiro por metade da prestação integral (...)*”, ou que, neste domínio, a prestação recaia apenas sobre um devedor. – VARELA, João de Matos Antunes, *ob. cit.* Vol. I, pág. 759 nota de rodapé (1).

prestação (ou parte da prestação) por que responde qualquer dos devedores (...)”¹⁶¹
(sublinhado nosso).

(ii) Comunhão de fim

A comunhão de fim das várias prestações pressupõe, em suma, que todos os devedores *in soludum* estejam obrigados no mesmo plano, por forma a que a prestação de uns aproveite os demais. Caso contrário, haverá apenas coincidência de fins. Vejamos:

É um pressuposto que, por si só, para alguns autores é um sinal característico para aferir a solidariedade das obrigações, pois conforme nos evidencia o nosso artigo 512.º “*a obrigação é solidária quando cada um dos devedores reponde pela prestação integral e esta a todos libera* (...)” (sublinhado nosso).

É algo lógico e perfeitamente alcançável. No entanto, entre as obrigações que têm como finalidade a mesma prestação, algumas delas não correspondem ao sentido normal da solidariedade, conforme refere Antunes Varela, que identifica alguns casos litigados e cujo interesse foi despertado pela doutrina para melhor investigação do pressuposto em causa:

*“(...)os móveis pertencentes a A, que este colocara no seguro, são destruídos por um incêndio ou são danificados culposamente por terceiro, tendo o dono a possibilidade de exigir a soma correspondente ao seu valor, tanto à empresa seguradora como da pessoa causadora do incêndio ou do dano, quando se apurar a identidade do responsável; é furtada uma coisa, com grave culpa do seu comodatário ou locatário, que a não guardou como devia, ficando o dono com direito a exigir a respectiva indemnização, quer do autor do furto, quer do culpado da falta de vigilância.”*¹⁶².

¹⁶¹ Opinião que não é partilhada por Vaz Serra que considera, igualmente, obrigações solidárias “*quando A fica a dever um objecto e B outro diferente, de modo que o credor tenha direito àquele ou a este, extinguindo-se a obrigação de um dos devedores com a prestação do outro (...)*”, conforme explica Antunes Varela o pensamento de Vaz Serra sobre a temática, refutando esta qualificação com base no facto do exemplo supra não corresponder à noção de solidariedade dada pelo artigo 512.º, n.º 1, tratando-se antes de obrigações alternativas, posição com a qual, desde já, aderimos. – VARELA, João de Matos Antunes, *ob. cit. Vol. I*, pág. 759 e nota de rodapé (2).

¹⁶² VARELA, João de Matos Antunes, *ob. cit. Vol. I*, pág. 763.

Sobre este pressuposto, há um maior foco de discussão no palco da doutrina alemã, o qual retrata posições não totalmente discrepantes, mas que apresentam soluções distintas, conforme nos relata Antunes Varelas nos seus escritos ¹⁶³.

Neste sentido, Enneccerus-Lehmann consideram que os casos mencionados nunca poderiam ser qualificados enquanto solidários, uma vez que, nas suas perspectivas, estes devedores (quer o causador do incêndio ou do dano/segurador; ou autor do furto/comodatário ou locatário) nunca responderiam solidariamente, mas sim em paralelo, uma vez que não existe comunhão de fim (*Zweckmeinshaft*), pois “*se o causador do incêndio indemniza o prejudicado, o segurador fica exonerado (...) se o autor do furto indemniza o proprietário, exonera-se o comodatário que por negligência tenha deixado furtar a coisa (...)*” ¹⁶⁴.

Deste modo e neste sentido, reclamando o credor o direito à indemnização perante o autor do incêndio ou perante o autor do furto, exonerar-se-iam as responsabilidades do segurador (responsabilidade esta que surge por responsabilidade contratual) e do comodatário/locatário (responsabilidade esta que surge por clara violação de um dever contratual de cuidado).

Assim, de maneira a ultrapassar a situação, preconizam Enneccerus-Lehmann a solução de, nos casos em apreço, apenas poder ser exigível a prestação ao segurador/comodatário-locatário, uma vez que, cumprindo estes o seu dever de indemnização perante o credor, tal cumprimento não extingue o crédito de indemnização contra o autor do incêndio/furto, nascendo assim esse direito nas esferas jurídicas dos devedores cumpridores.

No entanto, em linha equidistante e algumas décadas passadas, surge a corrente doutrinária mais recente sobre a temática, encabeçada por Larenz, que, não renegando as soluções preconizadas por Enneccerus-Lehmann, apresenta uma interpretação muito mais descomplicada e muito mais palpável à realidade, evidenciado que, quer no caso do incêndio, quer no caso do furto, têm ambas as situações a mesma finalidade, que resulta tão somente na reparação dos danos sofridos pelo titular dos bens em causa, tendo sim, por isso, o mesmo fim.

No entanto, considera Larenz que, o facto de existir as mesmas pretensões em relação ao credor por parte dos diversos devedores, não basta para que assim se qualifiquem as

¹⁶³ VARELA, João de Matos Antunes, *ob. cit.* Vol. I, pág. 763 e seguintes.

¹⁶⁴ VARELA, João de Matos Antunes, *ob. cit.* Vol. I, pág. 764.

mesmas enquanto obrigações solidárias, devendo, por isso, estar os devedores obrigados sob o mesmo grau (*auf der gleichen Stufe*) e serem as obrigações encaradas de igual valor (*die Gleichstufgkeit* ou *Gleichwertigkeit*), de forma a que a prestação de um aproveite os restantes face do credor (tal como demonstra o nosso artigo 512.º).

Deste modo, nos casos em apreço, concretiza Larenz que, se assim não acontece e se o causador do incêndio ou do furto é encarado pelo credor enquanto principal obrigado e a seguradora e o comodatário/locatário encarados enquanto meras “tábuas de salvação”, caso os primeiros não assumam ou não sejam sequer (no pior dos cenários) identificados, então “*não há obrigação solidária, apesar da identidade de interesse do credor*”¹⁶⁵.

Sobre as soluções preconizadas no plano germânico, considera Antunes Varela (posição com a qual aderimos totalmente) estar a razão do lado da doutrina mais moderna e, se nos for permitido dizer passando, por isso, a expressão, mais descomplicada também, quando Larenz afirma que para que exista solidariedade é necessário que exista uma “*colaboração dos devedores ao serviço do mesmo interesse do credor*”. Quando o haja, então indubitavelmente haverá solidariedade. Caso contrário “*não há comunhão de fim, mas simples coincidência de fins das prestações, assente numa disjunção ou num escalonamento sucessivo das obrigações, falta a solidariedade (havendo apenas uma pluralidade de obrigações independentes, destinadas à satisfação do mesmo interesse do credor) (...)*”¹⁶⁶.

(iii) Identidade de causa ou fonte de obrigação (*eadem causa obligandi*)

Terceiro e último pressuposto dos requisitos “não evidenciáveis” e, o qual tem especial relevância no *cumulus* da dívida, é identidade da causa ou da fonte da obrigação, que se prende com o facto de, por via de regra, as obrigações solidárias surgirem com base no mesmo contrato, no mesmo facto ilícito, no mesmo negócio unilateral... mas a realidade revela-nos que nem sempre é assim.

Vejamos então se, existindo vários sujeitos passivos numa relação jurídica e, surgindo cada um com origem em factos jurídicos distintos (tal como ocorre na assunção cumulativa de dívida), tal cenário estabelece ou não os pontos de conexão necessários para a qualificação enquanto obrigação solidária.

¹⁶⁵ VARELA, João de Matos Antunes, *ob. cit.* Vol. I, pág. 764.

¹⁶⁶ VARELA, João de Matos Antunes, *ob. cit.* Vol. I, pág. 765.

Ora, sobre este ponto a doutrina não reúne consenso, mais uma vez. Enquanto por um lado da doutrina se apresenta uma ala que considera que apenas estaremos perante uma obrigação solidária quando esta surja com base no mesmo facto jurídico em relação a todos os sujeitos passivos da relação (ou, pelo menos, com recurso a uma interpretação mais abrangente do requisito, isto é, surja com base em “*factos que, segundo a intenção das partes, formem um complexo unitário*”¹⁶⁷), por outro lado, apresenta-se um alinhamento doutrinário, oriundo do plano germânico¹⁶⁸, que sustenta que podem surgir obrigações solidárias que não tenham por base exactamente o mesmo facto jurídico, mas surjam em momentos sucessivos para os vários devedores e, possam até surgir de diferentes factos.

E, conforme já referenciado, este é o pressuposto com maior controvérsia junto da figura jurídica do *cumulus* da dívida, pois poder-se-á considerar que a assunção cumulativa de dívida tem a mesma causa ou fonte dependendo da forma como a interpretemos. Assim:

- (i) se entendermos que, para qualificarmos uma obrigação enquanto solidária, todos os seus vínculos jurídicos tenham que nascer da mesma fonte ou com base na mesma causa, então não, não podemos considerar a assunção cumulativa de dívida enquanto obrigação solidária dita perfeita, uma vez que a nossa interpretação sobre este requisito é orientada num sentido estrito.

Nas palavras de Ney Ferreira:

¹⁶⁷ Posição esta sustentada por Rubino, a qual, no entanto, não obtém a aprovação de Antunes Varela por, como explica o autor português, e com razão, diga-se desde, já, o facto de as obrigações dos sujeitos passivos surgirem do mesmo facto jurídico, tal não significa forçosamente que tenham surgido da mesma causa, conforme o exemplo que refere:

“(…) *do mesmo facto danoso pode nascer uma responsabilidade por facto ilícito, ao lado da responsabilidade pelo risco ou da responsabilidade por violação de um dever contratual de cuidado*” como é por exemplo claro de um caso de acidente de viação que facilmente é enquadrável na explicação dada. – VARELA, João de Matos Antunes, *ob. cit. Vol. I*, pág. 760 e nota de rodapé (1).

¹⁶⁸ Conforme referencia Antunes Varela, referindo os ensinamentos de Larenz e de Esser, segundo os quais, debruçados sobre a matéria, entendem poderem as obrigações solidárias não só partirem de fundamentos distintos (o que, se pensarmos bem, é bem mais comum do que aquilo que pode parecer em primeira instância, como é o exemplo dado por Antunes Varela para refutar a teoria apresentada por Rubino), como podem surgir, inclusivamente, de fontes distintas, como é o nítido caso da assunção cumulativa de dívida, na qual a obrigação do primitivo devedor tem a sua origem no contrato base (contrato que celebrou com o credor, seja um contrato de mútuo, um contrato de abertura de crédito...), e a obrigação solidária do assuntor nasce tendo por base o contrato de assunção de dívida outorgado por meio de que modalidade for (externa ou interna). – VARELA, João de Matos Antunes, *ob. cit. Vol. I*, pág. 760 e nota de rodapé (2).

*“Esta apresenta causa sempre negocial (e a dívida primitiva pode não provir de fonte negocial) e diversa – porque posterior – da do antigo devedor.”*¹⁶⁹.

- (ii) no entanto, se fizermos uma interpretação mais abrangente deste requisito da identidade da fonte ou da causa da obrigação (uma vez que, inclusivamente, não foi este sentido tão restrito consagrado no nosso artigo 512.º, o qual *“segundo neste ponto a dominante doutrina alemã, não incluiu a identidade da causa como requisito da obrigação”*¹⁷⁰), concluímos ser possível que, dos diferentes vínculos existentes da mesma obrigação, possam os mesmos provir de factos coligados, considerando assim que *“os respectivos efeitos se possam considerar um complexo unitário derivado ao mesmo facto”*¹⁷¹.

De forma a não nos anteciparmos na classificação da assunção cumulativa de dívida como uma solidariedade perfeita ou imperfeita (ou nenhuma das duas), concluímos, sem sombra de dúvidas, que *“não há nada na lei nem na lógica dos bons princípios que exclua a possibilidade de a solidariedade (perfeita) vigorar entre pessoas que se obrigam em momentos sucessivos, através de causas distintas”*¹⁷², não sendo, efectivamente, o mais comum, mas *“nada há que exclua liminarmente a eventualidade da sua verificação”*¹⁷³, tal como sustentado pela dominante doutrina alemã, cujos passos são seguidos pela doutrina portuguesa, abundantemente por Antunes Varela, mas diferentemente por Ney Ferreira e pela dominante doutrina italiana¹⁷⁴.

¹⁶⁹ FERREIRA, José Carlos Ney, *ob. cit.*, pág. 71.

¹⁷⁰ Conforme referenciado por Ney Ferreira na sua obra, referindo-se a Larenz – FERREIRA, José Carlos Ney, *ob. cit.*, pág. 71.

¹⁷¹ Neste sentido Rubino, referenciado por Ney Ferreira na sua obra – FERREIRA, José Carlos Ney, *ob. cit.*, pág. 71-72.

¹⁷² VARELA, João de Matos Antunes, *ob. cit. Vol. I*, pág. 761.

¹⁷³ VARELA, João de Matos Antunes, *ob. cit. Vol. I*, pág. 762.

¹⁷⁴ Doutrina esta encabeçada por autores como Francesco Messineo e Pietro Rescigno, que recusavam a qualificação da assunção cumulativa de dívida enquanto obrigação solidária, não por outros aspectos que mais à frente iremos analisar, mas por entenderem se tratar de uma situação de vinculação sucessiva. Defendem os autores supra que o facto de o devedor originário e o assuntor não se encontrarem na mesma esfera de responsabilidade, tal não obsta a que fiquem obrigados pela mesma dívida. Nas palavras de Ney Ferreira:

“(...) a maioria dos autores italianos tenda a negar a existência de verdadeira solidariedade na co-assunção, na qual vêem uma situação de vinculação sucessiva: os dois devedores não estão no mesmo plano de responsabilidade, embora possam ficar responsabilizados pelo mesmo débito.” – FERREIRA, José Carlos Ney, *ob. cit.*, pág. 72.

6.2.2 A solidariedade imperfeita

Como já referimos, dos três pressupostos “não evidenciáveis” para a aferição de uma solidariedade dita perfeita, a identidade da causa ou fonte de obrigação é aquele requisito que mais aspirações tem junto da assunção cumulativa de dívida, uma vez que a solidariedade existente nas relações internas, não provem da mesma causa, mas sim de momentos sucessivos.

Ora, esclarecida, no entanto, a questão da possibilidade de existir solidariedade precisamente em obrigações que não tenham surgido do mesmo facto jurídico mas de momentos sucessivos, vejamos então agora se a assunção cumulativa de dívida se encosta à penumbra do regime da solidariedade e, sequer, se faz sentido proceder-se à dissecação do regime da solidariedade em perfeita e imperfeita.

Entende o Tribunal da Relação de Coimbra que “ (...) *concebendo-se a noção ampla de solidariedade no art.512 do CC, de molde a abranger tanto a solidariedade perfeita ou própria, como a solidariedade imperfeita, aparente ou imprópria, a solução dogmaticamente mais consistente é a de que às situações de solidariedade imperfeita só serão aplicáveis as regras da solidariedade própria que se revelem compatíveis com o regime específico daquelas.*

*A não ser assim, e porque dada a ausência de tratamento unitário para as situações de solidariedade imperfeita, estar-se-ia a desvirtuar as respectivas especificidades que levaram o legislador a não reconduzi-las ao mesmo paradigma.*¹⁷⁵ (sublinhado nosso).

No entanto, entendemos que a resposta não pode ser assim tão assertiva, pelo menos, no caso em apreço da assunção cumulativa de dívida que, apesar de efectivamente, e sem sombra de dúvidas, demonstrar certas incongruências com o regime (geral) da solidariedade, podem estas, no entanto, serem apenas mal-enquadradas.

Vejamos quais são então estes contrastes:

(i) os meios de defesa:

- a) numa obrigação solidária, se algum dos devedores tiver algum meio de defesa pessoal contra o credor e for este procedente, não fica o credor inibido de interpelar os demais devedores para o cumprimento da

¹⁷⁵ Conforme posição adoptada em acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 19/02/2004, em processo que correu os seus termos sob o n.º 4019/03.

prestação devida, por força do disposto no artigo 519.º, n.º 2 do Código Civil:

“Se um dos devedores tiver qualquer meio de defesa pessoal contra o credor, não fica este inibido de reclamar dos outros a prestação integral, ainda que esse meio já lhe tenha sido oposto.”;

- b) ao invés, no âmbito de uma assunção cumulativa de dívida, como é sabido, se o primitivo devedor invocar, com sucesso, contra o credor um meio de defesa pessoal ¹⁷⁶, parece claro que esse meio de defesa aproveitará, igualmente, o assuntor e, conseqüentemente, extingue-se a obrigação, por *“falta do elemento que lhe serve suporte”* ¹⁷⁷.

(ii) o caso julgado:

- a) numa obrigação solidária, o caso julgado obtido pelo credor contra um dos seus condevedores, não é oponível aos demais, por força do disposto no artigo 522.º, podendo, deste modo, interpelar os seus demais devedores para o cumprimento da obrigação:

“O caso julgado entre o credor e um dos devedores não é oponível aos restantes devedores (...)”.

Não obstante, salvaguarda-se claro, que poderão os demais devedores invocar, após a interpelação do credor para o cumprimento da obrigação, os meios de defesa pessoais que os aproveitem. Neste sentido, vai a última parte do artigo em análise:

“(…), mas pode ser oposto por estes, desde que não se baseie em fundamento que respeite pessoalmente àquele devedor.”;

- b) contrariamente, numa assunção cumulativa de dívida, o caso julgado obtido pelo credor contra o devedor originário é, nas palavras de Luís Menezes Leitão, *“naturalmente extensível ao devedor”* ¹⁷⁸.

(iii) a prescrição:

¹⁷⁶ O artigo 598.º do Código Civil veda ao assuntor a invocação contra o credor de meios de defesa pessoais do primitivo devedor. No entanto, se estes meios de defesa pessoais forem invocados pelo próprio interessado, isto é, pelo primitivo devedor, estes naturalmente aproveitam o assuntor (*vide* pág. 50).

¹⁷⁷ VARELA, João de Matos Antunes, *ob. cit. Vol. II*, pág. 378.

¹⁷⁸ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações, ob. cit.*, pág. 61.

- a) nas obrigações solidárias, por força do disposto no artigo 521.º, n.º 1 do Código Civil, se algum dos devedores solidários satisfizer a prestação, tem direito de regresso sobre os demais, mesmo perante aqueles cuja obrigação já se encontre prescrita:
“Se, por efeito da suspensão ou interrupção da prescrição, ou de outra causa, a obrigação de um dos devedores se mantiver, apesar de prescritas as obrigações dos outros, e aquele for obrigado a cumprir, cabe-lhe o direito de regresso contra os seus co-devedores.”;
- b) na assunção cumulativa de dívida, não há razão para atribuir ao assuntor o direito de regresso previsto no disposto no artigo 521.º.

São estes alguns dos aspectos que existem, confrontando o regime geral da solidariedade e a solidariedade que se impõe no seio de uma assunção cumulativa de dívida.

No entanto, onde há um maior fosso e maior grau de confundibilidade é no ponto tocante ao direito de regresso ¹⁷⁹:

(iv) o direito de regresso:

- a) nas obrigações solidárias, o direito de regresso configura-se enquanto meio de protecção dos legítimos interesses do devedor cumpridor, de forma a garantir e evitar injustiças de apenas um dos devedores acarretar integralmente o cumprimento de uma dívida que é comum. Assim, dispõe o artigo 524.º do Código Civil:
“O devedor que satisfizer o direito do credor além da parte que lhe competir tem direito de regresso contra cada um dos condevedores, na parte que a estes compete.” (sublinhado nosso);
- b) no entanto, no seio de uma assunção cumulativa de dívida (pelo menos perante uma assunção cumulativa de dívida *tout cort* ¹⁸⁰) seria abusivo e injustificável se a mesma solução seguisse o regime geral da solidariedade

¹⁷⁹ O mecanismo do direito de regresso não é a regra no ramo do Direito Civil, só tendo lugar se as partes assim convencionarem ou se a lei expressamente dispuser. Na prática, o credor obtém à sua disposição, para a satisfação do seu crédito, “o número de patrimónios correspondente ao número de condevedores solidariamente obrigados” – VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de, *Direito das Garantias*, Coimbra: Almedina, Fevereiro de 2020, 3.ª ed., pág. 201.

¹⁸⁰ Quanto à assunção cumulativa de dívida em garantia, como oportunamente iremos abordar, o mesmo não se aplica.

no tocante ao direito de regresso, até porque no âmbito das relações internas, não existe responsabilidade por partes, mas antes assunção plena de uma obrigação. No entanto, e uma vez estarmos no epicentro do Direito obrigacional, podem os sujeitos passivos da relação assumptiva (devedor originário e assuntor) contratualizem, entre si, nesse sentido.

Veja-se então:

- i. uma vez que, em primeira instância, o *cumulus* da dívida visa proporcionar ao credor um reforço do cumprimento da obrigação, com a adição à dívida de um novo sujeito que responderá pessoal e patrimonialmente, não teria sentido e, seria até mesmo de má fé, o assuntor que, investido na posição de cumpridor interpelasse e viesse pleitear contra o primitivo devedor, justificando a sua pretensão pelo “mero” facto de ter cumprido a prestação a que, esclareça-se, estava adstrito (e de forma plena) desde o momento em que ingressou nesta relação jurídica. Se o sistema assim se configurasse, abrir-se-iam portas à violação do princípio do *venire contra factum proprium* no seio da assunção cumulativa de dívida.
- ii. em sentido inverso, a resposta não é tão clara e incisiva como a anterior e a doutrina não é unânime, considerando a ala de maior peso não ter sentido a existência de direito de regresso quando o cumprimento tenha sido levado a cabo pelo primitivo devedor, pois, no final de contas, a prestação em dívida sempre foi sua desde o momento da sua constituição.

Em sentido inverso vai Luís Menezes Leitão, considerando poder existir direito de regresso quando quem cumpriu a prestação foi o primitivo devedor, pois, olhando internamente para a questão na sua perspectiva, efectivamente apenas o assuntor é devedor da obrigação. Neste sentido:

“Efectivamente, começa por se referir que, uma vez que nas relações internas apenas o novo devedor será efectivamente devedor da obrigação, o direito de regresso só se poderá realizar num sentido. (...) Se, porém, for o antigo devedor a efectuar esse pagamento terá

*direito de regresso sobre o novo devedor pela totalidade do crédito.”*¹⁸¹ (sublinhado nosso).

Cabe tomar posição sobre esta permissibilidade de ocorrência de direito de regresso apenas num só sentido.

Com o devido respeito pela posição supra, tendemos, desde já, a discordar por não considerarmos ser sempre o assuntor o devedor efectivo da obrigação na perspectiva interna. Será assim, efectivamente, quando v.g. o assuntor desta relação é simultaneamente devedor do primitivo devedor em outra relação jurídica paralela e, por isso, assume (ainda que cumulativamente) a dívida do seu credor.

No entanto, não podemos classificar isto enquanto regra prima. Aliás, a *praxis* comercial demonstra-nos precisamente o contrário, que muitas vezes os interesses do assuntor são convergentes aos interesses do primitivo devedor por questões comerciais e/ou de mercado. Figurando-se, antes, o assuntor credor do primitivo devedor.

Para melhor compreensão veja o seguinte exemplo: a sociedade A, no desenvolvimento da sua actividade profissional, mantém relações comerciais com a sociedade B, por ser esta última sua fornecedora. No entanto, para a sociedade B conseguir concessão de crédito para poder adquirir fornecimento para, posteriormente, entregar à sociedade A, é-lhe exigida pela instituição bancária uma garantia bancária, à qual deverá ser acoplada uma assunção cumulativa de dívida, de forma a garantir o cumprimento da obrigação, reforçando, assim, as perspectivas de recuperação de crédito por parte da instituição bancária, ora credora. Nestes termos, a sociedade A terá todo o interesse em se associar cumulativamente a esta dívida para a concessão de crédito à sociedade B.

Assim, consideramos que o direito de regresso poderá existir, nas duas vias, desde que contratualizado pelos sujeitos passivos da relação. Tudo dependerá, mais uma vez, daquilo que as partes contratualizarem entre si, por força do princípio da liberdade contratual.

¹⁸¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações, ob. cit.*, pág. 60.

Mas, como iremos demonstrar, a existência deste direito não é imprescindível para a qualificação da obrigação enquanto solidária.

Assim, com todas estas divergências entre os (aparentemente) dois regimes, tradicionalmente apontadas pela doutrina, Almeida e Costa conclui da seguinte forma:

*“Parece fora de dúvida que a lei teve somente em vista a aplicação do regime das obrigações solidárias até onde não for contrário às necessidades da situação – que se caracteriza pelo facto de o novo devedor assumir uma obrigação alheia. Portanto, não significa que da co-assunção de dívida resulte um puro vínculo solidário ou solidariedade perfeita.”*¹⁸².

Neste sentido, vai igualmente a posição dominante dos nossos Tribunais superiores:

*“A assunção cumulativa é, assim, um contrato pelo qual um terceiro aceita responder, solidariamente, com o devedor, na qualidade de um segundo devedor independente, mas a ele equiparado, uma forma de estabelecimento de solidariedade passiva, mas de uma solidariedade imprópria ou imperfeita, em que a faculdade de o credor poder exigir de qualquer deles o cumprimento integral da obrigação não faz presumir que sejam iguais as relações entre as partes.”*¹⁸³.

Cabe então tomar posição sobre esta divisão do regime da solidariedade em perfeita e imperfeita.

Como já demonstramos, nem todos os aspectos da solidariedade constante no *cumulus* da dívida se integram no regime (geral) da solidariedade, constante entre as disposições dos artigos 512.º a 527.º do Código Civil.

Por este motivo, considera a doutrina dominante ser importante diferenciar a solidariedade em perfeita e imperfeita e, pelo exposto, conclui, sem sombra de dúvidas, ser a assunção cumulativa de dívida efectivamente uma obrigação solidária, pois é evidentemente inegável, conforme determina o artigo 513.º do Código Civil, *“a solidariedade de devedores ou credores só existe quando resulte da lei ou da vontade das partes.”* (sublinhado nosso) e o artigo 595.º, n.º 2 *“(…) de contrário, o antigo devedor responde solidariamente com o novo obrigado.”* (sublinhado nosso). No entanto, entende integrar a ala das ditas obrigações solidárias imperfeitas, precisamente por nem todos os

¹⁸² COSTA, Mário Júlio de Almeida, *ob. cit.*, pág. 831.

¹⁸³ Conforme posição adoptada em acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11/04/2013, em processo que correu os seus termos sob o n.º 67/09.6TBLSA.C1.S1.

aspectos do regime do *cumulus* da dívida se subsumirem ao regime (geral) da solidariedade, como se de uma reprodução se tratasse.

No entanto, parece-nos importante suscitar a questão que alguns já colocaram: fará mesmo sentido proceder a esta distinção entre as duas ditas solidariedades?

Independente da resposta a que chegemos, importa lembrar e deixar bem assente que o próprio regime da solidariedade, por si só, já faz a destrição com base nas relações externas e internas, diferenciação esta que não pode ter opositores entre a doutrina, pois clara é.

Assim, e tendo por base precisamente esta diferenciação, chamemos-lhe “natural” (porque diverge directamente da lei), alguma doutrina¹⁸⁴ entende estar ultrapassada qualquer diferenciação que não esta, isto é, sustenta não fazer sentido dissecar o regime em perfeito e imperfeito, posição que entendemos acolher na íntegra pelas explicações dadas por Januário Costa Gomes:

*“Não há, por outro lado, qualquer contradição entre uma ampla noção de solidariedade e uma visão mais restrita, que seria ditada pelo regime da solidariedade. O legislador, ao traçar o regime, ponderou a existência de diversas situações obrigacionais “dentro” ou “debaixo” da solidariedade, traçando-a com a amplitude e a elasticidade bastantes para se adequar, nomeadamente na fase da liquidação, às várias situações obrigacionais.”*¹⁸⁵ (sublinhado nosso).

E, mais à frente, centrado na figura jurídica predilecta da doutrina para a exemplificação da dita solidariedade imperfeita, refere Januário Costa Gomes ainda:

*“O caso mais invocado pela doutrina como não integrando o núcleo da solidariedade perfeita – o caso da assunção cumulativa de dívida – não fornece, assim, qualquer suporte para a autonomização de situações de solidariedade perfeita. Uma vez que tanto o devedor inicial quanto o assuntor devem a prestação integral e a realização desta por um deles libera o outro nas relações com o credor, há solidariedade.”*¹⁸⁶, tal como no regime (geral e único) da solidariedade.

¹⁸⁴ Doutrina esta que já precedia aos tempos dos trabalhos preparatórios do nosso Código Civil e se assumia, mais uma vez, na “voz” de Vaz Serra para quem “*parece não haver entre as hipóteses da chamada solidariedade perfeita e de solidariedade propriamente dita, diferenças que justifiquem a distinção entre estas duas figuras.*” – Conforme citação efectuada por Januário Costa Gomes do autor supra, no BMJ n.º 69 – GOMES, Manuel Januário da Costa, *ob. cit.*, pág. 256.

¹⁸⁵ GOMES, Manuel Januário da Costa, *ob. cit.*, pág. 256.

¹⁸⁶ GOMES, Manuel Januário da Costa, *ob. cit.*, pág. 257.

E quanto ao “*cavalo de batalha da doutrina tradicional*”¹⁸⁷, o direito de regresso, utilizado enquanto argumento crucial para justificar a assunção cumulativa de dívida não se qualificar enquanto solidariedade perfeita, evidencia Januário Costa Gomes, com toda a lógica e com uma interpretação muito mais palpável à realidade inscrita na lei, ser o direito de regresso um mecanismo pertencente apenas à fase da liquidação e não ao momento da interpelação para o pagamento, ou seja, não pertencente no âmbito da relação devedor *versus* credor (no âmbito das relações externas)¹⁸⁸.

Para além do mais, refere ainda o autor resultar nitidamente na conjugação dos artigos 524.º e 516.º, ambos do Código Civil, a “*inexistência de regresso na fase da liquidação, sendo o peso da dívida suportado integralmente pelo devedor solidário que satisfaz o credor (...)*”, concluindo o autor que “*(...) a inexistência de regresso não pode ser erigida em sinal duma solidariedade imperfeita ou não autêntica.*” (sublinhado nosso).

Assim, dever-se-á considerar o direito de regresso ser “apenas”, um mecanismo que a lei fornece tão somente com o fim de evitar a injustiça de vários deverem e um só pagar, não devendo ser por isso encarado enquanto sinal à verificação da solidariedade, conforme já referenciava Gomes da Silva, ainda com o Código de Seabra em vigor, que considerava existir obrigação solidária mesmo na ausência de direito de regresso.

Neste sentido:

“*(...) o direito de regresso não corresponde ao direito, que tem o representante, a haver do representado uma quota que em nome dele pagou; corresponde antes à simples preocupação por parte da lei de evitar a injustiça de vários deverem e só um pagar. Como todos devem, a lei faz repartir por todos o encargo do pagamento, não porque o que pagou só deva uma parte, mas porque todos devem igualmente a prestação (...) Se é assim, ainda que deixasse de haver regresso, a obrigação podia ser solidária, apenas, por princípio isso não é justo porque se todo devem, o mais equitativo é que todos suportem a dívida.*”¹⁸⁹ (sublinhado nosso).

¹⁸⁷ GOMES, Manuel Januário da Costa, *ob. cit.*, pág. 256.

¹⁸⁸ Trata-se tão só de um “*um direito nascido ex novo na titularidade daquele que extinguiu a relação creditória anterior*” – Conforme posição adoptada em acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 16/09/2004, em processo que correu os seus termos sob o n.º 0434073.

¹⁸⁹ SILVA, Manuel Duarte Gomes da, *Da Solidariedade das Obrigações*, Separata da Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1947, pág. 88.

Entendemos assim, que o direito de regresso não é um elemento qualificador da natureza jurídica da solidariedade nas obrigações, pois apesar de importante pelos motivos já enunciados, o que pode definir uma obrigação enquanto solidária é o seu respectivo efeito:

*“A solidariedade, ativa ou passiva, somente se pode definir pelo respectivo efeito: é por o cumprimento efetuado por um dos devedores liberar os demais (...), que a obrigação tem tal natureza.”*¹⁹⁰ (sublinhado nosso).

Ora, após a interpelação do credor para o cumprimento da obrigação, quer perante o primitivo devedor, quer perante o assuntor, verdade incontestável é que o cumprimento efectuado por qualquer um deles libera não só o próprio como o outro. Perante isto, verdade absoluta há apenas uma: há solidariedade.

Assim, e em conclusão discordamos da dissecação feita pela doutrina tradicional e concluimos ser a assunção cumulativa de dívida uma obrigação solidária, tal como todas as demais existentes no nosso ordenamento jurídico, por força do disposto nos artigos 595.º, n.º 2 e 513.º, ambos do nosso actual Código Civil.

No entanto, cabe referir que, tal como referido por Joana Pinto Monteiro, numa apreciação bastante pertinente, toda esta diferenciação é *“uma mera questão teórica, uma vez que a lei expressamente classifica (...) a assunção com solidária e não distingue diferentes tipos de solidariedade.”*¹⁹¹.

¹⁹⁰ GONZÁLEZ, José Alberto, *ob. cit.* Vol. II, pág. 262.

¹⁹¹ MONTEIRO, Joana Pinto, *ob. cit.*, pág. 17.

6.3. Os pressupostos

6.3.1 O consentimento do credor: a ratificação

Na senda de uma transmissão singular de dívida, efectivada por meio de assunção de dívida interna, o acto de consentir por parte do sujeito activo da relação obrigacional, é um elemento essencial à existência do próprio instituto em si por razões categóricas de justiça e de segurança iminentes à ordem jurídica como a conhecemos ¹⁹².

Nas palavras de Antunes Varela:

“Para que haja sucessão na dívida, mudança no sujeito passivo da relação obrigacional, é imprescindível o consentimento do credor.” ¹⁹³ (sublinhado nosso).

A ideia subjacente a todo este panorama encontra a sua tónica no facto de ser o património do devedor a garantia para a satisfação do crédito. Deste modo, não pode o credor ser prejudicado por uma substituição (e não uma qualquer e vera substituição, mas sim a substituição crucial da garantia de recuperação do seu crédito) em que não tenha consentido.

Se assim não fosse, ignorar-se-iam os princípios essenciais a qualquer relação jurídica: os atributos de solvabilidade, honradez, diligência, pontualidade, entre tantos outros. Assim:

“(…) a obrigação também assenta, como vínculo pessoal, sobre as qualidades pessoais do devedor e a probidade, a correcção, a pontualidade, não são próprias de todos os homens ou não são iguais em todos.” ¹⁹⁴.

¹⁹² Efectivamente, a questão não se coloca quando a assunção de dívida em causa é efectivada por contrato celebrado entre o assuntor e o credor., pois, naturalmente, o credor surge como outorgante do contrato de assunção de dívida. Assim:

“Si se hace por contrato del que asume la deuda con el acreedor, aquél se constituye inmediatamente. No es menester el asentimiento del hasta deudor.” – ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin, revisto por LEHMANN, Henrich, *ob. cit.*, pág. 411.

¹⁹³ VARELA, João de Matos Antunes, *ob. cit. Vol. II*, pág. 372.

¹⁹⁴ RUGGIERO, Roberto de, *ob. cit.*, pág. 171.

Características estas as quais julgamos serem transversais à maioria das demais relações jurídicas existentes, como v.g. no âmbito de um contrato de locação, em que, principalmente nos dias que correm, o locador que tenha um locatário com estas qualidades deve estimá-lo e preservá-lo.

Julga-se facilmente perceptível não ser indiferente ao credor quem figura enquanto seu devedor pelos motivos supra ou, pelo motivo ainda mais premente, a não solvabilidade por parte daquele que pretende ingressar na esfera jurídica ¹⁹⁵.

Assim, credor não pode ser prejudicado em algo sobre o qual não tenha dado, no mínimo, a sua anuência.

Nas palavras de Roldão de Freitas Gomes:

“Se tal ocorresse, como regra, constituiria uma violência às relações contraídas entre o credor e o devedor primitivo com fulcro na ampla liberdade de contratar, ao páldio da chancela que a lei e os princípios dos povos cultos conferem a este postulado.” ¹⁹⁶.

Deste modo, e antes de embarcarmos directamente para o que representa este acto de vontade por parte do credor na senda de uma assunção cumulativa de dívida (que é onde se revela a verdadeira “pedra de toque”, pois, na verdade, não só não existe qualquer substituição do primitivo sujeito passivo da relação obrigacional, como, se formos a “ver com olhos de ver”, há, de facto, um benefício para o credor), vejamos quais as consequências que este acto implica num leque geral, incluindo, por isso, também, a análise do comportamento deste pressuposto na senda de uma verdadeira transmissão singular de dívida, ou seja, no panorama da assunção liberatória. Vejamos então.

Como já anteriormente referido, de acordo com o disposto no artigo 595.º, n.º 1 do nosso Código Civil, a assunção de dívida pode efectivar-se por meio de contrato outorgado entre o devedor e o assuntor, como pode efectivar-se igualmente por meio de contrato entre o assuntor e o credor, denominando-se estas modalidades de assunção interna e assunção externa, respectivamente.

Nas palavras de Antunes Varela:

“Em qualquer das três formas ou processos negociais previstos no artigo 595.º, 1, há, de facto, um factor comum, que corresponde ao elemento irreduzível do fenómeno da transmissão singular da dívida: é o consentimento do titular activo da obrigação, dado sob a forma de ratificação, como sucede no tipo de contrato a que se refere a alínea a), ou manifestado pela participação directa no contrato, como outorgante, nos termos das duas hipóteses compreendidas na alínea b).” ¹⁹⁷ (sublinhado nosso).

¹⁹⁵ Contrariamente à situação oposta, na senda de uma cessão de crédito, onde na qual, ao devedor, “é-lhe indiferente pagar àquele ou a outro” – RUGGIERO, Roberto de, *ob. cit.*, pág. 152.

¹⁹⁶ GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *ob. cit.*, pág. 242.

¹⁹⁷ VARELA, João de Matos Antunes, *ob. cit. Vol. II*, pág. 372.

No entanto, para a temática do nosso estudo, apenas tem relevância centrarmos a nossa atenção na modalidade da assunção efectivada por meio de contrato entre devedor e assuntor, no qual não intervenha directamente o credor ¹⁹⁸, pois só nesta modalidade, totalmente interna (elaborada e outorgada, à partida, totalmente na ausência do credor), haverá a necessidade de requerer a ratificação do mesmo para que o negócio assumptivo tenha validade perante si.

Assim:

“La asunción de deuda puede concluirse mediante contrato del que asume aquélla con el acreedor (conforme al § 414) o con el deudor (conforme al § 415) (...) Si se concluye mediante contrato entre el que asume la deuda y el hasta entonces deudor, su eficacia pende provisionalmente de la ratificación del acreedor (§ 415 ap. 1 prop. 1) (...)” ¹⁹⁹.

É, efectivamente, e sem sombras de dúvidas, a modalidade mais complexa da assunção de dívida, dado ao facto de se encontrar sujeita a uma actuação externa por parte de alguém que, à partida, não compõe aquela relação jurídica.

Nas palavras de Ney Ferreira:

“(...) a lei atribui ao credor um exercício indirecto de actividade negocial (...)” ²⁰⁰ (sublinhado nosso).

Ora, mas neste momento parece-nos então essencial abrandar um pouco o ritmo e questionamos o sentido de acto ratificativo.

E sobre este, nas palavras de Ana Prata, classifica-se enquanto:

“Acto jurídico, pelo qual uma pessoa aceita, na sua esfera, os efeitos jurídicos de acto praticado em seu nome por terceiro, que não dispunha de poderes para a sua prática.” ²⁰¹

Em sentido idêntico vai a posição consonante no seio do nosso Supremo Tribunal de Justiça:

¹⁹⁸ Neste sentido:

“Em relação ao segundo caso, não foi preciso tomar esta providência, porque o credor é parte no contrato. Não há que falar, pois, em ratificação (...)” – LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1987, 4.^a ed., pág. 611.

¹⁹⁹ ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin, revisto por LEHMANN, Henrich, *ob. cit.*, pág. 411.

²⁰⁰ FERREIRA, José Carlos Ney, *ob. cit.*, pág. 112.

²⁰¹ PRATA, Ana, *Dicionário Jurídico*, Vol. I, *Direito Civil, Direito Processual Civil e Organização Judiciária*, Vol. I, Coimbra: Almedina, Março de 2019, 2.^a reimpressão da 5.^a ed. actualizada e aumentada.

“(…) a ratificação é o “acto pelo qual, na representação sem poderes ou com abuso no seu exercício, a pessoa em nome de quem o negócio é concluído declara aprovar tal negócio, que doutro modo seria ineficaz em relação a ele” (...) Esta “ratificação” - negócio jurídico unilateral, através do qual o representado por outrem, sem poderes de representação, “a posteriori” lhos atribui com eficácia retroactiva.”²⁰² (sublinhado nosso).

E:

“Actos de consentimento, como a ratificação do negócio, podem efectuar-se por comportamentos concludentes, que pressuponham o reconhecimento de um contrato ou de uma parte contratual.”²⁰³.

Contudo, parece-nos que não basta replicar a definição de um qualquer acto ratificativo. Há que concretizar ao instituto em análise, exigido então pelo artigo 595.º, n.º 1, alínea a) e regulado pelo artigo 596.º, ambos do nosso Código Civil.

E, precisamente neste sentido vai Ney Ferreira, quando traça a linha de distinção, ainda que ténue, entre a generalidade dos actos ratificativos que se podem classificar enquanto “*negócio jurídico de recepção na esfera jurídica do ratificante dos efeitos do negócio ratificado, ou seja, uma autorização ratificativa ex post facto*” e, diferentemente, o acto ratificativo na senda da assunção de dívida, traduzindo-se este no “acto necessário à perfeição de um negócio que não alcança, sem ela, o resultado constitutivo pretendido”²⁰⁴ (sublinhado nosso).

Este acto ratificativo no seio de uma assunção de dívida justifica a sua existência, conforme já referido, pelo “simples” facto de o negócio assumptivo afectar não só a esfera jurídica dos seus intervenientes, bem como a esfera jurídica do credor, pois através da sua concordância esta permite que se alcance o *resultado constitutivo pretendido*, ou seja, a liberação do primitivo devedor provocada pela transmissão da dívida ao assuntor [ressalvando, claro, a situação prevista pelo nosso legislador e regulada no artigo 600.º do nosso Código, a assunção liberatória com reserva de garantia (*vide* pág. 9 e 42-43)]²⁰⁵.

²⁰² Conforme posição adoptada em acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11/07/2013, em processo que correu os seus termos sob o n.º 4244/09.1TBSXL.L1.S1.

²⁰³ Conforme posição adoptada em acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 03/05/2011, em processo que correu os seus termos sob o n.º 2331/05.4TBVLG.P2.

²⁰⁴ FERREIRA, José Carlos Ney, *ob. cit.*, pág. 111.

²⁰⁵ Claro que, este acto de ratificação não confere, de imediato, o risco de desvinculação do primitivo devedor da relação obrigacional. Como veremos, apenas a declaração expressa de exoneração o permite. Mas,

Todo este processo de actividade declaratória da vontade do credor é classificado pela doutrina italiana enquanto processo *fattispecie* ²⁰⁶, ou seja, processo de formação sucessiva, o qual se decompõe em duas fases:

- (i) primeiramente ocorrerá a outorga do dito acordo/negócio de assunção entre devedor e assuntor, o qual adiante apenas se designará enquanto negócio assumptivo, uma vez que nesta fase tem apenas (ainda) eficácia entre interna;
- (ii) só de seguida, e para que este dito negócio expanda a sua eficácia em relação ao credor, ocorrerá o último acto necessário, não só à produção de efeitos na esfera jurídica deste, bem como ao alcance da perfeição do próprio negócio: o consentimento do credor (prestado, em Portugal) por meio de ratificação.

Assim, tendo em consideração estes dois compassos de tempo, concluímos que antes do acto ratificativo do credor, o negócio assumptivo produz os seus efeitos jurídicos apenas ao nível das relações internas, isto é, entre devedores, uma vez que ainda não alcançou a sua perfeição e plenitude, motivo pelo qual não é, ainda, contrato de assunção de dívida.

Nas palavras de Ney Ferreira:

“(...) a ratificação é um requisito de mera eficácia externa quanto ao negócio assumptivo, mas constitui um verdadeiro requisito de perfeição quanto à assunção de dívida.” ²⁰⁷ (sublinhado nosso).

E, em igual sentido vai Roldão de Freitas Gomes:

“Considera-se o consentimento do credor elemento essencial ou à perfeição da assunção de dívida (...)” ²⁰⁸ (sublinhado nosso).

Conclui-se assim ser este acto ratificativo o “momento chave” para a atribuição de eficácia externa ao negócio assumptivo.

No entanto, esta posição transporta em si mesma algumas questões que nos parecem suscitar, nomeadamente as que a seguir se identificam:

- (i) desde que momento produz efeitos a eficácia da ratificação perante o credor?

permite o alcance dessa finalidade. Se o negócio assumptivo for, de imediato, não ratificado, “cai por terra” qualquer esperança nesse sentido.

²⁰⁶ Conforme Giuseppe Mirabelli, referenciado por Ney Ferreira – FERREIRA, José Carlos Ney, *ob. cit.*, pág. 112.

²⁰⁷ FERREIRA, José Carlos Ney, *ob. cit.*, pág. 113.

²⁰⁸ GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *ob. cit.*, pág. 241.

- (ii) a ratificação do negócio assumptivo poderá ocorrer sem que o credor tenha sido notificado da outorga do mesmo?
- (iii) qual o teor da notificação a realizar ao credor?
- (iv) qual a extensão do prazo de ratificação por parte do credor e quais as consequências durante a pendência do mesmo? E, ainda, quais as consequências da não ratificação do negócio assumptivo?
- (v) e, por fim, o acto ratificativo deverá ser efectivado expressamente ou poderá promover-se tacitamente?

Vejamos então.

(i) A eficácia *ex tunc*

Quanto a esta questão aparentemente banal, ergueram-se muros e divisões entre legislações de ordenamentos jurídicos até aqui consonantes, como foi o nítido caso português e transalpino, aquando da implementação do instituto da transmissão singular de dívidas no nosso ordenamento jurídico, rejeitando o legislador português a solução instituída no *Codice Civile*, em razão da solução preconizada no seio do BGB (*vide* pág. 4-5). Vejamos.

Uma das principais características de um acto ratificativo é a sua especificidade de, por si só, atribuir eficácia *ex tunc* ao negócio jurídico em causa, isto é, conferir a eficácia necessária ao negócio retroagindo ao momento da sua constituição ²⁰⁹.

Ora, tendo esta premissa como base no nosso ordenamento jurídico, vejamos então qual foi um dos motivos que entendemos ter levado o nosso legislador a rejeitar a solução estatuída no *Codice Civile* sobre esta temática, aproximando-se antes da ideologia por detrás da solução prevista no BGB:

- (i) o disposto no artigo 1273.º do *Codice Civile*, prevê a especificidade de o *accollo* se tornar apenas eficaz após a “adesão” do credor ao mesmo, não exigindo, portanto, o acto de ratificação por parte deste.

Esta adesão exigível pelo *Codice Civile* é capaz, por si só, atribuir eficácia externa ao negócio de *accollo*.

²⁰⁹ Neste sentido:

“Esta ratificação” - *negócio jurídico unilateral, através do qual o representado por outrem, sem poderes de representação, “a posteriori” lhes atribui com eficácia retroactiva.*” – Conforme posição adoptada em acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11/07/2013, em processo que correu os seus termos sob o n.º 4244/09.1TBSXL.L1.S1.

No entanto, sabendo nós ser o acto ratificativo capaz de conferir a especificidade singular de atribuição de eficácia *ex tunc*, isto é, retroagindo ao momento da constituição do negócio jurídico em causa para atribuir eficácia ao mesmo, conclui-se, sem sombra de dúvidas, que na senda do *accollo*, o negócio apenas se torna irrevogável ao credor após a sua adesão. Não retroage.

Assim, cremos ter sido este um dos motivos primordiais para a rejeição da solução transalpina do *accollo* ao nosso ordenamento jurídico, por se considerar ser essencial à figura da assunção de dívida efectivada por meio de contrato entre devedor e assuntor, ficar o negócio assumptivo dependente de um acto com força o suficiente para, por si só, atribuir eficácia perante o credor desde o momento da sua celebração, tal como prevê o BGB, no disposto no seu § 415, I.

- (ii) para além disto, e sobre esta adesão por parte do credor, considera a maioria da doutrina italiana dever-se qualificar enquanto elemento que apenas atribui eficácia externa ao *accollo*, não devendo por isso qualificá-lo enquanto requisito para atingir a sua perfeição ²¹⁰.

Ora, mais uma vez assim, se afasta o nosso regime, ora instituído desde 1966, do estabelecido para o *accollo*.

Entendeu-se essencial instituir no espírito no nosso Código Civil, a tónica suficiente para qualificarmos o acto ratificativo na senda da assunção de

²¹⁰ Conforme nos referencia Ney Ferreira, referindo, contudo, não ser esta uma matéria que reúna consenso junto da doutrina italiana.

No entanto, refere ainda o autor que a doutrina italiana de “maior peso” teve a sua reflexão junto de autores como Corrado Guglielmucci, o qual encabeça esta posição dominante, defendendo a sua posição no sentido de se dever classificar esta “adesão” do credor ao *accollo* enquanto “mero” acto de atribuição de eficácia externa. Segundo esta posição o negócio assumptivo atinge, por si só, a sua perfeição e plenitude logo desde o momento da sua celebração, não carecendo de nenhum acto externo para tal. – FERREIRA, José Carlos Ney, *ob. cit.*, pág. 113.

Posição esta que, com o devido respeito que merece, não nos parece a mais correcta, sob pena de extravasar a liberdade de contratar, violando princípio da defesa do direito fundamental que está em jogo: o interesse do credor.

Em igual sentido:

“Considera-se o consentimento do credor elemento essencial ou à perfeição da assunção de dívida (...)” – GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *ob. cit.*, pág. 241.

dívida não apenas enquanto mero requisito de eficácia externa, mas acima de tudo um requisito para atingir a perfeição da assunção de dívida, elevando o “mero” negócio assumptivo ao autêntico contrato de assunção de dívida.

Tendo todo este escopo histórico em consideração, a resposta à questão suscitada parece-nos sim, agora, facilmente concretizável: a ratificação tem efeito retroactivo *ex tunc*, actuando à data da outorga do negócio assumptivo celebrado.

Neste sentido:

*“(...) a ratificação tem efeito retroactivo, actua ex tunc: a eficácia do negócio, agora aperfeiçoado, reporta-se à data do acordo entre o novo e o antigo devedor.”*²¹¹.

Esclareça-se, no entanto, que embora a ratificação produza efeitos retroactivos, tal não implica a frustração de actos conservatórios tidos pelo credor face ao primitivo devedor, nomeadamente a interpelação deste para pagamento enquanto não ocorrer a ratificação.

Assim:

*“A ratificação terá, em regra, efeito retroactivo, porque a retroactividade corresponde à vontade normal do seu autor e não contraria as legítimas expectativas dos contraentes. Mas não parece que daí deva extrair-se a inutilização dos actos conservatórios do seu direito, que o credor haja realizado junto do antigo devedor (nomeadamente a interpelação deste), entre a celebração do contrato e o momento da ratificação.”*²¹².

(ii) A ratificação *sponte sua*

Tendo por base o facto de o negócio assumptivo funcionar como uma oferta por parte dos devedores contraentes ao credor, cabe, neste momento, saber se não poderá o credor prestar a sua ratificação ao negócio alcançado entre o devedor e assuntor por iniciativa própria, isto é, sem necessidade de aguardar o acto de “oferta” (comunicação) por parte dos contraentes.

Sobre tal questão, que não vem desprovida de lucidez, Vaz Serra, mais uma vez pioneiro sobre estes trilhos praticamente inexplorados em território lusitano, nos seus trabalhos preparatórios ao nosso actual Código Civil, fez uma exaustiva análise aos ordenamentos jurídicos vizinhos, concretamente ao plano germânico. Neste sentido, dispõe o § 415, I do BGB o seguinte:

²¹¹ FERREIRA, José Carlos Ney, *ob. cit.*, pág. 114.

²¹² LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, *ob. cit.*, Vol. I, pág. 613.

“Se a assunção de dívida por terceiros for acordada com o devedor, a sua eficácia depende da aprovação do credor. A aprovação só pode ser dada se o devedor ou terceiro tiver notificado o credor de que a dívida foi assumida (...)” (sublinhado e tradução nossos).

E, nas palavras da própria doutrina alemã:

“(...) la ratificación sólo puede tener lugar si uno de los contrayentes, ya el hasta entonces deudor, ya el que asume la deuda, comunica al acreedor la asunción hecha (§ 415 ap. 1 prop. 2).”²¹³.

Assim, é sem sombra de dúvidas obrigatório, no ordenamento jurídico alemão, que as partes contraentes do negócio assumptivo comuniquem ao credor a celebração deste, excluindo-se assim a possibilidade de poder prestar a sua aprovação sem ter sido notificado da celebração do mesmo.

Sobre tal, considera Ney Ferreira que esta intenção impressa no ordenamento jurídico alemão, prende-se com o facto de *“assim, deixar a pendência da ratificação na disponibilidade dos contraentes que podem ter interesse em não tornar perfeita desde logo a assunção, principalmente na sua modalidade liberatória”²¹⁴.*

No entanto, de regresso ao escopo do plano lusitano, como já referimos, nos trabalhos preparatórios ao nosso actual Código Civil, Vaz Serra coloca a questão supra em causa, dando-lhe uma resposta ambígua, mas, tendendo, no sentido de se dever exigir a prévia comunicação dos contraentes antes do assentimento do credor, em consonância precisamente com o disposto no § 415, I do BGB:

“O credor pode manifestar antecipadamente o seu assentimento (pois não há razão para não ser assim), podendo julgar-se que não será precisa uma prévia comunicação pelo devedor ou pelo terceiro do projecto do contrato que vão realizar, se se vê que as partes querem que dele resultem directamente efeitos para o credor. Mas, por motivo análogo ao da hipótese precedente, afigura-se melhor decidir que, dado aquele prévio consentimento, a cessão só produz efeitos em relação ao credor desde que lhe seja notificada.”²¹⁵.

Ora, efectivamente, e como podemos observar pela leitura do nosso actual Código Civil, o legislador português não incluiu este sentido do BGB e a correspondente pretensão de Vaz Serra aquando da integração do instituto da assunção de dívida no nosso ordenamento

²¹³ ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin, revisto por LEHMANN, Henrich, *ob. cit.*, pág. 411.

²¹⁴ FERREIRA, José Carlos Ney, *ob. cit.*, pág. 114.

²¹⁵ SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *ob. cit.*, pág. 202.

jurídico, em 1966. Melhor dizendo: nada referiu simplesmente. Donde, pelo silêncio da lei se conclui ser possível, à luz do Código Civil português, poder o credor *sponte sua*, isto é, por sua livre iniciativa, ratificar o negócio assumptivo mesmo antes da notificação do mesmo pelos devedores contraentes.

Nas palavras de Ney Ferreira:

*“Em face do silêncio da lei inclinamo-nos a concluir que o legislador julgou dispensável a comunicação, permitindo, pois, a ratificação por iniciativa do credor. O negócio assumptivo constitui, pois, um contrato aberto à adesão do credor.”*²¹⁶.

Em igual sintonia, vai o Código Civil espanhol quando, tal como o Código Civil português, foca a sua atenção na exigência do consentimento do credor para a validação do negócio, abstraindo-se do momento e forma em que o mesmo é prestado. Assim:

*“El consentimiento del acreedor, necesario según el artículo 1.205, puede ser anterior, coetáneo o posterior al negocio de asunción, y por su forma, expreso o tácito. Su falta producirá la ineficacia del negocio no sólo frente al acreedor, sino entre ambos deudores, salvo voluntad contraria de las partes.”*²¹⁷.

E, em igual sentido vai o Supremo Tribunal espanhol:

*“Si se concluye por contrato entre el que asume la deuda y el hasta entonces deudor, se eficacia pende provisionalmente de la ratificación del acreedor, que puede darla tácitamente.”*²¹⁸.

Ora, mas quanto a esta admissibilidade de ratificação *sponte sua* no seio da nossa doutrina (e também no entendimento da doutrina espanhola), não é, como vimos, tão flexível no seio da doutrina maioritária alemã, por entender que, não obstante poder a mesma ser prévia, nos termos do § 182 do BGB, não pode a mesma ocorrer sem ter por base uma comunicação por parte de qualquer um dos devedores contraentes do negócio assumptivo.

Assim:

“También ha de considerarse suficiente el consentimiento previo del acreedor, a tenor del § 182, pero igualmente sólo si se hace sobre la base de una comunicación, que

²¹⁶ FERREIRA, José Carlos Ney, *ob. cit.*, pág. 115.

²¹⁷ PICAZO, Luis Díez; y GULLÓN, Antonio, *ob. cit.*, pág. 263.

²¹⁸ GONZÁLEZ, Blas Pérez; ALGUER, José in ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin, revisto por LEHMANN, Henrich, *ob. cit.*, pág. 421.

*parte del deudor o del asuntor e se refiera al contrato de asunción de deuda que se ha de concluir.”*²¹⁹.

Aqui chegados, cabe tomar posição sobre o exposto.

Apesar de, efectivamente, em nada a lei portuguesa impedir o credor, por sua iniciativa, de prestar a ratificação ao negócio assumptivo sem a prévia comunicação do devedor e/ou assuntor, parece-nos, no entanto, estarem em jogo demasiados interesses para que possa o credor manifestar a concordância a um negócio de “olhos vendados”. Quer isto significar o quê? Entendemos que, não obstante a lei em nada impedir tal prévia ratificação, qualquer credor que seja minimamente zeloso e cauteloso, aguarda pela comunicação por parte dos contraentes (que são quem, na verdade, tem o primordial interesse) da outorga de tal negócio, pois a prestação “apressada” de ratificação sem antes analisadas todas as cláusulas e condições do concreto acordo outorgado (*in casu*), pode fazer facilmente com que o credor preste o seu assentimento em falso, pois poder-se-á dar o caso de serem contratualizadas cláusulas e/ou condições que não estejam a cem por cento em consonância com a perspectiva dos interesses do credor e, as quais, este não previu no momento da manifestação antecipada da sua ratificação.

Em consonância vai Roldão de Freitas Gomes ao afirmar que o objectivo é, no final de contas, “*de prevenir incertezas e litígios com relação à validade do consentimento antecedente, é aconselhável que este seja manifestado com base em comunicação que as partes, ou uma delas, façam, ao credor, do negócio que desejam realizar.*”²²⁰ (sublinhado nosso).

Por isto, e em conclusão, parece-nos que, não obstante a lei portuguesa em nada impedir a ratificação *sponte sua*, deve o credor aguardar ser notificado pelos contraentes da celebração do negócio assumptivo para que possa prestar a sua manifestação de concordância (tal como prevê o § 415, I do BGB).

²¹⁹ ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin, revisto por LEHMANN, Henrich, *ob. cit.*, pág. 411.

No entanto, a doutrina não é consensual quanto à imperativa necessidade de existir por base uma comunicação por qualquer um dos condevedores para que o credor possa, deste modo, prestar o seu consentimento no negócio celebrado. Assim como ocorre no seio do ordenamento jurídico português e conforme é o entendimento de v.g. Planck e Dernburg – ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin, revisto por LEHMANN, Henrich, *ob. cit.*, pág. 411-412.

²²⁰ GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *ob. cit.*, pág. 220.

No final de contas, não nos esqueçamos, que estamos no epicentro da autonomia privada, podendo o devedor e assuntor clausular o que não “devem” em relação ao credor...

(iii) O teor da ratificação

Como vimos, qualquer das partes contraentes do negócio assumptivo pode proceder à notificação do credor sobre a celebração do mesmo. No entanto, questionamo-nos neste momento se tal comunicação deve conter informações especiais ou apenas a notificação da sua outorga.

E, para respondermos à questão supra, sustentámo-nos no raciocínio efectuado por Menezes Cordeiro que nos explica que a resposta à questão contém um duplo sentido:

“- *pela negativa: a comunicação não ser deve ser feita em moldes que induzam o credor em engano, precisamente por omissões;*

- *pela positiva, ela deve, além do contrato, informar o credor sobre a identidade e as coordenadas do devedor; de outro modo, teremos uma comunicação de conteúdo indeterminável, a qual irá ocasionar uma ratificação com essa mesma característica e, como tal, nula (280.º/1).”*²²¹ (sublinhado nosso).

E, conforme adiante mais à frente:

“*Ex bona fide, o credor não pode ser induzido em erros quanto à solvabilidade do novo devedor. Ou se dão informações corretas quanto a esse ponto ou se deixa uma margem clara para o credor se informe ou, na dúvida recuse.*”²²² (sublinhado nosso).

Tal posição parece-nos, no mínimo, justa, uma vez que a identidade do indivíduo que pretende ingressar a esfera jurídica desta relação obrigacional e, conseqüentemente, a sua capacidade de solvabilidade ou, ao invés, o desconhecimento (sincero) desta por parte do primitivo devedor, são directrizes basilares para a tomada de decisão do credor, mesmo na senda de uma assunção cumulativa de dívida que, bem sabemos, não implica a exoneração do primitivo devedor, mas, entendemos nós, se o assuntor não tiver capacidade de solvabilidade face à prestação em causa, para quê aderir?

(iv) O prazo da ratificação

²²¹ CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil IX, Direito das Obrigações, ob. cit.*, pág. 856-857.

²²² CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil IX, Direito das Obrigações, ob. cit.*, pág. 856-857.

Comunicada ao credor a outorga do negócio celebrado entre o devedor e o assuntor, questão que importa agora deslindar é saber se as partes contraentes têm o direito de fixar um prazo para que possam pôr termo à eventual espera indefinida de resposta por parte do credor.

A resposta a esta questão é facilmente detectável por força do n.º 2 do artigo 596.º do nosso Código Civil:

“Qualquer das partes tem o direito de fixar ao credor um prazo para a ratificação (...)”.

O objectivo é simplesmente evitar a situação incerta do devedor e do assuntor que, na esperança, possam indefinidamente aguardar por uma resposta do credor. Assim:

“A doutrina do n.º 2 tem um objectivo: evitar que, por inércia do credor, ou por outra causa, fique a situação dos devedores incerta durante muito tempo.” ²²³.

Contudo, a lei mostra-se omissa em relação à durabilidade deste prazo.

No anteprojecto ao Código Civil, Vaz Serra entendeu que deveria o nosso novo Código prever um prazo razoável à resposta de ratificação por parte do credor, mesmo que nada indicasse em concreto quanto ao mesmo (tal como o BGB não indicava, nem indica).

Tal como em qualquer outro negócio jurídico, mesmo que nenhuma das partes fixe um prazo para a ratificação ocorrer, julgamos, efectivamente, estar a razão do lado de Vaz Serra quando nos ensina que *“apesar de nenhuma das partes ter fixado ao credor prazo para a ratificação, parece que esta não deve ser possível, quando, segundo a boa fé, tenha decorrido tanto tempo que haja motivo para crer que o credor recusou a ratificação”* ²²⁴ (sublinhado nosso).

Tal constatação parece-nos óbvia, salvo o devido respeito por opinião contrária. Sendo notificado para ratificar o negócio assumptivo e mantendo-se no silêncio, não será passado v.g. três, quatro, cinco anos que irá o credor ratificar tal negócio. Não tem cabimento.

²²³ LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, *ob. cit.*, Vol. I, pág. 613.

²²⁴ SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *ob. cit.*, pág. 205.

Tomando ainda o autor luso a posição de Von Thr que entende ser *“inadmissível (...) aceitar uma oferta, deste género, que o credor tem vários anos sem resposta, e que, portanto, o que a formulou pode considerar como anulada quando mais tarde piora a situação patrimonial do devedor.”* – SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *ob. cit.*, pág. 205, nota de rodapé (24).

Dito isto e, uma vez a lei nada indicar e, não nos devendo seguir apenas pelo princípio da boa fé, entendemos seguir o critério desenvolvido por Ney Ferreira ²²⁵ que entende que, na falta de estipulação em contrário, dever-se-á aplicar o regime geral, seguindo-se os trâmites da duração da proposta contratual, nos termos do disposto no artigo 228.º do Código Civil, sendo que, findo esse prazo, se o credor nada disser, tem-se a ratificação como recusada, por força da parte final do n.º 2 do disposto no artigo 596.º.

Em igual sentido, Vaz Serra, no anteprojecto ao Código Civil:

“Como as partes podem ter interesse em que não se prolongue a incerteza acerca da eficácia do contrato, é razoável que qualquer delas tenha a faculdade de fixar ao credor um prazo para a ratificação. Decorrido este sem que a ratificação seja dada, entender-se-ia que o credor a recusa.” ²²⁶.

Questionamos, no entanto, sobre quem deverá recair esta obrigação de comunicação ao credor: ao devedor que, para todos os efeitos, ainda figura enquanto sujeito passivo desta relação obrigacional? Ou ao assuntor que, é quem verdadeiramente a partir deste momento e, se obtiver a concordância do credor, assume a dívida fruto desta relação jurídica? Ou a ambos?

Mais uma vez, a lei, na expressão do n.º 2 do artigo 596.º, dá-nos a resposta à questão, ainda de forma implícita:

“Qualquer das partes tem o direito de fixar ao credor um prazo para a ratificação (...)”.

Ora, parece-nos que, se as partes podem o mais de fixar um prazo ao credor para ratificar, podem, naturalmente, o menos de proceder à comunicação da celebração do negócio assumptivo.

E, para além disto, e como referem Pires de Lima e Antunes Varela:

“A fixação do prazo é feita pelo devedor e não pelo tribunal (...)” ²²⁷.

No entanto, repare-se que, apesar de em primeira instância poder aparentar esta ser uma questão puramente académica e desprovida de qualquer interesse prático, não o é, conforme nos explica Roldão de Freitas Gomes, ao afirmar que *“a partir da aprovação do*

²²⁵ FERREIRA, José Carlos Ney, *ob. cit.*, pág. 116.

²²⁶ Verdadeiramente inspirado pela tónica alemã, conforme disposição constante no § 415, II do BGB e do Código Suíço, na disposição do artigo 177.º, este igualmente influenciado pelo BGB. – SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *ob. cit.*, pág. 203-204.

²²⁷ LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, *ob. cit.*, Vol. I, pág. 613.

*credor, opera-se a substituição do sujeito passivo na assunção liberatória, pode não interessar às partes comunicar logo ou podem estipular uma certa data para esse fim, ou ainda quando ocorrer determinado evento.”*²²⁸.

Entendemos, contudo, existir ainda outra consequência (maior) para que se suscite tanta problemática à volta de uma só questão: se ambos os contraentes deste negócio assumptivo decidirem proceder à comunicação, separadamente, “*em atos isolados e em momentos diversos*”²²⁹ e, fixarem prazos diversos ao credor, qual comunicação deverá prevalecer?

Sobre este ponto, a doutrina não se demonstra unânime, sendo que, inclusivamente, alguns ordenamentos jurídicos consonantes entre si na maioria das matérias de cariz jurídica, neste ponto divergem. É o caso claro de Portugal e Brasil.

No plano lusitano, Vaz Serra entende que, perante um cenário em que ambos os contraentes do negócio assumptivo (devedor e assuntor) procedem, separadamente, à comunicação ao credor da celebração do negócio assumptivo e fixem prazos distintos para a ratificação ocorrer, dever-se-á atender ao critério do prazo que mais cedo termine, visto que “*cada uma das delas tinha a faculdade de fixar um prazo e de atender, para isso, ao seu interesse.*”²³⁰.

No entanto, já no plano brasileiro, cuja orientação é afirmada por Roldão de Freitas Gomes enquanto preferível em perspectiva à preconizada no plano luso, perante um cenário destes dever-se-á atender-se ao prazo da comunicação primeiramente recepcionada pelo credor, porquanto “*se o credor não se pronuncia no prazo da primeira comunicação, deve interpretar-se que recusou o contrato, e não seria razoável que a parte que, diligentemente, a promoveu mais cedo, permanecesse na indecisão acerca da sua situação jurídica, sobretudo se foi o terceiro.*”²³¹.

²²⁸ Dando Roldão de Freitas Gomes a explicação feita Pontes de Miranda, *ibidem* Larenz:

“(…) *podem as partes preferir manter em suspenso a assunção, até que o ex-devedor faça a contraprestação ao assuntor.*” – GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *ob. cit.*, pág. 220, nota de rodapé (391).

²²⁹ GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *ob. cit.*, pág. 221.

²³⁰ SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *ob. cit.*, pág. 204.

Reconhecendo ainda o autor luso não ser uma ideia consensual em todos os ordenamentos jurídicos, como é o caso do Direito suíço, no qual Enneccerus-Lehmann entendem dever-se considerar apenas o prazo fixado pelo assuntor, visto ser este que a partir deste momento é o sujeito responsável pela prestação em dívida – SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *ob. cit.*, pág. 204, nota de rodapé (23).

²³¹ GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *ob. cit.*, pág. 221.

Cabe tomar posição sobre o exposto.

Efectivamente e, como já aliás demonstrámos, a não actuação por parte do credor implicará a não aceitação deste quanto ao negócio jurídico celebrado e, por isso, o negócio assumptivo “apenas” terá eficácia interna, sob a forma da figura da promessa de liberação.

Assim, inúmeros “autores de peso” da nossa doutrina, conforme se passa a demonstrar:

*“Se o contrato não é ratificado, considera-se a assunção de dívida como não realizada, mas a convenção parece dever valer, na dúvida, como promessa de liberação.”*²³².

*“A não ratificação, tal como a ratificação, actua ex tunc; o negócio desfaz-se, como se nunca tivesse existido em nenhum dos seus elementos. Quando muito, e como dissemos, pode sobreviver apenas na forma de assunção de cumprimento.”*²³³.

*“Ratificado o contrato, cessa o poder de o distratar conferido pelo n.º 1 do artigo 596.º aos contraentes (antigo e novo devedor). Recusada a ratificação, o contrato torna-se ineficaz, sem prejuízo da possibilidade da sua conversão, nos termos gerais, em promessa de liberação.”*²³⁴.

*“(…) o credor manifestar recusa à ratificação, o negócio entre os devedores continua ineficaz, como assunção de dívida, mas pode ser convertido em promessa de liberação.”*²³⁵.

*“(…) se o credor decidir não ratificar o acordo de transmissão singular de dívida, admito a possibilidade da sua conversão em simples promessa de exoneração.”*²³⁶

E, em igual sentido segue o entendimento pacífico junto da nossa jurisprudência:

²³² SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *ob. cit.*, pág. 203.

²³³ FERREIRA, José Carlos Ney, *ob. cit.*, pág. 116.

²³⁴ VARELA, João de Matos Antunes, *ob. cit. Vol. II*, pág. 375.

Conversão esta que operará nos termos dos artigos 239.º e 293.º, ambos do nosso Código Civil, na senda, aliás, do que nos parece estipular o § 415.º, II do BGB, conforme nos refere Luís Menezes Leitão:

“No §415, III, BGB, estabelece-se que, caso o credor não conceda ou negue a ratificação, na dívida o assunto continua obrigado perante o devedor a satisfazer a prestação dentro do prazo, o que leva a doutrina a sustentar existir uma regra interpretativa de qualquer assunção de dívida não ratificada vale, em princípio, como assunção em cumprimento. Entre nós, semelhante solução tem sido igualmente defendida pela doutrina com base na vontade presumível ou conjectural das partes, por referência aos arts. 239º e 293º do Código Civil, e parece efectivamente de sufragar.” – LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *ob. cit.*, pág. 52.

²³⁵ GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *ob. cit.*, pág. 216.

²³⁶ REGO, Margarida Lima, *A Promessa de Exoneração de Dívida a Terceiro. Pretexto para uma Reflexão sobre o Conceito de Prestação*, Coimbra: Almedina, 2013, pág. 685, nota de rodapé (12).

“III - A ratificação do negócio não implica a exoneração do inicial devedor, a qual apenas acontece no pressuposto de declaração expressa do credor (artº 595º nº2 C.Civ.) — verifica-se então “assunção cumulativa” de dívida, englobando os antigos devedores e os novos devedores assuntores. IV - Mas se isto é assim nas relações entre accipiens e solvens, já nas relações entre os diversos solvens entre si, o contrato de assunção de dívida continua a valer, mas agora enquanto promessa de libertação, assunção de cumprimento ou assunção interna de dívida.” (nosso sublinhado) ²³⁷.

No entanto, parece-nos que o silêncio do credor não deverá ser interpretado numa extensão tão curta como parece ser a interpretação feita pela doutrina brasileira. O facto de o credor nada dizer quanto à primeira comunicação, não nos parece implicar forçosamente uma posição de reprovação, principalmente se tal comunicação for encabeçada pelo assuntor que, reconheça-se, poderá ser um estranho à relação jurídica existente e aos olhos do credor.

Assim, nesta óptica, poderá o credor querer aguardar pela comunicação do devedor e responder-lhe directamente, uma vez que com este tem uma relação estruturada e, supostamente, de confiança.

Deste modo, e pelos motivos supra, entendemos, com o devido respeito por opinião distinta, não merecer aceitação a teoria perfilhada no seio da doutrina brasileira, julgando ser preferível a orientação portuguesa, desenvolvida por Vaz Serra, a qual designa que valerá o prazo que mais cedo terminar.

Ora, assim, fechando este breve parêntese quanto à possível existência de duas comunicações ao credor, assente entre nós é o facto de o acto ratificativo dever ser um acto puro e simples, isto é, o credor ou aceita o negócio nos termos em que o mesmo foi outorgado ou não aceita, não podendo *exigir* v.g. a alteração de termos e condições do contrato com a justificativa de, “em seu poder”, ratificar ou não o negócio.

A ratificação tem que “conformar-se” com os termos contratuais no negócio. Se o credor não concordar, não ratifica.

Neste sentido:

“Não nos parece que o credor possa, por exemplo, juntar condições ao negócio assumptivo ou aceitá-lo como assunção cumulativa quando as partes o hajam ajustado como liberatória.” ²³⁸.

²³⁷ Conforme posição adoptada em acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 03/05/2011, em processo que correu os seus termos sob o n.º 2331/05.4TBVLG.P2.

²³⁸ FERREIRA, José Carlos Ney, *ob. cit.*, pág. 116.

No entanto, esclareça-se que, diferente é o caso do credor não concordar com os termos clausulados no negócio outorgado e, por isso, não o ratificar, mas nada o impede de *propor* alterações que, para si, sejam relevantes e o fariam ratificar. Mas perante um cenário destes, a alterar alguma coisa, quem altera é o devedor e o assuntor que são os outorgantes do negócio celebrado, não o credor. O credor só *propõe*.

Neste sentido, mais uma vez, Ney Ferreira:

“(…) *não obsta a que o credor, como nova proposta, ofereça aos sujeitos do negócio assumptivo alternativas para essa aceitação. Mas neste caso são os devedores que podem alterar os termos do negócio assumptivo, para o tornar aceitável para o credor (...)*”²³⁹ (sublinhado nosso).

Portanto, de concluir apenas que, ao longo de todo o tempo que medeia o nascimento do negócio assumptivo e a sua ratificação têm que ser distinguidos dois momentos:

- (i) o momento desde que ocorre a comunicação ao credor da celebração do negócio assumptivo;
- (ii) e desde o momento desta comunicação até à ratificação ou recusa por parte do credor.

No primeiro momento, as partes são livres de *distratar*²⁴⁰ quando assim o entenderem, pois o negócio assumptivo ainda não está ratificado pelo credor e, por isso, só

²³⁹ FERREIRA, José Carlos Ney, *ob. cit.*, pág. 116-117.

²⁴⁰ E sobre a terminologia empregue pelo próprio artigo 596.º, n.º 1 (*distrate*), entende Ney Ferreira não ser uma expressão conceitualmente feliz, uma vez que “*o distrate é, como se sabe, a revogação bi- ou pluri-lateral do contrato – mas dum contrato válido e perfeito. Ora, antes da ratificação não existe contrato de assunção de dívida perfeito. Não pode operar-se um distrate em sentido próprio. O legislador, que no artigo 595.º se referia ao contrato de assunção de dívida, passou no 596.º a reportar-se ao negócio assumptivo: daí falar em revogação deste, mas socorrendo-se incorrectamente da remissão “o contrato a que se refere a alínea a) do n.º 1 do artigo anterior.”* – FERREIRA, José Carlos Ney, *ob. cit.*, pág. 119-120.

Posição esta com a qual aderimos totalmente, pois partilhamos a opinião de considerarmos que antes de ocorrer ratificação do negócio assumptivo outorgado entre devedor e assuntor nunca se poderá falar em contrato de assunção, mas sim em negócio assumptivo, dado o facto de o negócio ainda não ter atingido a sua plenitude e perfeição por ainda não ter sido ratificado pelo credor (contrariamente ao que ocorre no ordenamento jurídico italiano, em que, segundo a corrente maioritária, o *accollo* atinge a sua perfeição e plenitude logo desde o momento da sua celebração, sem necessidade de qualquer intervenção por parte do credor para tal – *vide* pág. 96, nota de rodapé (210).

Em igual sentido, Vaz Serra:

vincula os próprios intervenientes (tal como prevê a parte final do § 415, I do BGB). E, porque, não nos esqueçamos, até à ratificação não existe qualquer contrato de assunção de dívida, pois não se aperfeiçoou ²⁴¹.

Diga-se, aliás, que tal formulação emerge directamente da redacção do próprio artigo 596.º, n.º 1. E, neste sentido vai Pires de Lima e Antunes Varela no comentário à própria disposição legal:

“A faculdade de distratar, antes da ratificação, o contrato de assunção de dívida celebrado entre o antigo e o novo devedor conduz, a contrario, à solução de que, após a ratificação, já não é possível o distrate. O credor passa a ter o direito de exigir do novo devedor, só ou solidariamente com o antigo, o cumprimento da obrigação.” ²⁴² (sublinhado nosso).

Para Menezes Leitão:

“Só a partir do momento em que ocorre a ratificação, é que a assunção de dívidas se torna definitiva, deixando as partes de a poder distratar.” ²⁴³.

E, apesar do artigo em causa nada nos indicar quanto à modificação de termos e condições clausuladas no dito negócio, entendemos, tal como Ney Ferreira ²⁴⁴, o seguinte: se podem as partes o mais de pôr termo ao negócio que outorgaram, podem, naturalmente, o menos de proceder às alterações que entenderem. Tudo isto, claro, até ao momento da ratificação ou recusa por parte do credor, pois a partir daí, nada mais pode ser feito.

(v) O acto ratificativo: expresso ou tácito?

Qualquer negócio jurídico que seja celebrado por alguém sem poderes de representação é, por força do disposto no artigo 268.º do nosso Código Civil, ineficaz se não

“É de distrate o contrato mediante o qual as partes revogam um contrato anterior, com ou sem eficácia retroactiva, consoante o que as partes estipulem - cfr. Vaz Serra, in Rev. de Leg. e de Jur., ano 112, pág.30.” (sublinhado nosso) – Conforme posição de Vaz Serra retractada em acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 06/05/1998, em processo que correu os seus termos sob o n.º 98B304.

²⁴¹ Neste sentido:

“Esta faculdade exsurge, pois, como elemento a mais em abono da tese que, antes da ratificação do credor, embora o esboço do negócio jurídico tenda a esse fim, assunção de dívida não há, porque o negócio não se aperfeiçoou.” ²⁴¹ (sublinhado nosso) – GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *ob. cit.*, pág. 218.

²⁴² LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, *ob. cit.*, Vol. I, pág. 613.

²⁴³ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *ob. cit.*, pág. 52.

²⁴⁴ FERREIRA, José Carlos Ney, *ob. cit.*, pág. 120.

for ratificado pelo interessado, ratificação esta que está sujeita à forma exigida para a procuração a qual, por sua vez, deve revestir a forma para o negócio jurídico que serviu de base à própria ratificação, conforme o disposto nos artigos 268.º, n.º 2 e 262.º, n.º 2, ambos do Código Civil.

Ocorre, no entanto, que como anteriormente explicado, a ratificação pelo credor no seio de uma assunção de dívida não é uma ratificação susceptível de comparação com os demais actos ratificativos, daí também não ser exigível que seja efectuada por escrito.

Neste sentido:

*“(...) o contrato de assunção de dívida é consensual e, por isso, a sua ratificação não tem de revestir a forma escrita.”*²⁴⁵ (sublinhado nosso).

No entanto, veja-se que na assunção liberatória de dívida, onde ocorre uma verdadeira transmissão singular do débito, a qual, por sua vez, exonera o devedor desta relação obrigacional, a lei exige que esta exoneração se manifeste expressamente, contrariamente ao que acontece nos ordenamentos jurídicos alemão e suíço, em que *“a doutrina germânica e suíça aceitam pacificamente a ratificação tácita, porque o B.G.B e o Código Federal Suíço das Obrigações não exigem declaração expressa de exoneração produzida pelo credor”*²⁴⁶.

Neste sentido:

*“Quanto à assunção liberatória, a lei não se contenta mesmo com o consentimento do credor; no próprio interesse dele e da segurança das relações jurídicas, exige o consentimento expresso (art. 595.º, 2).”*²⁴⁷.

Ora, isto levanta-nos uma questão de enormíssima relevância para o tema em análise, pois o nosso Código Civil exige, sem margem para quaisquer dúvidas, a declaração expressa para que ocorra a exoneração do primitivo devedor (artigo 595.º, n.º 2).

²⁴⁵ Conforme posição adoptada em acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 10/07/2018, em processo que correu os seus termos sob o n.º 234/14.0TCGMR.G1.

²⁴⁶ FERREIRA, José Carlos Ney, *ob. cit.*, pág. 117.

E, ainda, neste sentido:

“Si se concluye mediante contrato entre el que asume la deuda y el hasta entonces deudor, su eficacia pende provisionalmente de la ratificación del acreedor (§ 415 ap. 1 prop. 1), que naturalmente puede darla también de modo tácito (...)” – ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin, revisto por LEHMANN, Henrich, *ob. cit.*, pág. 411.

²⁴⁷ VARELA, João de Matos Antunes, *ob. cit. Vol. II*, pág. 374.

Assim, coloca-se, entre nós, a questão de saber se no seio do nosso ordenamento jurídico, é aceite a chamada *ratificação tácita*?²⁴⁸.

E, quanto a esta questão, a resposta deverá verter, sem sombra de dúvidas, no sentido afirmativo, conforme conseguimos alcançar pelo exemplo mais elucidativo para explicação da chamada *ratificação tácita*, inicialmente dado por Vaz Serra, e posteriormente adoptado por Antunes Varela, precisamente pela sua singularidade de clareza à ideia que nos quer transmitir:

²⁴⁸ À luz do nosso ordenamento jurídico, as declarações expressa e tácita traçam as suas diferenças nos termos do artigo 217.º do Código Civil, o qual define a declaração expressa ser aquela efectuada por meio de “*palavras, escrito ou qualquer outro meio directo de manifestação de vontade*” e a declaração tácita aquela que “*se deduz de factos que, com toda a probabilidade, a revelam*”.

No entanto, o critério utilizado pela lei não é o mais correcto, uma vez que são inúmeros os meios admitidos para as declarações negociais, podendo manifestar por meio de palavras, escrito, gesto, sinal...

Veja-se os seguintes exemplos dados por Pedro Pais Vasconcelos e Pedro Leitão Pais de Vasconcelos:

“(…) *quando o vendedor, numa escritura pública de compra e venda de um prédio, declara querer vender aquele prédio, sem dizer que é o seu proprietário. A declaração é expressa no que respeita à vontade de vender e é tácita no que respeita à afirmação da propriedade do prédio pelo vendedor.*” e podem igualmente as declarações expressas se manifestar, sem quaisquer sombras de dúvidas, por meios que não verbais, “*podem ser simplesmente gestuais, como é o caso de licitação em leilão*” – VASCONCELOS, Pedro Pais de; VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra: Almedina, Novembro de 2019, 9.ª ed., pág. 464.

Assim, para Pedro Pais Vasconcelos e Pedro Leitão Pais Vasconcelos (com os quais, diga-se desde já, concordamos) o critério correcto para proceder à distinção entre declarações expressas e tácitas é aquele que se deduza a finalidade que o motivou, isto é, é o critério finalista. Assim:

“*Declaração tácita será então o comportamento do qual se deduza com toda a probabilidade a expressão ou a comunicação de algo, embora esse comportamento não tenha sido finalisticamente dirigido à expressão ou à comunicação daquele conteúdo, de uma expressão expressa, que é finalisticamente dirigida à expressai de um certo conteúdo, pode resultar ainda implicitamente uma outra declaração, esta agora tácita, desde que, segundo o n.º 1 do artigo 217.º, dela se deduza com toda a probabilidade.*” – VASCONCELOS, Pedro Pais de; VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de, *ob. cit*, pág. 464.

Questão que no seio do tema em análise importa referir e frisar bem é o facto de, quer a declaração tácita, quer a declaração expressa, como aliás vimos pelos exemplos supra, são, à partida, desprovidas de qualquer distinção, pois é, “*em princípio, indiferente manifestar a vontade de um modo ou de outro*” (GONZÁLEZ, José Alberto, *Código Civil Anotado, Vol. I, Direito das Obrigações*, Lisboa: Quid Juris, 2019, pág. 324-325). No entanto, a lei salvaguarda alguns casos em que esta distinção releva, como é o nítido caso da assunção de dívida, prevista no n.º 2 do artigo 595.º:

“(…) *para certos efeitos, a lei exige a exteriorização expressa da vontade (v.g. (...) n.º 2, 595.º)*” – GONZÁLEZ, José Alberto, *ob. cit. Vol. I*, pág. 325.

“*Haverá ratificação tácita, quando o credor, por exemplo, aceite o pagamento de juros efectuado pelo novo devedor, o interpele para o cumprimento, lhe prorrogue prazo ou lhe conceda prazo para cumprir.*”²⁴⁹ (sublinhado nosso).

E, nas originais palavras de Vaz Serra, inspirado por correntes alemãs (Enneccerus-Lehmann e Von Tuhr):

“*A adesão ou ratificação do credor pode ser tácita, como se o credor, tratando como devedor o novo devedor, o acciona ou lhe concede um prazo ou aceita dele um pagamento (de juros ou de parte do capital).*”²⁵⁰ (sublinhado nosso).

Em sintonia com as posições supra, vai igualmente o entendimento da doutrina e jurisprudência espanholas quando admite que o consentimento do credor pode ser expresso por forma tácita. Assim:

“*Si se concluye por contrato entre el que asume la deuda y el hasta entonces deudor, se eficacia pende provisionalmente de la ratificación del acreedor, que puede darla tácitamente.*”²⁵¹.

No entanto, e como, inclusivamente, nos alerta Vaz Serra, apesar de nada obstar a que o credor conceda a sua ratificação ao negócio assumptivo tacitamente, na sua perspectiva (e seguindo as influências pandectísticas alemãs e suíças), deve sempre ser exigível que tal concordância por parte do credor seja prestada de forma clara na presença de uma assunção liberatória de dívida, pois, como já temos vindo sempre a demonstrar, esta modalidade pode trazer consequências graves ao credor, na pior das hipóteses ficar sem o seu devedor solvente, arrecadando um assuntor sem capacidade patrimonial, ou, a mesma capacidade patrimonial para fazer face à prestação *in casu*.

Nas palavras de Vaz Serra:

“*(...) afigura-se de exigir que a ratificação seja clara, pois a vontade de libertar o antigo devedor, de quem pode resultar consequências graves para o credor, deve manifestar-se tão claramente como a vontade de novar.*”²⁵².

Deste modo, dúvidas não restam para concluirmos que, também nós, no ordenamento jurídico português, aceitamos que possa a ratificação concedida pelo credor revelar-se na

²⁴⁹ VARELA, João de Matos Antunes, *ob. cit. Vol. II*, pág. 374, nota de rodapé (4);

LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, *ob. cit., Vol. I*, pág. 611.

²⁵⁰ SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *ob. cit.*, pág. 201.

²⁵¹ GONZÁLEZ, Blas Pérez; ALGUER, José in ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin, revisto por LEHMANN, Henrich, *ob. cit.*, pág. 421.

²⁵² SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *ob. cit.*, pág. 201, nota de rodapé (9).

forma tácita, no entanto, apenas na modalidade da assunção cumulativa de dívida, uma vez que a nossa lei exige a declaração expressa da vontade do credor em exonerar o seu devedor.

Neste sentido:

*“Com tal exigência na nossa lei, a ratificação tácita – que conceitualmente deve aceitar-se, em princípio – fica necessariamente restrita à assunção cumulativa, quando o credor manifeste, sem qualquer reserva, o seu acordo ao negócio assumptivo por actos donde ele conclua. Por exemplo: (...) hipótese mais nítida – accionar o novo devedor e invocando a assunção como fonte de solidariedade ex lege.”*²⁵³ (sublinhado nosso).

No entanto, e não obstante tal exigência de a ratificação tácita ficar restrita ao seio da assunção cumulativa de dívida, esclareça-se que, a ratificação do negócio assumptivo em nada implica a exoneração do primitivo devedor. Nas palavras de Menezes Leitão:

*“(...) a exoneração não se confunde com a ratificação nem resulta automaticamente desta. Através da ratificação o credor limita-se a dar o seu acordo à transmissão, impedindo as partes de a distratarem. Com a declaração expressa de exoneração, o credor extingue a vinculação do primitivo obrigado (...)”*²⁵⁴.

Deste modo, e em consonância com esta linha doutrinária, vai igualmente o entendimento perfilhado no nosso seio jurisprudencial:

*“A ratificação do negócio não implica a exoneração do inicial devedor, a qual apenas acontece no pressuposto de declaração expressa do credor (artº 595º nº2 C.Civ.) — verifica-se então “assunção cumulativa” de dívida, englobando os antigos devedores e os novos devedores assuntores.”*²⁵⁵.

Assim, feitas todas estas importantes considerações prévias ao pressuposto da ratificação do negócio assumptivo, vejamos agora a necessidade do mesmo no seio de uma assunção cumulativa de dívida, dado o facto de nesta não se operar qualquer exoneração do primitivo devedor. Dito isto, manter-se-á a importância de se exigir a ratificação do credor a algo que em nada fica prejudicado?

Vejamos então.

²⁵³ FERREIRA, José Carlos Ney, *ob. cit.*, pág. 117-118.

²⁵⁴ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações, ob. cit.*, pág. 55.

²⁵⁵ Conforme posição adoptada em acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 03/05/2011, em processo que correu os seus termos sob o n.º 2331/05.4TBVLG.P2.

A questão não é unanimemente tratada pela doutrina, havendo quem entenda necessária a ratificação na modalidade da assunção cumulativa de dívida e quem intente pela sua desnecessidade.

Tendo por base esta introdução a este importante pressuposto, que é a ratificação do negócio assumptivo, estamos agora em condições de solucionar esta questão por melhor compreendermos o peso fulcral que tem este pressuposto, mesmo na senda de uma assunção cumulativa de dívida.

Explica-nos Antunes Varela que a ideia basilar subjacente ao instituto da assunção cumulativa de dívida é, sem qualquer tipo de dúvidas, “*um benefício para o titular do crédito*”²⁵⁶.

Ora, então porquê exigir a ratificação do credor quando para si só existem benefícios a crescer?

Resposta simples a esta questão prende-se com o facto de a ninguém pode ser imposto um benefício sem se conceder a oportunidade ao destinatário de o rejeitar, por força do princípio do contrato.

Ora, para melhor compreensão de toda esta dinâmica, comecemos por referir que, tal como nos explica Antunes Varela, entre o disposto no nosso artigo 596.º, n.º 1 (“*alma mater*” da nossa ratificação assumptiva) e o artigo 457.º, ambos do Código Civil, há efectivamente um certo “*paralelismo substancial*”²⁵⁷. Vejamos.

Dispondo o artigo 457.º que “*a promessa unilateral de uma prestação só obriga nos casos previstos na lei.*”, coloca Antunes Varela a questão de saber se os negócios unilaterais valem, em regra, enquanto fonte autónoma de obrigações, isto é, “*se qualquer pessoa deve considerar-se obrigada perante outra, constituindo a favor desta um direito de crédito, mediante simples declaração unilateral – sem a necessidade da aceitação do credor*”²⁵⁸.

Conclui Antunes Varela que a admissibilidade do negócio unilateral como fonte de obrigações tem carácter puramente excepcional, correspondendo apenas aos casos especialmente previstos na lei, referindo como o nítido caso v.g. do testamento.

Toda esta dinâmica invocada Antunes Varela (e, igualmente, por Antunes Varela na sua obra em conjunto com Pires de Lima) se justifica na simples premissa que tantas vezes nos esquecemos por darmos como adquirida:

²⁵⁶ VARELA, João de Matos Antunes, *ob. cit.* Vol. II, pág. 373.

²⁵⁷ VARELA, João de Matos Antunes, *ob. cit.* Vol. II, pág. 373, nota de rodapé (3).

²⁵⁸ VARELA, João de Matos Antunes, *ob. cit.* Vol. I, pág. 436.

“(…) para que haja o dever de prestar e o correlativo poder de exigir a prestação é necessário o acordo (contrato) entre o devedor e o credor (…)”²⁵⁹ (sublinhado nosso), o qual se denomina princípio do contrato.

A ideia chave subjacente a este dito princípio do contrato reside no facto de não ser razoável impor a ninguém um benefício contra a sua própria vontade (*invito non datur beneficium*), isto é, não faz sentido criar um benefício na esfera jurídica de alguém sem dar a possibilidade, no mínimo, de rejeição deste próprio benefício.

Posto isto, mesmo na senda de uma assunção cumulativa de dívida que, efectivamente, só acarreta benefícios para o credor, não é esta eficaz enquanto o credor não prestar a sua concordância, por meio de ratificação.

Nas palavras de Antunes Varela:

“(…) a própria assunção cumulativa não será eficaz enquanto o credor não lhe der a sua anuência.”²⁶⁰.

Com igual partilha de pensamento vai Almeida e Costa quando nos refere que, apesar de menos evidente, é indispensável a ratificação do credor, mesmo na assunção cumulativa de dívida:

“Quanto à assunção cumulativa, que representa um benefício para o credor, já a explicação de tal requisito se afigura menos evidente. Prevalece a regra de que, em princípio, a ninguém pode ser imposto um benefício sem a colaboração da vontade própria (art. 457.º).”²⁶¹.

Também Ney Ferreira defende igualmente a necessidade imperativa da ratificação do credor, centrando-se, no entanto, num argumento mais intuitivo, a nosso ver: se o credor não ratifica, isto é, se nem sequer é notificado da celebração do negócio assumptivo (ainda que cumulativo), tal não passa isto se não de uma assunção em cumprimento/promessa de liberação, uma vez que, só tem eficácia entre os seus contraentes (ínterna). Dito isto, contrato de assunção cumulativa de dívida nem sequer existe, visto este só atingir a sua perfeição quando ratificado pelo credor. Assim:

²⁵⁹ LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, *ob. cit.*, Vol. I, pág. 438.

Os autores vão ainda mais longe e dão o exemplo da doação, que se classifica por ser uma transmissão que, em princípio, é totalmente gratuita para o donatário, mas mesmo sobre esta a lei expressamente exige, por força do disposto no artigo 945.º do Código Civil, a aceitação do negócio pelo donatário para que o mesmo produza a sua validade, sob pena de caducidade.

²⁶⁰ VARELA, João de Matos Antunes, *ob. cit.* Vol. II, pág. 373-374.

²⁶¹ COSTA, Almeida, *ob. cit.*, pág. 829.

“(…) *não pode pactuar-se a co-assunção sem o consentimento do credor.*”²⁶².

No entanto, e como já aliás referimos, esta corrente doutrinária defensora da exigência da ratificação na senda da assunção cumulativa de dívida, entende igualmente poder bastar-se uma ratificação tácita, uma vez que, como define Ney Ferreira, com a exigência da lei em relação à manifestação expressa do credor quando pretenda exonerar o devedor, a “*ratificação tácita – que conceitualmente deve aceitar-se, em princípio – fica necessariamente restrita à assunção cumulativa*”²⁶³ (contrariamente ao que ocorre, como vimos, na senda de uma assunção liberatória de dívida – *vide* pág. 112).

Em ala oposta, surge, naturalmente, uma corrente doutrinária defensora da desnecessidade da ratificação na senda de uma assunção cumulativa de dívida por, precisamente, a situação do devedor nunca piorar: o primitivo devedor continua subjugado na relação jurídica obrigacional.

No centro desta linha doutrinária, figura Vaz Serra, seguindo o entendimento maioritário no plano germânico²⁶⁴.

Do mesmo modo e, encabeçando igualmente esta ala opositora à desnecessidade de ratificação na modalidade da assunção cumulativa de dívida, surge Mota Pinto, que foi na verdade o grande opositor no plano lusitano a tal exigência.

Mota Pinto defendeu a sua teoria partindo da ideia de ser possível a assunção cumulativa de dívida nascer por contrato a favor de terceiro, derogando e criticando, no entanto, a contextualização global da mesma na categoria dos contratos a favor de terceiro. Para o autor, tudo dependerá do intento atribuído pelas partes.

Nesta senda, explica Mota Pinto ser possível aos contraentes (promissário e promitente) derogarem a regra constante no n.º 3 do artigo 444.º do Código Civil (“*Quando se trate da promessa de exonerar o promissário de uma dívida para com terceiro, só àquele é lícito exigir o cumprimento da promessa*”), transferindo-se, assim, o direito de exigir o cumprimento da prestação do promitente para o credor, aplicando a regra constante no n.º 1

²⁶² FERREIRA, José Carlos Ney, *ob. cit.*, pág. 74.

²⁶³ FERREIRA, José Carlos Ney, *ob. cit.*, pág. 117.

²⁶⁴ SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *ob. cit.*, pág. 189.

No seio da doutrina alemã, Enneccerus-Lehmann entendem pela prescindibilidade do assentimento do credor, uma vez que esta negociação não põe em causa o seu direito. Assim:

“(…) *el acreedor adquiere el derecho inmediatamente y no se requiere su asentimiento, ya que no se dispone sobre su crédito.*” – ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin, revisto por LEHMANN, Henrich, *ob. cit.*, pág. 413.

do referido artigo (“*O terceiro a favor de quem for convenciona da a promessa adquire direito à prestação, independentemente de aceitação.*”).

Assim, neste contexto, o credor (terceiro beneficiário) adquire este direito sem a sua aceitação, a qual apenas serviria para atribuir o carácter de irrevogabilidade ao acordo.

Neste sentido:

“(...) *p. ex., se alguém concorda com o devedor em exonera-lo da sua dívida para com o terceiro, resultando inequívoco o intento de atribuir eficácia externa a este acordo, isto é, de atribuir directamente ao credor o direito de exigir o cumprimento do promitente; nesta hipótese não se aplica o n.º 3 do art. 444.º cujo carácter supletivo não deve oferecer dívidas, tendo lugar, não uma promessa de libertação com alcance meramente interno, mas um verdadeiro contrato a favor de terceiro, traduzido numa adesão à dívida ou assunção cumulativa. O consentimento do credor não é exigido, tendo a sua eventual adesão o sentido de precluir a revogabilidade da promessa (art. 448.º).*”²⁶⁵.

E, ainda, sobre tal posição de Mota Pinto, sendo uma posição tão vincada e, diga-se, tão brilhantemente defendida (independentemente de concordância ou não, a qual nos iremos debruçar oportunamente num capítulo adequado à temática do contrato a favor de terceiro), vozes do lado oposto se levantaram e tentaram contestar a teoria por si desenvolvia, reservando espaço e tempo, em exclusivo, a Mota Pinto para refutar esta tese.

Entre estas vozes, surge Ney Ferreira que, a nosso ver de forma exímia, relata que, quer concordemos ou não com a disposição sistemática do regime da transmissão singular de dívidas na nossa legislação, verdade incontestável é o facto de, à luz do nosso Código Civil português, o nosso legislador, em 1966, ter englobado as diversas modalidades de assunção de dívida numa só disposição legal. Ao fazê-lo (o que, a nosso ver e, como já referimos inúmeras vezes, não deveria ter acontecido), o Código submete ambas as modalidades, quer a liberatória, quer a cumulativa, ao requisito de eficácia da ratificação do credor, tal como o BGB o faz.

Assim, numa assunção cumulativa de dívida, não existindo a ratificação do credor (independente de quais forem as suas manifestações, mesmo aquelas esboçadas por Mota Pinto), consequência inevitável será o facto daquele negócio assumptivo desembocar numa assunção em cumprimento/promessa de libertação, pois tem apenas eficácia ao nível do seu núcleo interno, uma vez que não foi objecto de ratificação²⁶⁶.

²⁶⁵ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *ob. cit.*, pág. 149-150, nota de rodapé (2).

²⁶⁶ FERREIRA, José Carlos Ney, *ob. cit.*, pág. 74-75.

Menezes Leitão apesar de não encabeçar uma posição tão afinada como Vaz Serra e Mota Pinto quanto à desnecessidade da ratificação na senda de uma assunção cumulativa de dívida, confessa, no entanto, ser “*extramente questionável a aplicação da ratificação do credor (...) na assunção cumulativa de dívida*”, colhendo, assim, os argumentos vertidos na doutrina alemã quanto ao aspecto em análise, considerando que, se uma vez que a assunção cumulativa de dívida apenas concede benefícios e vantagens ao credor, estar-se-á perante um contrato a favor de terceiro, o qual, naturalmente “*produz efeitos em relação ao credor, independentemente da sua aceitação (art. 444, n.º 1)*”²⁶⁷.

Cabe então tomar posição quanto ao exposto.

Conforme é facilmente perceptível, tocámos, talvez, num dos busílis da questão: *quid juris* fará ou não sentido exigir a ratificação de um negócio que não acarreta nenhuma afectação negativa ao credor?

Posta a questão desta forma, parece-nos, aclamar diante dos olhos, a desnecessidade da ratificação do credor na senda de uma assunção cumulativa de dívida.

No entanto, se reflectirmos bem, entendemos que este negócio assumptivo, não obstante em nada prejudicar o credor, antes pelo contrário, favorecendo-o dado o facto de passar a ter dois devedores para o cumprimento da obrigação anteriormente estabelecida só por um, não deixa de nem por isto afectar a esfera jurídica do mesmo (ainda que favoravelmente). E, como vimos, a ninguém pode ser imposto um benefício sem que o próprio tenha, pelo menos, a oportunidade de o rejeitar. É algo que, bem sabemos, não deverá nunca acontecer, pois ninguém rejeita o “ganho da lotaria”. Mas, mesmo assim, há que dar essa oportunidade.

Parece-nos que não deverá o credor, por lhe ter “saído a sorte grande”, ser retraído de um direito que, em qualquer outro negócio jurídico, teria.

Nem sequer nos parece que deva ser outra a interpretação a fazer sobre o mecanismo da ratificação pois, a lei por respeito precisamente a este princípio do contrato exige, de forma expressa, como referimos, em outros regimes jurídicos a aceitação de benefícios por parte dos seus destinatários. Caso mais evidente é sem dúvida, a doação [artigo 945.º – *vide* pág. 114, nota de rodapé (259)].

Para além disto, entendemos ainda, ser sempre exigível a ratificação do negócio assumptivo independente da modalidade em causa, uma vez que consideramos ser a

²⁶⁷ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Garantias das Obrigações*, Coimbra: Almedina, 2018, 6.ª ed., pág. 163.

ratificação não apenas um mero requisito de eficácia externa e um “travão” para a revogabilidade do acordo (conforme entendem os diversos autores que consideram ser a assunção cumulativa de dívida um contrato a favor de terceiro), mas acima de tudo, ser o acto necessário para alcançar a perfeição do negócio, e por isso, capaz de elevá-lo a contrato de assunção de dívida.

E, acolhemos ainda o notável argumento proferido por Ney Ferreira, quando conclui pela inserção sistemática do regime da assunção de dívida numa só disposição legal, submetendo assim, ambas as modalidades à chancela da ratificação do credor.

6.3.2 O consentimento do primitivo devedor

Importa agora averiguar o segundo e último requisito necessário à assunção de dívida, desta vez efectivada pelo acordo entre “*o novo devedor e o credor*”: o consentimento do primitivo devedor.

É, sem dúvida alguma, e sem desprimor algum, um requisito não tão controverso como a ratificação do credor.

No entanto, como explicamos o facto de estranhos (credor e assuntor) possam “*dispor do possível interesse do devedor em pagar-se pessoalmente, sem ter em conta a sua vontade*”²⁶⁸

Vejamos então.

Conforme nos enuncia o próprio disposto no artigo 767.º, n.º 1 no nosso actual Código Civil:

“*A prestação pode ser feita tanto pelo devedor como por terceiro, interessado ou não no cumprimento da obrigação.*”.

E, mesmo na vigência do Código de Seabra, já o anterior artigo 747.º dispunha em sentido idêntico:

“*A prestação póde ser feita pelo próprio devedor e pelos seus representantes, ou por qualquer outra pessoa interessada ou não interessada n’ella.*”.

Ora, conforme nos explica Dias Ferreira, em comentário à redacção do anterior artigo 747.º do Código de Seabra:

“*A prestação póde ser paga pelo devedor, ou pelos seus sucessores. Ou por qualquer fiador ou interessado na extinção da divida. Até o não interessado póde pagar, declarando*

²⁶⁸ MONTEIRO, Joana Pinto, *ob. cit.*, pág. 9.

que faz o pagamento em nome do devedor, e para o exonerar. (...) Aindaque em regra quem deve é quem paga ou quem tem a obrigação de pagar, como o que o credor quer é ser pago, e o devedor exonerar-se da dívida com vantagem, podem em regra um terceiro pagar pelo devedor.”²⁶⁹ (sublinhado nosso).

Repare-se que, vendo as coisas em termos reais e sem utopismos, é mesmo esta a realidade das coisas: o interesse do credor é obter a prestação, sendo-lhe, à partida, indiferente de onde a mesma provém, se do devedor, se do terceiro.

No entanto, veja-se que, claro está que o único eventual obstáculo ao cumprimento da prestação por parte de alguém que não compõe aquela relação jurídica, só pode provir da parte do credor, conforme contempla o n.º 2 do artigo 767.º do nosso actual Código.

Mas, repare-se que estamos no âmbito de uma assunção de dívida e, nesta senda, sendo efectivada por meio do acordo entre “*o novo devedor e o credor*” questão que se coloca é saber se o consentimento do primitivo devedor é ou não um obstáculo à validade do mesmo, dado o facto que é sobre a sua própria dívida que se dispõe.

Conforme referencia Joana Pinto Monteiro, como podemos admitir que estranhos a esta relação assumptiva possam dispor da (eventual) vontade do primitivo devedor em pagar, pessoalmente, uma dívida *sua* sem sequer ter em conta a sua vontade?

Ora, comecemos já por revelar a resposta final a estas dúvidas: não, o consentimento do devedor na senda de uma assunção de dívida externa, isto é, por acordo entre o credor e o assuntor, não é tido em consideração, pelo que, a dita assunção não depende da sua aprovação.

Claro que poderá a assunção decorrer com o consentimento do primitivo devedor, como aliás admite o disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 595.º do nosso actual Código. No entanto, a intenção do legislador, tendo sido influenciado pelas pretensões da escola civilística alemã, foi clara: não imiscuir o primitivo devedor, retirando-lhe o poder de decisão da validade do negócio. Se quiser contribuir com a sua anuência, óptimo, mas o negócio não depende disso.

Assim a posição adoptada no BGB:

²⁶⁹ FERREIRA, José Dias, *Código Civil Anotado, Vol. II*, Lisboa: Imprensa Nacional, 1871, pág. 252-253.

“Si se hace por contrato del que asume la deuda con el acreedor, aquél se constituye inmediatamente. No es menester el asentimiento del hasta deudor.”²⁷⁰ (nosso sublinhado).

E, neste sentido, Portugal adoptou a mesma vertente:

“A outra modalidade de assunção de dívida será por acordo entre o novo devedor e o credor, para o qual não é preciso o assentimento do antigo devedor, pois também o cumprimento pode ser feito por terceiro sem o consentimento do devedor.”²⁷¹.

E:

“A solução é paralela à do cumprimento efectuado por terceiro (cfr. art. 767.º). e assim como para este não é necessário o consentimento do devedor, que nada perde com a operação, também neste caso da assunção da dívida (mesmo que se trate de simples co-assunção) a lei prescinde do consentimento do devedor.”²⁷².

Esclareça-se, contudo que, na senda de uma assunção liberatória, independe do assentimento do devedor, a assunção ocorre, pois o próprio acordo entre credor e assuntor atinge a sua perfeição em si mesmo e, por isto mesmo, há a exoneração do primitivo devedor.

No entanto, existe, como se disse, uma estranheza quanto ao “desprezo” dado ao primitivo devedor que, reconheça-se, é a “figura central deste jogo”. Pode, inclusivamente, dizer-se que haverá uma violação do princípio de origens romanísticas, o princípio do contrato (*invito non datur beneficium*).

No entanto, veja-se que tal restrição encontra a sua “absolvição” por premência das necessidades do tráfico jurídico. Não seria razoável reservar toda a validade do contrato nas mãos do primitivo devedor que poderá, por algum motivo “obscuro” não permitir que este acordo se verifique.

O consentimento do primitivo devedor só releva na assunção de dívida para efeitos da manutenção das garantias por si prestadas no caso de ocorrer uma verdadeira transmissão de dívida²⁷³, conforme nos indica o disposto no artigo 599.º, n.º 2 do nosso Código Civil:

“Mantêm-se nos mesmos termos as garantias do crédito, com excepção das que tiverem sido constituídas por terceiro ou pelo antigo devedor, que não haja consentido na transmissão da dívida.” (sublinhado nosso).

²⁷⁰ ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin, revisto por LEHMANN, Henrich, *ob. cit.*, pág. 411.

²⁷¹ SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *ob. cit.*, pág. 205.

²⁷² LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, *ob. cit.*, Vol. I, pág. 611.

²⁷³ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Garantias das Obrigações*, *ob. cit.*, 164-165.

Ora, no caso proposto estudar, a assunção cumulativa de dívida (*maxime* a assunção cumulativa de dívida em garantia), entendemos que, dado o facto de inexistir qualquer transmissão de dívida, esta questão da subsistência das garantias prestadas não se coloca, pois, o primitivo devedor continua subjugado nesta relação jurídica e, por isso, tais garantias mantêm-se com ele. O que apenas se altera é o facto de agora estar acompanhado pelo assuntor, podendo, por isso, partilhar o fardo da obrigação do cumprimento da prestação. Nada mais.

Para além do mais, veja-se, conforme refere Joana Pinto Monteiro ²⁷⁴, de forma bastante perspicaz, diga-se desde, já, em resposta à estranheza da desconsideração da vontade do primitivo devedor, ser algo que se explica da seguinte forma:

- (i) em primeiro lugar, na senda de uma verdadeira transmissão singular de dívida, ora assunção liberatória, os efeitos provocados por esta liberação operam de forma imperativa apenas para o credor, mas de forma potestativa para o primitivo devedor, uma vez que, não obstante estar este liberado, pode “*pagar a dívida como própria em virtude de obrigação natural (...)*”;
- (ii) em segunda instância, nada obsta claro que o primitivo devedor se antecipe e cumpra a prestação como sua, dado o facto de saber que tal dívida foi por si gerada e, por isso, se “*chegue à frente*”. No entanto, “*o interesse público no cumprimento dos contratos (...) permite que um terceiro pague uma dívida à margem do conhecimento e consentimento do devedor*”;
- (iii) e, por fim, na vertente da “*nossa*” assunção cumulativa de dívida, não ocorrendo nenhuma transmissão e dívida e, por isto, não sendo o primitivo devedor substituído “*pode pagar a dívida como própria*”.

²⁷⁴ MONTEIRO, Joana Pinto, *ob. cit.*, pág. 10.

Capítulo IV

7. A distinção com figuras afins

Considerando a estrutura triangular e as finalidades visadas pela assunção de dívida, este é, sem sombra de dúvidas, um dos institutos que traça maior grau de proximidade com outras figuras jurídicas existentes, daí, ser recorrentemente confundível com estas.

No entanto, o confronto entre estas figuras permite-nos ver que, apesar da inegável sobreposição de zonas comuns, conforme nos explica Antunes Varela, há, no entanto, fronteiras incontestáveis. Vejamos.

7.1. O contrato a favor de terceiro

Durante toda a história do Direito, as legislações apresentaram-se bastante resistentes quanto à ideia subjacente trazida pelo contrato a favor de terceiro, o qual sustém ideia de um terceiro, estranho à relação obrigacional, beneficiar de uma vantagem, resultante de convenção entre partes.

Este preconceito, só ultrapassado no Direito Moderno, com as influências da escola pandectística alemã, vem enraizado das tradições romanistas impressas Glosa, “*com o seu cunho vincadamente individualista*”²⁷⁵.

Aliás, como nos explica precisamente Diogo Leite de Campos, existe uma certa “*dificuldade em admitir que alguém tenha interesse em contratar em benefício de outrem (...) A possibilidade de atribuir, de modo directo e imediato, um direito a terceiro, aparece como uma simples consequência do adensar do tecido social, daquela exigência de solidariedade de que o regime jurídico do contrato sofreu forte influência.*”²⁷⁶.

²⁷⁵ À época, entendia-se não haver lugar algum para um terceiro fora da relação contratual, pois nem o promitente se obrigara perante ele, nem o promissário, pois a prestação não lhe era destinada, posição que se manteve durante séculos e, inclusivamente, no século XVIII alguma doutrina francesa continuava a afirmar a sua posição pelo inconcebível surgimento de efeitos/direitos para quem não era parte num contrato. – VARELA, João de Matos Antunes, *ob. cit. Vol. I*, pág. 415.

²⁷⁶ CAMPOS, Diogo Leite de, *Contrato a Favor de Terceiro*, Coimbra: Almedina, Janeiro de 2009, pág. 36.

E, conforme nos explica Roldão de Freitas Gomes, efectivamente o contrato a favor de terceiro teve um papel fundamental para o caminho a percorrer até ao alcance do instituto da transmissão singular dos

Ora, parece-nos haver aqui, efectivamente, uma zona cinzenta que nos baralha quando colocamos lado a lado esta estipulação a favor de terceiro (como prefere denominar Roldão de Freitas Gomes) e o contrato de assunção cumulativa de dívida, dado o facto de, em ambos, ser possível ocorrer a “*criação de uma vantagem patrimonial para a pessoa estranha à convecção entre partes*”²⁷⁷.

Se bem recordamos, já foi sucintamente explicado que uma significativa corrente doutrinária entende poder a assunção cumulativa de dívida consubstanciar-se à luz do contrato a favor de terceiro, dado o facto de o credor ver a sua situação de recuperação de crédito reforçada pela adjunção, pessoal e patrimonialmente falando, de mais um sujeito à relação jurídica obrigacional.

No entanto, abrandemos um pouco e, imaginemos que aceitamos a tese que afirma a possibilidade de uma assunção cumulativa de dívida resultar de um contrato a favor de terceiro. Será possível procedermos a esta classificação a toda a extensão no âmbito de uma assunção cumulativa de dívida, tal como criticou Mota Pinto²⁷⁸?

débitos e créditos, mas acima de tudo na transmissão de dívidas. – GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *ob. cit.*, pág. 189.

²⁷⁷ GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *ob. cit.*, pág. 189.

²⁷⁸ Na presença da assunção de dívida liberatória, a doutrina é praticamente unânime quanto ao facto de não a podermos classificar na senda de um contrato a favor de terceiro estipulando como beneficiário o credor, tal como nos explica Diogo Leite de Campos (CAMPOS, Diogo Leite de, *ob. cit.*, pág. 62-63) e, com o qual concordamos, com o devido respeito por opinião distinta, por duas ordens de razão:

(i) em primeira instância, pelo motivo mais evidente: numa assunção liberatória de dívida em nada é o credor beneficiado, mantendo o direito à mesma prestação por via de uma única “fonte”. Não ignoremos, claro, que se o credor aceita esta permuta, isto é, a ratifica, é porque, à partida, não terá lhe trará desvantagens (não lhe “sairá da cartola” um devedor menos solvente ou, de todo, (in)solvente...) e, talvez, inclusivamente, poder-se-á manter adstrito sob os mesmos termos e condições.

No entanto, e como repara Diogo Leite de Campos é o facto de, mesmo que na sequência desta exoneração surja um devedor altamente credível e que melhor garanta a recuperação do crédito, este benefício foi configurado no exclusivo interesse do devedor e do assuntor, o qual, reflexamente, atingiu o credor, não sendo assim um acto altruísta e, por isso, deixando cair por terra a classificação enquanto contrato a favor de terceiro, pois, como bem sabemos, um dos requisitos para que possamos estar na presença de um contrato em benefício de outrem é precisamente a intenção de atribuição, directa de um benefício a terceiro.

(ii) em segundo lugar, entende o autor supra, e com o qual concordamos inteiramente, que na senda de uma assunção interna, é sempre necessário a ratificação do credor para que possa este

Parece-nos que a resposta tende, claramente, no sentido negativo.

Entendemos evidente que, a poder classificar-se a assunção cumulativa de dívida enquanto contrato a favor de terceiro, nunca poderá ser feita de modo unitário, (tal como derogou e criticou Mota Pinto – *vide* pág. 115-116) devendo ser dissecado o modo de constituição da assunção, tal como nos explica Diogo Leite de Campos²⁷⁹. Vejamos:

- (i) se a assunção de dívida resultar por contrato celebrado entre o assuntor e o próprio credor, ora assunção externa, do nosso ponto de vista, naturalmente não se poderá configurar o credor enquanto terceiro estranho à relação obrigacional, pois é parte contraente²⁸⁰ (contrariamente, *v.g.*, à posição adoptada por Margarida Lima Rego);
- (ii) se a assunção de dívida resultar de contrato celebrado entre o assuntor e o próprio credor, ora assunção externa, do nosso ponto de vista, naturalmente também não se poderá configurar o credor enquanto terceiro estranho à

negócio jurídico atingir a sua eficácia plena, para além, claro, da declaração expressa do credor, se for sua intenção conceder a liberação do seu devedor. Ora, dito isto e como nos explica Diogo Leite de Campos, qualquer uma destas intervenções (quer a ratificação, quer a declaração expressa de exoneração), descaracteriza o credor enquanto terceiro estranho à relação obrigacional.

E, ainda, conforme nos ensina Antunes Varela, a classificar alguém enquanto terceiro beneficiário deste universo assumptivo seria sempre o primitivo devedor e nunca o credor, que é quem verdadeiramente sai beneficiado, pois afige o proveito de ser exonerado, o que, no final de contas, não descuremos, é a “sorte grande” – VARELA, João de Matos Antunes, *ob. cit. Vol. II*, pág. 366.

No entanto, sobre esta posição, a doutrina não se demonstra assim tão consensual quanto nos parece à primeira vista.

Margarida Lima Rego contrariamente à vertente doutrinária supra entende ser o instituto da assunção de dívida um verdadeiro contrato a favor de terceiro. Deste modo, perante a assunção liberatória afirma a autora que o contrato em causa “(...) *coloca ambas as partes à mercê do terceiro credor, que passa a ter o privilégio de ratificar ou não o contrato, podendo na verdade escolher entre dois devedores, quando antes não podia fazê-lo.*”, afirmando ser ainda mais óbvia a vantagem para o dito credor beneficiário quando não ocorra a exoneração do primitivo devedor, ou seja, quando passe a dispor de dois devedores em face de um (assunção cumulativa de dívida). – REGO, Margarida Lima, *ob. cit.*, pág. 684-685, nota de rodapé (12).

²⁷⁹ CAMPOS, Diogo Leite de, *ob. cit.*, pág. 64.

²⁸⁰ E, à partida, benefício para o primitivo devedor também não haverá, pois permanece subjugado a este enredo de obrigações, excepto se com a celebração deste contrato obtiver um melhor acordo para o cumprimento da obrigação, com por exemplo, ocorrer a dilação do prazo para cumprimento ou a estipulação de menor taxa de juro, conforme parece ser o entendimento *v.g.* de Diogo Leite de Campos, com o qual concordamos. – CAMPOS, Diogo Leite de, *ob. cit.*, pág. 64.

relação obrigacional, pois é parte contraente (contrariamente, v.g., à posição igualmente adoptada por Margarida Lima Rego).

(iii) no entanto, se o contrato for efectivado por assunção interna, isto é, por contrato outorgado entre condevedores, conforme nos explica Diogo Leite de Campos, há, ainda, que atender à seguinte distinção:

a. assunção cumulativa de dívida legal: retrata o caso em que há a clara intenção de transmitir a dívida do primitivo devedor ao assuntor, mas, por alguma razão, não obteve concordância do credor e, conseqüentemente, não houve a declaração expressa de exoneração.

Perante um prisma destes, para Diogo Leite de Campos, não estão reunidos os requisitos essenciais para que se possa classificar este contrato na senda de um contrato a favor de terceiro, dado o facto de, no momento da sua outorga, este benefício ter sido configurado no exclusivo interesse do devedor e do assuntor, os quais não pretendiam beneficiar o credor, mas sim “apenas” exonerar o primitivo devedor [*vide* pág. 123, nota de rodapé (278)];

b. assunção cumulativa de dívida convencional: traduz-se na situação em que o primitivo devedor e o assuntor acordam em contratualizar (de raiz) uma assunção cumulativa de dívida onde, na qual, passam ambos a ser solidariamente responsáveis e, com esta atitude, agora sim, altruísta, tiverem a clara e pura intenção de, com isso, beneficiar o credor.

Nesta senda, explica Diogo Leite de Campos não haver razão para não afirmar estarmos perante um contrato em benefício de terceiro. Assim:

“Parece incorrecto dizer-se que não se trata de mais do que uma vantagem económica, indirecta ou reflexa. O que interessa saber é se as partes quiseram atribuir ao credor um direito a exigir um benefício (...)”

281 .

Ora, mas para podermos tomar posição sobre se entendemos poder a assunção cumulativa de dívida revestir-se no enredo do contrato a favor de terceiro (no seu âmbito global), importa analisar, ainda que levemente, o regime do mesmo.

²⁸¹ CAMPOS, Diogo Leite de, *ob. cit.*, pág. 65.

Na senda da assunção cumulativa de dívida, como inclusivamente já vimos, o terceiro beneficiário seria o credor ²⁸².

Assim, dispõe o artigo 443.º, n.º 1 do Código Civil o seguinte:

“Por meio de contrato, pode uma das partes assumir perante outra, que tenha na promessa um interesse digno de protecção legal, a obrigação de efectuar uma prestação a favor de terceiro, estranho ao negócio; diz-se promitente a parte que assume a obrigação e promissário o contraente a quem a promessa é feita.” (sublinhado nosso).

Ora, pela análise do disposto infra, encontramos sem margem para dúvidas os elementos essenciais e definidores ²⁸³ para a constituição de um contrato a favor de terceiro:

- (i) a obrigação de uma parte perante outra;
- (ii) que exista na promessa efectuada um interesse digno de protecção legal;
- (iii) que exista uma atribuição de uma prestação (patrimonial ou não) / benefício;
- (iv) e que, esta atribuição seja feita a favor de terceiro, este estranho ao contrato.

Ora, tendo por base estes elementos caracterizadores do contrato em benefício de terceiro, parece-nos que, à partida, se exclui de imediato a possibilidade de convencionar a assunção cumulativa de dívida efectuada por meio de contrato celebrado entre credor e primitivo devedor, por, naturalmente, o credor ser parte outorgante do contrato, não sendo por isso estranho algum.

No entanto, questionemo-nos agora quanto à assunção cumulativa interna, isto é, à assunção efectuada por meio de contrato entre convedores. Será que bastará ter em consideração o modo de constituição da assunção (legal ou convencional) para subsumirmos todo este universo assumptivo na lógica do contrato a favor de terceiro, tal como defende Diogo Leite de Campos? Será a intenção das partes em querer atribuir um benefício a outrem (mesmo que de forma directa e autónoma) suficiente para classificarmos uma assunção cumulativa de dívida, totalmente convencional, enquanto contrato em benefício de terceiro?

²⁸² Há, no entanto, quem considere poder igualmente indicar-se como dito beneficiário desta relação o primitivo devedor que sente o peso da sua responsabilidade ser dividido, posição esta a qual também não pode deixar de ser merecedora de atenção. – GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *ob. cit.*, pág. 191.

²⁸³ *Essentialia*, conforme explica Pedro Pais de Vasconcelos:

“Trata-se das características cuja verificação é necessária e suficiente para a inclusão e cuja falta é necessária e suficiente para a exclusão (...) são os elementos definitórios do conceito, aqueles que constituem a definição daquele tipo de negócio que o distinguem dos demais (...)” – VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Contratos Atípicos*, Coimbra: Almedina, Janeiro de 2009, 2.ª ed., pág. 83.

Note-se que, parece-nos clara a ideia de que, a poder considerar-se esta subjugação entre os dois institutos jurídicos, efectivamente, apenas se poderá formular na senda de uma assunção convencional, pois se nunca foi intenção das partes beneficiar o dito terceiro (credor), “cai por terra” qualquer revestimento da assunção em benefício a terceiro, pois a própria finalidade do mesmo no seu âmago é a atribuição de um benefício a outrem (de forma directa e autónoma). E, conforme nos explica Pires de Lima e Antunes Varela, é essencial ao contrato a favor de terceiro que os contraentes ajam com clara, inequívoca e directa intenção de atribuição da vantagem patrimonial ao terceiro, não bastando por isso que “(...) o terceiro receba apenas, reflexamente, um qualquer benefício do contrato (...)”²⁸⁴ (sublinhado nosso).

E, neste sentido em consonância com a corrente doutrinária infra:

*“(...) é ainda essencial que haja intenção dos contratantes de atribuir um direito de crédito (ou real), ou uma vantagem patrimonial, directamente ao terceiro beneficiário, de tal modo que ele adquira o direito à prestação prometida de forma autónoma, por via directa e imediata do contrato, podendo, por isso, exigí-la do promitente.”*²⁸⁵.

Mas, tendo como certo que só poderemos formular esta subjugação na senda de uma assunção cumulativa de dívida (interna) convencional, será que este acto altruísta de atribuir directamente um benefício ao credor, basta para que subsuma todo este universo assumptivo à lógica do contrato a favor de terceiro (na sua extensão global)?

Entendemos que não. Vejamos porquê.

(i) A prestação

No contrato em benefício de outrem, o terceiro beneficiário adquire o direito a uma nova prestação, prestação esta que nasce na esfera jurídica do terceiro por obrigação contraída pelo promitente com a outorga do contrato, mas por conta ou à ordem do promissário, conforme resulta dos artigos 443.º e seguintes do nosso Código Civil.

Ora, nenhuma das modalidades possíveis da assunção de dívida (nem na assunção liberatória, nem na assunção cumulativa de dívida) o dito terceiro beneficiário adquire o direito a uma nova prestação. No caso concreto da assunção cumulativa de dívida, o credor

²⁸⁴ LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, *ob. cit.*, Vol. I, pág. 424.

²⁸⁵ Conforme posição adoptada em acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 13/01/2009, em processo que correu os seus termos sob o n.º 08A2100.

não ganha o direito a nenhuma prestação complementar. Mantém o direito à mesma prestação, mas agora por via de “duas fontes”: em lugar de poder exigir unicamente ao devedor, poderá exigir o cumprimento da obrigação como melhor lhe aprouver, ao primitivo devedor ou ao assuntor, que agora se encontram solidariamente unidos.

Dito isto, na senda de um contrato a favor de terceiro, deste direito à nova prestação, contraída pelo promitente, mas por conta/ordem do promissário, resultam duas consequências, conforme nos explica Antunes Varela, consequências estas que se revelam enquanto elementos bem demonstrativos da divergência existente com a assunção cumulativa de dívida. Vejamos:

(a) a revogação unilateral:

Esta nova prestação contraída a favor de terceiro, não obstante ter sido contraída pelo promitente, é, conforme já referido, por conta ou por ordem do promissário.

Deste modo e por esta razão, encontra-se estipulado no disposto no artigo 448.º do Código Civil a possibilidade dada ao promissário para revogar unilateralmente a promessa efectivada por meio do contrato outorgado entre si e o promitente, enquanto o terceiro não aderir à mesma.

Ora, mas se a memória não nos falha, existe igualmente um mecanismo, regulado no disposto no artigo 596.º, n.º 1 do Código Civil, que regula a faculdade de as partes contraentes de um negócio assumptivo interno (primitivo devedor e assuntor) poderem distratá-lo enquanto o credor não ratificar o dito negócio.

Visto este paralelismo, será que não é uma faculdade equiparada a ambos os institutos e, por isso, um sinal, não da equidistância existente, mas sim da sua proximidade?

Entendemos ser a resposta à questão supra negativa.

A faculdade de distrate conferida às partes contraentes do negócio assumptivo, implica que ambas as partes outorgantes (devedor e assuntor) distratem o negócio assumptivo celebrado²⁸⁶, contrariamente ao que acontece

²⁸⁶ Claro que há que reconhecer que a terminologia empregue no próprio artigo 596.º, n.º 1 (distrate) é uma infeliz escolha de palavras, pois como bem sabemos, o distrate implica a revogação, no mínimo, bilateral de um contrato, contrato esse válido e perfeito. Ora, conforme já anteriormente referenciado [*vide* pág. 107, nota de rodapé (240)], no momento em que o distrate ainda é possível não há qualquer contrato de assunção,

no contrato a favor de terceiro que, apenas o promissário tem a possibilidade de, unilateralmente, revogar a promessa celebrada enquanto o terceiro beneficiário não a aceitar.

(b) os meios de defesa:

Esta nova prestação contraída nasce no momento da outorga do contrato a favor de terceiro, celebrado entre promitente e promissário, mas à ordem e por conta do terceiro.

Deste modo, e por este motivo, defende Antunes Varela (com qual concordamos) poder o promitente, por força do disposto no artigo 449.º do Código Civil, opor ao terceiro todos os meios de defesa provenientes do contrato outorgado entre si e o promissário, por precisamente, ser este o contrato base, o contrato único que fez nascer a prestação que irá beneficiar o terceiro.

Contrariamente o mesmo não acontece na assunção (cumulativa) de dívida, sendo possível ver, mais uma vez, as destriças existentes entre ambos os institutos.

Na assunção de dívida, a prestação em causa é a prestação já existente. O que ocorre é “apenas” a substituição ou adjunção de devedores, daí se denominar ao regime “transmissão singular da dívida”, pois, exceptuando a identidade do sujeito passivo da relação se alterar tudo o resto (nomeadamente, conteúdo e identidade da obrigação) se mantém imaculado.

Dito isto, e como a prestação assumida pelo assuntor é a prestação devida pelo primitivo devedor, os meios de defesa oponíveis pelo assuntor ao credor não são os provenientes da relação entre si e o devedor originário²⁸⁷, mas sim

mas sim um “mero” negócio assumptivo, por o mesmo ainda não ter sido objecto de ratificação por parte do credor, não atingindo assim ainda a sua plenitude e perfeição.

No entanto, e não obstante esta infeliz escolha de palavras por parte do legislador, compreende-se que é sua intenção balizar a actuação individual de cada um dos outorgantes para revogação do dito negócio.

²⁸⁷ Se o sistema assim se configurasse, permitindo ao assuntor opor ao credor os meios de defesa provenientes da sua relação com o primitivo devedor (principalmente na senda de uma assunção liberatória de dívida), abrir-se-iam portas à violação do princípio do *venire contra factum proprium*, permitindo ao assuntor escapulir-se ao cumprimento sempre fosse interpelado, bastando, para isso, elaborar um contrato de assunção com o devedor que, deliberadamente, padecesse de vícios.

os meios de defesa derivados entre a relação jurídica já existente, entre credor e primitivo devedor (ressalvando os meios de defesa pessoais do devedor – *vide* pág. 50 e seguintes).

(ii) O terceiro beneficiário

No entanto, e não obstante todos os elementos supra, por si bem demonstrativos da discrepância existente entre os dois institutos jurídicos em análise, vejamos, contudo, a verdadeira “pedra de toque” que nos salta imediatamente à vista, a qual não podemos descurar: o terceiro estranho à relação obrigacional.

À luz de uma realidade assumptiva, independe da modalidade em que a mesma se enquadre, este enredo obrigacional conta sempre com uma constante na sua concepção: a participação do credor, *ab initio* ou não ²⁸⁸.

Como bem sabemos, mesmo que o negócio assumptivo tenha sido acordado entre devedores, isto é, internamente, terá sempre que passar pelo crivo do assuntor para que possa convolar-se em contrato de assunção de dívida e, assim, atingir a sua plenitude e perfeição ²⁸⁹.

No final de contas, o contrato padecia de vício (dissimuladamente); o devedor tinha sido exonerado e, quando o credor interpelasse o assuntor para o cumprimento, este invocaria este vício, vendo-se assim o credor de “mãos a abanar”.

²⁸⁸ Participação esta que poderá estruturar-se sob a forma de participação directa nas negociações do contrato (subsumindo-se na alínea b) do n.º 1 do artigo 595.º; ou na alínea a) no referido artigo caso o credor queira aderir directamente ao contrato celebrado entre o devedor e o assuntor, vinculando-se enquanto parte outorgante do mesmo); ou, em alternativa, através da ratificação, onde na qual, não interveio o credor inicialmente nas negociações, mas ratifica o negócio assumptivo (artigo 596.º *ex vi* artigo 595.º, n.º 1), deixando por isso de poder ser tido como terceiro.

Neste sentido:

“*Constitui fator comum de ambas as modalidades a intervenção do credor da obrigação, na primeira, através da ratificação, sem a qual o contrato não produz efeitos em relação a si, ou assumindo-se parte contratante, com o novo devedor, na segunda modalidade.*” – Conforme posição adoptada em acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 24/10/2019, em processo que correu os seus termos sob o n.º 2447/18.7TBSTB.E1.

²⁸⁹ Note-se, no entanto, que não é assim encarado pelos quatro cantos do mundo.

Olhando, por exemplo, para o ordenamento jurídico cuja influência se fez sentir em diversos planos jurídicos, tendo, inclusivamente, modelado algumas legislações, como é o nítido caso da portuguesa, doutrina de “peso” alemã, como é o caso de Ennerccerus-Lehmann, entendem pela desnecessidade do assentimento do

Esta é uma das grandes especificidades do sistema que nos permite distinguir fortemente da lógica embutida no paralelismo com o regime do contrato a favor de terceiro, o qual prima por promitente e promissário acordarem, entre si, em atribuir um benefício a pessoa totalmente estranha ao contrato.

Posto isto, e uma vez considerarmos a exigência da ratificação do negócio assumptivo essencial a toda esta realidade, deixando, por isso, o credor de desempenhar o papel de “estranho”, conclui-se que o contrato de assunção de dívida, principalmente a assunção cumulativa de dívida, nunca poderá, teoricamente, subsumir-se num contrato a favor de terceiro.

Em igual sentido, apesar de evidenciar a incontestáveis proximidades, Pestana Vasconcelos quando afirma que na senda de uma assunção cumulativa de dívida “*a situação se aproxima bastante da do contrato a favor de terceiro – embora na verdade não o seja*”, justificando a sua pretensão precisamente “*porque este não adquire qualquer novo direito (o crédito de que era titular mantém-se, embora com dois devedores) ou qualquer atribuição patrimonial daquelas previstas no art. 443.º n.º 2*”²⁹⁰.

Para além do mais, mesmo para aquela ala doutrinária que entenda não ser a ratificação do negócio assumptivo essencial na senda de uma assunção cumulativa de dívida, onde o credor em nada é prejudicado (*vide* pág. 115 e seguintes), apresentemos o “*cavalo de*

credor, visto este negócio assumptivo em nada pôr em causa direito do credor, posição influenciadora da posição igualmente adoptada por Vaz Serra, na elaboração do anteprojecto ao nosso Código Civil [*vide* pág. 115, nota de rodapé (264)].

Assim, segundo esta posição doutrinária, adquire o credor, de forma imediata, o direito ao seu crédito, sem que para tal tenha que intervir.

Ora, nesta sequência e tendo em consideração a completa inércia operada por parte do credor perante esta operação assumptiva, totalmente interna, afirmam Ennerccerus-Lehmann que pode a assunção cumulativa de dívida sim nascer por contrato a favor de terceiro (considerando enquanto dito terceiro, o credor), por precisamente ocorrer uma absoluta ausência de qualquer participação por parte do credor para que este negócio assumptivo atinja a sua eficácia e validade. Assim:

“*También la adhesión a la deuda puede hacerse (como la asunción) por contrato con el acreedor o con el deudor. En el último caso, se da un contrato a favor de tercero (a saber: a favor del acreedor); por tanto, el acreedor adquiere el derecho inmediatamente y no se requiere su asentimiento, ya que no se dispone sobre su crédito.*” – ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin, revisto por LEHMANN, Henrich, *ob. cit.*, pág. 413.

²⁹⁰ VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de, *ob. cit.*, pág. 207.

batalha” apresentado por Ney Ferreira, o qual, a nosso ver, silencia qualquer opositor quando afirma que:

“(…) no sistema do nosso Código Civil – como já acentuámos – tanto a assunção liberatória, como a assunção cumulativa estão sujeitas à ratificação do credor, pelo que este intervém no contrato. Não é pois, estranho à relação contratual; verdadeiramente não é terceiro.”²⁹¹ (sublinhado nosso).

²⁹¹ FERREIRA, José Carlos Ney, *ob. cit.*, pág. 76.

7.2. A promessa de liberação ou assunção de cumprimento

Ainda na sequência do contrato a favor de terceiro e não obstante entendermos serem regimes totalmente autónomos entre si, não podendo a figura da assunção (cumulativa) de dívida subsumir-se à dinâmica deste, há, no entanto, que suscitar a questão de saber se no regime da assunção cumulativa de dívida interna, isto é, por acordo entre o primitivo devedor e o assuntor, pode o mesmo resultar de uma (ou numa) promessa em benefício do credor.

Ora, mas antes de começarmos a distinção entre as duas figuras, vejamos, em suma, o que é então a promessa de liberação ou assunção em cumprimento.

A promessa de liberação ou assunção em cumprimento caracteriza-se pelo contrato entre devedor e terceiro, onde no qual este se obriga, exclusivamente, perante aquele a cumprir a sua dívida.

Esta convenção, tal como designa Vaz Serra, não desvincula, no entanto, o devedor das suas obrigações para com o credor. Ele mantém-se cativo. No entanto, por este contrato, há um terceiro que, perante si, promete cumprir a sua obrigação, provocando, assim, a sua liberação.

À partida, vemos desde já as proximidades com a assunção de dívida, pois ambas as figuras se caracterizam pelo surgimento de um terceiro que garante o cumprimento da prestação do devedor, podendo promover a sua liberação, tornando-se assim difícil em algumas situações distingui-las, ainda mais se se tratar de uma assunção cumulativa de dívida, pois “*em ambas as espécies, surgem dois obrigados, de um lado, e o credor de outro.*”²⁹².

Efectivamente, e como já vimos, diversas vezes a afinidade entre estas duas figuras converge no momento em que perante um negócio assumptivo interno tem o credor o poder de decisão de o ratificar ou não, sendo que, não o fazendo, por dele não concordar, este, por força do disposto nos artigos 239.º e 293.º converter-se-á em assunção em cumprimento [*vide* pág. 105, nota de rodapé (234)].

Mas, vejamos que aqui a direcção é precisamente a oposta, não se trata da conversão de uma assunção cumulativa de dívida em assunção em cumprimento, mas sim desta poder-se evoluir para uma assunção cumulativa de dívida.

À partida, esta convenção, não produz efeitos senão na relação entre devedor (promitente) e terceiro (promissário) pelas razões que a seguir se elencam:

²⁹² GOMES, Luís Roldão de Freitas, *ob. cit.*, pág. 165.

- (i) em primeira instância, esta relação de promessa que agora surge, não faz dissolver a anteriormente existente. Nas exemplificativas palavras de Joana Pinto Monteiro:
- “(...) ao lado da obrigação já existente constitui-se uma outra “marginal” a esta, entre o promitente, que passa a ser o devedor da obrigação marginal e o devedor da obrigação, anteriormente existente.”²⁹³;
- (ii) em segundo lugar, e uma vez o terceiro apenas se obrigar perante o devedor, o credor é um estranho nesta relação e, por isso, não adquire qualquer direito contra si, ao contrário do que ocorre na assunção cumulativa de dívida.

“A assunção de dívida não se confunde com a chamada assunção de cumprimento ou promessa de libertação (...)”²⁹⁴.

Em igual sentido, Llambías quando traça as linhas distintivas entre os dois institutos:

“1.º) en la promesa de liberación no hay transmisión de deuda ni incorporación del tercero a la obligación; en la asunción acumulativa, si hay transmisión, aunque no haya sido aceptada por el acreedor, que podrá aceptarla luego, si no ha sido desejada sin efecto por las partes; 2.º) la promesa de liberación es un acto paralelo a la obligación primordial; a asunción acumulativa es un acto modificador de dicha obligación; 3.º) en la promesa de liberación el promitente queda ajeno a la obligación primordial y por ello el acreedor carece de acción contra él; en la asunción de deuda, el cesionario se incorpora a la obligación y el acreedor puede exigirle el pago: la demanda implicaría aceptación de la cesión de la deuda.”²⁹⁵.

Assim, a primordial finalidade desta convenção é, mais do que assumir o cumprimento da prestação, liberar o devedor da relação obrigacional²⁹⁶, tendo como

²⁹³ MONTEIRO, Joana Pinto, *ob. cit.*, pág. 43.

²⁹⁴ SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *ob. cit.*, pág. 196, nota de rodapé (1).

²⁹⁵ GOMES, Luís Roldão de Freitas, *ob. cit.*, pág. 169.

²⁹⁶ O objectivo desta convenção é, efectivamente, a libertação do devedor, independe da forma como o terceiro o faz (ressalvando se as partes contratualizarem uma exoneração em sentido específico): se por meio de pagamento, se por meio por novação, se por assunção de dívida... aliás, conforme nos explica precisamente Vaz Serra “(...) o fim do devedor é ser exonerado, não lhe interessando se o é por este meio ou por aquele meio.” – SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *ob. cit.*, pág. 83.

E, nesta sequência Margarida Lima Rego faz uma crítica, assertiva, a Antunes Varela por entender o Professor ser a promessa de libertação o cumprimento da dívida do devedor ao credor. Explica a autora, certamente influenciada por Vaz Serra e correntes germânicas, que efectivamente o cumprimento da obrigação

principal elemento caracterizador o facto de o credor não adquirir qualquer direito contra o terceiro, não podendo, portanto, v.g. interpelá-lo para o cumprimento da obrigação ou o v.g. interpela-lo para o pagamento de qualquer taxa de juro, pois continua a ter o seu único devedor.

Assim:

*“La llamada asunción de cumplimiento, o sea el contrato el cual uno se obliga únicamente hacia el deudor a cumplir la obligación de éste. Entonces el deudor sigue obligado y adquiere sólo un crédito contra el promitente, dirigido a que éste le libere de la obligación por el cumplimiento o de otra manera (pes al deudor sólo le importa la liberación y no cómo se verifique). De este negocio no brota derecho alguno a favor del acreedor (...)”*²⁹⁷.

Em igual sentido:

*“(...) existe mera promessa de liberação ou assunção interna, quando o terceiro apenas se obriga perante o devedor a satisfazer a dívida deste, já que de tal acordo não advém nenhuma nova obrigação para com o credor, perante o qual o antigo devedor continua a ser o único obrigado, cfr. artº 444º nº3 do C.Civil. E consequentemente, dada a relatividade contratual, só o promissário teria legitimidade para exigir do promitente pagador o cumprimento da promessa.”*²⁹⁸.

No entanto, a repercussão dos efeitos da promessa de liberação não é uma matéria unânime.

Efectivamente, e como já foi demonstrado, à partida, esta convenção apenas reproduzirá os seus efeitos jurídicos no seio desta relação marginal, ou seja, entre devedor e terceiro. Aliás, retiramos precisamente esta conclusão não só pela factualidade do surgimento deste novo contrato não dissolver o anterior, mas pela presunção expressamente elencada no n.º 3 do artigo 444.º em análise:

titulada pelo devedor, por parte do terceiro, consubstancia sim num modo de promessa de liberação, mas este não é o único modo de consubstanciar-se uma promessa de liberação. E, aprofunda ainda Margarida Lima Rego que a única coisa que está em jogo no cerne desta promessa é a extinção da obrigação que une o devedor ao seu credor, desde que essa liberação possa imputar-se ao promitente. – REGO, Margarida Lima, *ob. cit.*, pág. 686-687.

²⁹⁷ ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin, revisto por LEHMANN, Henrich, *ob. cit.*, pág. 413.

²⁹⁸ Conforme posição adoptada em acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13/05/2008, em processo que correu os seus termos sob o n.º 0820287.

“Quando se trate da promessa de exonerar o promissário de uma dívida para com terceiro, só àquele é lícito exigir o cumprimento da promessa.” (sublinhado nosso).

No entanto, estando no epicentro da autonomia privada, será que não podem as partes derrogar esta convenção em benefício do credor, tal como defendia Mota Pinto (*vide* pág. 116)? E se sim, quais as suas vicissitudes?

Vejamos.

Efectivamente, numa primeira leitura rápida sob o n.º 3 do artigo 444.º somos levados a crer, que os efeitos jurídicos da promessa de exoneração se esgotam única e exclusivamente na relação entre as partes.

No entanto, parece-nos utópico que, estando no cerne do Direito obrigacional, onde predomina o princípio da autonomia privada, (podendo as partes afastar e regular aquilo que entenderem, desde, claro, não seja o mesmo contrário à lei), não possam as partes, se assim o entenderem, contratualizar em benefício do credor. São livres de o fazer, não obstante o mesmo não ser regra na senda de uma promessa de liberação. Mas, querendo, podem-no fazer e, assim, é inegável estarmos perante um contrato em benefício de terceiro (credor).

E, perante esta hipótese torna-se evidente que os efeitos jurídicos da promessa de liberação não se esgotam na relação entre as partes, concluindo-se que *“ao lado da promessa de exoneração existe uma assunção cumulativa de dívida, cujos efeitos já se projectam na esfera do terceiro”* ²⁹⁹.

E:

“La adhesión a la deuda puede ir unida a una asunción de cumplimiento” ³⁰⁰.

Ora, mas se estamos perante uma convenção onde as partes contratualizam em benefício do credor, não será que isto quer dizer que o credor ganha o direito de exigir o cumprimento da prestação também perante o promitente, caso não tenha ocorrido a exoneração do seu devedor, exactamente como se desenvolve na senda uma de assunção cumulativa de dívida?

Aparentemente sim. Contudo, se concluimos por esta via, isto levanta-nos questões de nível prático, tal como nos explica Vaz Serra.

Vejamos.

²⁹⁹ REGO, Margarida Lima, *ob. cit.*, pág. 685.

³⁰⁰ ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin, revisto por LEHMANN, Henrich, *ob. cit.*, pág. 413.

Se o credor ganha um benefício a seu favor e, deste modo, ganha o direito à exigência da prestação também perante o terceiro, ora promitente (tal como ocorre na assunção cumulativa de dívida), será que isto se traduz na necessidade de obter o seu consentimento para que possa invocar o seu direito contra o promitente?

A doutrina não se mostra consensual quanto ao assunto.

No ordenamento jurídico alemão, os autores Enneccerus-Lehmann consideram que, uma vez não se colocar em perigo o direito do credor, também aqui na promessa de liberação (que convergirá em assunção cumulativa de dívida) não existe a necessidade do seu consentimento para que possa interpelar o terceiro para o cumprimento da obrigação.

Em suma, esta tese desenvolvida por esta corrente doutrinária explica o seguinte: se admitimos poderem as partes, numa promessa de liberação, contratar a favor do credor e, reconhecermos que esta contratação é, no fundo, um contrato em benefício de terceiro (credor), sabemos que na penumbra do regime destes contratos, o direito do beneficiário (dito terceiro) é imediatamente adquirido pela celebração do contrato, não sendo necessário o consentimento deste para a sua aquisição. Deste modo, o mesmo terá que ocorrer na promessa de liberação, revelando-se infrutífero o consentimento do dito terceiro (ora credor) para que possa este obter o benefício a seu favor. Nas palavras de Vaz Serra:

*“(...) o credor, beneficiário de um contrato entre devedor e promitente, adquire imediatamente (portanto, sem necessidade da sua adesão ou aceitação) (...) Tal é o que deriva das regras gerais acerca dos contratos em proveito de terceiros. Não parece haver motivo para não as aplicar aqui.”*³⁰¹.

E, de forma a desarticular qualquer argumento em sentido contrário, que afirmasse poder o credor vir a ser prejudicado com a aquisição imediata do direito, por v.g. poder vir a dar-se contra si uma nova causa de compensação, contra-argumentam Enneccerus-Lehmann o seguinte:

*“A exigência do assentimento do credor poderia pensar-se em não a basear no facto de o credor poder ser prejudicado com a aquisição imediata do direito, por poder dar-se contra ele uma nova causa de compensação. Se o novo devedor tem um crédito compensável contra o credor, pode ser este prejudicado, mas, como observam Enneccerus-Lehmann, o credor pode defender-se, rejeitando o crédito.”*³⁰².

³⁰¹ SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *ob. cit.*, pág. 86.

³⁰² SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *ob. cit.*, pág. 86.

No entanto, já no ordenamento jurídico italiano, a discussão não é tão acesa como na Alemanha, pois em Itália decorre directamente da lei, do próprio artigo 1273.º do *Codice Civile* a possibilidade do credor aderir à convenção para que a possa tornar irrevogável e a seu favor.

A esta figura jurídica italiana, conforme já foi referenciado, dá-se o nome de *accollo*, sendo-lhe aplicável as regras gerais do contrato a favor de terceiro, nomeadamente quanto ao modo de aquisição do direito do dito beneficiário (credor), como também quanto às excepções oponíveis ao credor pelo terceiro³⁰³.

No entanto, tal como já foi anteriormente referido, no ordenamento jurídico português no que toca ao regime da transmissão singular de dívidas, rejeitou-se a solução adoptada pelo *Codice Civile* de 1942 por, precisamente, e como já foi debatido, desvalorizar por completo a intervenção do credor a não ser enquanto elemento capaz de atingir a eficácia externa (*vide* pág. 95-96).

Tudo isto se passa por, precisamente, e conforme explica Vaz Serra, se julgar ser o *accollo* “a típica aplicação do contrato em favor de terceiro (...) seja no que respeita no momento ou ao modo em que o credor adquire o direito, seja no que toca às excepções que o novo devedor pode opor ao credor que beneficia da estipulação em seu favor.”³⁰⁴.

Após esta breve exposição dos contornos da promessa de liberação no plano germânico e transalpino, cabe então tomar então posição quanto à própria extensão dos efeitos jurídicos da figura em relação ao credor.

Apesar de entendermos este raciocínio efectuado em volta da extensão dos efeitos jurídicos da promessa de liberação e, que daqui possamos concluir, no plano teórico, poder esta traduzir-se num contrato em benefício de terceiro, entendemos, por razões de coerência, não podermos concordar que este cenário se traduza num contrato de assunção cumulativa de dívida, apesar de, no plano teórico, o mesmo pareça atingível. Vejamos porquê.

Ao longo do presente estudo, a posição por nós adoptada foi sempre na linha de defesa do princípio do contrato, o qual sustém que a ninguém pode ser imposto um benefício contra a sua própria vontade (*invito non datur beneficium*).

Ora, apesar de conseguirmos conceber a ideia de as partes, por força do princípio da liberdade contratual, contratualizarem em benefício do credor, tal como formula Vaz Serra no seu anteprojecto ao nosso actual Código Civil, entendemos ser impossível atribuir a esta

³⁰³ SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *ob. cit.*, pág. 85.

³⁰⁴ SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *ob. cit.*, pág. 85, nota de rodapé (8).

concepção o carácter de uma assunção cumulativa de dívida, ainda que teoricamente a entendamos, por precisamente reprovado na primeira vicissitude encontrada por Vaz Serra: “Será necessário o consentimento do credor para que ele adquira o direito contra o promitente?”³⁰⁵.

Tudo dependerá da forma como se encarar a (des)necessidade do consentimento do credor na senda de uma assunção cumulativa de dívida, a qual, efectivamente, nunca piorará a situação patrimonial do credor e, nas palavras de Enneccerus-Lehmann, “(...) *el acreedor adquiere el derecho inmediatamente y no se requiere su asentimiento, ya que no se dispone sobre su crédito.*”³⁰⁶ (sublinhado nosso).

Se, após esta reflexão, concluirmos pela desnecessidade de tal consentimento, pelos argumentos supra expostos, então efectivamente é possível neste cenário afirmarmos que de uma promessa de liberação é possível atingir a assunção cumulativa de dívida, por meio da extensão dos seus efeitos jurídicos ao credor (contrato em benefício de terceiro). E, nesta senda, e após fazer esta correlação, aplicar-se-ia o regime geral dos contratos a favor de terceiro, tal como o *Codice Civile* o faz, por força do disposto no artigo 1273.º, alínea 1):

“*Se o devedor e um terceiro concordarem que este assumirá a dívida do outro, o credor pode aderir ao acordo, tornando irrevogável a estipulação a seu favor.*”.

No entanto, se concluirmos ser essencial à validade de uma assunção cumulativa de dívida o consentimento do credor (tal como se tratasse de uma assunção liberatória de dívida), então o mesmo não se demonstra concretizável.

Esta é posição por nós adoptada, por conforme já dissemos, sempre fomos fiéis à exigência da necessidade do consentimento do credor, mesma na senda de uma assunção cumulativa de dívida (*vide* pág. 113 e seguintes).

Assim, estamos de “mãos atadas”, por uma questão de coerência, para podermos entender existir ao lado de uma promessa de liberação uma assunção cumulativa de dívida, por extensão dos seus efeitos jurídicos à esfera do credor, tal como afirma Margarida Lima Rego.

Deste modo, voltamos a afirmar a nossa vincada posição quanto ao facto de não ser possível, no nosso entendimento, estabelecer-se uma relação entre assunção cumulativa de

³⁰⁵ SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *ob. cit.*, pág. 85.

³⁰⁶ ENNECCERUS, Ludwin; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin, revisto por LEHMANN, Henrich, *ob. cit.*, pág. 413.

dívida e contrato em benefício de terceiro, mesmo que perante uma promessa de liberação as partes contratualizem em benefício do credor.

O credor é parte da relação contratual a partir do momento em que presta o seu consentimento, consentimento este que, no nosso ver, é essencial para que todo este negócio assumptivo (ainda que cumulativo) seja válido e atinja a sua perfeição e plenitude.

Esta é, como aliás já foi anteriormente referido, uma das especificidades do sistema do *cumulus* da dívida que nos permite traçar a linha de distinção da lógica do contrato a favor de terceiro, pois, não obstante as inegáveis e confundíveis parecenças, na assunção cumulativa de dívida o beneficiário da prestação (credor) não obtém de forma imediata o direito à mesma, contrariamente ao que acontece no contrato a favor de terceiro.

Dito isto, aplaudimos a posição adoptada pelo nosso legislador português aquando da reformulação do nosso Código Civil, ao rejeitar a solução prevista no *Codice Civile*, nomeadamente o *accollo*, por, como vimos, se aplicar a este o regime geral dos contratos a favor de terceiro (*vide* pág. 95-96).

Em igual sentido, Ney Ferreria:

*“Também na promessa de liberação ou assunção de cumprimento não existe contrato em benefício de terceiro, agora por disposição legal expressa – n.º 3 do artigo 444.º do Código Civil (...)”*³⁰⁷.

³⁰⁷ FERREIRA, José Carlos Ney, *ob. cit.*, pág. 77.

7.3. A fiança

O problema da solidariedade suscitado na assunção cumulativa de dívida transporta-nos a questões no seio da sua própria finalidade, revelando-se, por isto, necessário proceder à diferenciação entre uma vera e própria assunção cumulativa de dívida, *tout court*, e a assunção cumulativa na sua verdadeira essência: a assunção cumulativa de dívida em garantia ³⁰⁸.

A importância prática desta figura estabelece-se essencialmente nos sectores vitais da actividade económica, como meio de satisfação das obrigações pecuniárias ³⁰⁹, onde exista a necessidade premente de fazer garantir uma transacção. Recordemos o exemplo extraído por Mota Pinto da jurisprudência alemã, como forma de explanação deste fim/escopo que é o mais imediato de uma assunção cumulativa de dívida:

“A deve uma certa quantia, por força dum contrato de reconstrução duma casa e o empreiteiro recusa-se a continuar o trabalho, porque A não cumpre pontualmente; B titular de uma hipoteca sobre a casa, interessado, portanto, na reconstrução, obriga-se pela dívida de A como devedor solidário.” ³¹⁰ (nosso sublinhado).

Esta adjunção pessoal e patrimonial de B visa o fim de garantir o crédito não só do empreiteiro, como essencialmente o seu, pois se não se obrigasse solidariamente pela dívida de A, correria o sério risco de ver a frustração do seu próprio crédito.

É esta finalidade reforçativa que, *“desempenhando a importante função de alertar para a dimensão garantística associada a esta figura”* ³¹¹, a torna praticamente indistinguível face à fiança, pelo menos a “olho nu”.

Ora, mas antes de começarmos pela destrição entre ambos os institutos, lembremos apenas alguns aspectos fundamentais então desta garantia “mãe” que é a fiança. Vejamos.

A fiança é uma garantia pessoal típica e encontra expressão junto do nosso Código Civil através dos artigos 627.º e seguintes.

³⁰⁸ Verdade seja dita *“raros são os casos em que o assuntor cumulativo passa a fazer parte efectiva da relação sinalagmática estabelecida entre o credor e o primeiro devedor, passando também a ser credor daquele.”* – GOMES, Manuel Januário Costa, *ob. cit.* 273.

³⁰⁹ VARELA, João de Matos Antunes, *ob. cit.*, Vol. II, pág. 285.

³¹⁰ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *ob. cit.*, pág. 151, nota de rodapé (2).

³¹¹ COSTA, Mariana Fontes da, *ob. cit.*, pág. 392.

Essencialmente consiste na garantia prestada por um terceiro (ora fiador), o qual garante através da entrada do seu património “em jogo”³¹² o cumprimento da obrigação do devedor, ficando desde logo, pessoalmente obrigado.

O fiador assume a obrigação enquanto garante do devedor, podendo, assim, o seu património responder pela obrigação principal, bastando que, para isso, à partida³¹³, o devedor não o faça.

Veja-se, no entanto, que esta função de garante surge em simultâneo à obrigação principal, levantando-se então a questão de saber se daqui resulta ou não uma obrigação também para o fiador, a qual nas palavras de Menezes Leitão, com o qual concordamos, “(...) a resposta deve ser afirmativa, uma vez que o fiador tem um dever de prestar perante o credor, ainda que a sua função seja apenas a de assegurar a realização do pagamento pelo devedor.”³¹⁴.

Acentue-se que, a obrigação que surge neste meio fidejussório é uma obrigação acessória à obrigação principal, pois, naturalmente, a obrigação do fiador é distinta da obrigação do devedor. A fiança só nasce com o único objectivo de assegurar o cumprimento de uma obrigação, sendo por isto acessória a esta, dependendo assim da sua existência, eficácia e validade (v.g. se a obrigação principal se extinguir por cumprimento do devedor

³¹² Não obstante o facto de o fiador responder com todo o seu património, indistintamente, a fiança está, contudo, dependente do valor global do mesmo, o qual, regra geral, efectivamente, o abrange na sua totalidade, mas em certos casos pode existir uma limitação a certos bens, por meio de convenção entre as partes, nos termos do disposto no artigo 602.º do Código Civil. – LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Garantias das Obrigações*, ob. cit., pág. 107.

³¹³ No entanto, se as partes acordarem em renunciar ao benefício da excussão prévia, nos termos e ao abrigo do disposto nos artigos 638.º e 640.º, alínea a), ambos do Código Civil, poderá o credor interpelar o fiador para o cumprimento da obrigação, não tendo que, para tal, executar previamente todos os bens do devedor.

Este benefício, conforme já dissemos, pode ser afastado por vontade contratual e o qual, diga-se desde já, acontece a esmagadora maioria das vezes, principalmente na *praxis* bancária, o que a nosso ver, bem, pois só se vincula nesta qualidade de garante fidejussório quem quer, devendo, portanto, assumir as consequências por tal “precipitação”, nada tendo a ver o credor por eventuais (ou quase certos) arrependimentos. Neste sentido e como já diz o velho ditado popular, “fianças e avais, nem aos filhos nem aos pais”.

³¹⁴ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Garantias das Obrigações*, ob. cit., pág. 106-107.

principal, naturalmente, a fiança também se extinguirá). Podemos então dizer que a acessoriedade é, portanto, *conditio sine qua non* da fiança ³¹⁵.

Nas palavras de Januário Costa Gomes:

“A acessoriedade apresenta-se, na realidade, como uma eficaz e impressiva técnica de ligação de dois créditos (ou dois débitos), mas não mais do que isso: ela não é “capaz”-tal como não lhe é “pedido” – de explicar todo o regime da relação fidejussória, maxime os casos, determinados pela figura “tutelar” do fim da garantia (...)” ³¹⁶.

Por fim, a fiança é, à partida, também uma obrigação subsidiária, pois só deverá ser “activada” quando ocorra um incumprimento por parte do devedor. No entanto, como já vimos, nem sempre o é, ou melhor dizendo, grande parte das vezes o é [v.g. quando tenha ocorrido uma renúncia benefício da excussão prévia – vide pág. 141, nota de rodapé (313)].

Na prática, a subsidiariedade traduz-se numa lógica de “colete salva vidas”, na possibilidade concedida ao fiador em recorrer ao benefício da excussão, estabelecido nos termos e ao abrigo do disposto nos artigos 638.º do Código Civil e 745.º do Código de Processo Civil, ou seja, o credor apenas poderá demandar o garante quando previamente tenha não só interpelado o devedor para o cumprimento da prestação, bem como, tenha executado todo o seu património e, nesta sequência, seja este insuficiente ou, até mesmo, inexistente.

Assim:

“(...) a subsidiariedade concretiza-se no chamado benefício de excussão, o qual, por sua vez, consiste no direito que o fiador tem de recusar o cumprimento da obrigação enquanto não estiverem executados todos os bens do devedor principal. (...) Muito embora tal princípio (de subsidiariedade) seja a regra na fiança, todavia, ele comporta exceções, como ocorre nas situações previstas nas als. a) e b) do artº 640º do C.C., destacando-se aqui a referida naquela primeira alínea e que tem lugar sempre que o fiador houver

³¹⁵ No entanto, a acessoriedade é muito mais complexa que esta ínfima exposição que aqui tomamos (tendo-nos preocupado apenas em delimitar a sua essencial importância no meio de uma relação fidejussória), conforme alerta Januário Costa Gomes, que explica que pode a acessoriedade ser medida consoante diversos graus, assim como a autonomia:

“Há, como é evidente, diversos graus de acessoriedade, assim como há, no polo oposto, diversos graus de autonomia.” – GOMES, Manuel Januário Costa, *ob. cit.* 110.

³¹⁶ GOMES, Manuel Januário Costa, *ob. cit.* 114.

*renunciado (de forma expressa ou tácita) a tal benefício e, em especial, se tiver assumido a obrigação de principal pagador.”*³¹⁷ (sublinhado nosso).

E:

*“A subsidiariedade entendida como poder o fiador opor-se à execução do seu património enquanto não estiver esgotado o património do principal (art. 638º, 1), constitui simplesmente um efeito natural da fiança, que pode ser afastado, ou por efeito da vontade, ou, mesmo, por efeito da lei, nos termos das duas alíneas do art. 640º, CC, sem que isso implique a descaracterização da garantia.”*³¹⁸.

Estes dois princípios, da acessoriedade e da subsidiariedade, são, efectivamente, princípios que se cruzam na sua missão fidejussória, mas conforme explica Januário Costa Gomes, são conceitos que não se confundem. Assim:

*“Grosso modo, a diferença encontra-se no seguinte: enquanto o direito acessório – pelo menos o direito plenamente acessório – é aquele que é conformado por um direito principal, o direito subsidiário é aquele que só pode ser exercido depois de outro o ter sido. O direito acessório é, assim, um direito conforme um outro; o direito subsidiário é um direito de exercício posterior a um outro.”*³¹⁹.

Ora, tendo por base esta breve recordação das características definidoras desta garantia pessoal que é a fiança, vejamos quais os seus pontos de distinção com a assunção cumulativa de dívida que, como vimos, visa na sua forma mais imediata, uma função de garantia, aproximando-se, assim, da fiança, mas de uma “*forma velada*”.

Efectivamente, é infrutífero negarmos a proximidade entre estes dois institutos. Quer a fiança, quer a assunção cumulativa de dívida, chamam à colação um novo património para responder pelo cumprimento da obrigação. Ocorre que, enquanto na fiança esta associação se desenrola no sentido do garante “apenas” “*assegurar a realização do pagamento pelo devedor*”³²⁰ (por força, à partida, do princípio da subsidiariedade, pois o fiador apenas responderá depois do escrutínio patrimonial do devedor), na assunção cumulativa de dívida

³¹⁷ Conforme posição adoptada em acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 07/10/2008, em processo que correu os seus termos sob o n.º 4081/06.5YXLSB.C.

³¹⁸ Conforme posição adoptada em acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 06/05/2004, em processo que correu os seus termos sob o n.º 04B1317.

³¹⁹ GOMES, Manuel Januário Costa, *ob. cit.*, pág. 112.

³²⁰ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Garantias das Obrigações, ob. cit.*, pág. 107.

ocorre uma vera e própria cumulação de patrimónios com a vinculação de um novo sujeito passivo.

Nas palavras de Vaz Serra, citando, por vezes, Enneccerus-Lehmann:

*“No caso de co-assunção, o novo-devedor contrai uma obrigação independente da do devedor originário, ao passo que, no caso da fiança, a obrigação do fiador é a de responder pelo devedor, estando, por isso, subordinada à existência da obrigação do afiançado. A co-assunção distingue-se, pois, da fiança em que o fiador assume uma obrigação acessória ou subsidiária, dependente de outra obrigação (principal), enquanto que o devedor adjunto ou aderente, assumindo «como própria uma dívida alheia juntamente ao devedor anterior», «quer responder independentemente, e por certo do mesmo modo que se tivesse conhecido pessoalmente a obrigação e, portanto, se se trata de obrigações de mútuo ou de compra e venda, como um mutuário ou comprador».”*³²¹.

E, ainda, nas próprias palavras de Enneccerus-Lehmann:

*“La adhesión a la deuda se diferencia esencialmente de la fianza, incluso de aquella en que el fiador renuncia a la excusión. En efecto, el que se adhiere a la deuda la asume como propia queriendo, por tanto, responder junto al deudor, pero independientemente de la deuda de éster; en cambio, el fiador asume la responsabilidad por la deuda ajena, quiere responder del cumplimiento de la deuda del deudor principal, o sea, contraer una obligación que depende constantemente de la existencia de la obligación principal.”*³²² (nosso sublinhado).

³²¹ SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *ob. cit.*, pág. 192, nota de rodapé (1).

³²² ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin, revisto por LEHMANN, Henrich, *ob. cit.*, pág. 413-414.

Dão os autores especial enfoque a esta questão, por, precisamente, ser a renúncia do benefício à excussão prévia uma das características que “salta à vista” numa primeira comparação entre figuras, e é a posição v.g. de Hedemann. Assim:

“Poder-se-ia, todavia, colocar em dúvida se as diferenças apontadas não se esvaem a ponto de se extinguirem, quando o fiador renuncia ao benefício de excussão(...), erigindo-se e, devedor solidário. É o que Hedemann chama de fiança da própria dívida, em que o fiador responde fundamentalmente como se ele fora devedor.” – Conforme nos explica Roldão de Freitas Gomes, interpretando a posição adoptada por Hedemann. – GOMES, Luís Roldão de Freitas, *ob. cit.*, pág. 160.

Mas, como reforça Vaz Serra, no seu anteprojecto, certamente influenciado por Enneccerus-Lehmann, *“A co-assunção não é na realidade, a mesma coisa que a fiança, ainda que o fiador não tenha o benefício da*

Contudo, apesar destas características diferenciadoras, é inegável a proximidade existente entre as duas figuras, o que, se abrandarmos um pouco, entendemos, pois, ao contrário do que, quer o legislador português, quer inclusivamente o legislador alemão, pretenderam relativizar quanto à assunção cumulativa de dívida ³²³, não é esta menos perigosa que a fiança ³²⁴ nem, muito menos, indigna de ser qualificada enquanto figura garantística que o é, subsistindo na penumbra de uma “*forma velada de garantia*”, como iremos demonstrar.

Na interpretação da posição de Medicus, Januário Costa Gomes escreve o seguinte:

“(...) se, por um lado, numa determinada perspectiva, a dívida fidejussória é mais perigosa porque pode aumentar sem, a concordância do fiador, no caso de incumprimento do devedor (nos termos do § 767/I/2 e II BGB), por outro, é a assunção cumulativa de dívida bem mais perigosa por não aproveitar ao assuntor, para além do (supletivo) benefício da excussão prévia, ainda o regime do § 768/I (excepções oponíveis pelo fiador), bem como o do § 770 (excepção da compensabilidade e de impugnabilidade).” ³²⁵.

Concluindo ainda que:

“Pesando as perigosidades respectivas, conclui Medicus que o assuntor não é menos merecedor de protecção face à sua própria precipitação (Übereilungsschutz) do que aquela que o fiador tem na exigência de forma escrita da sua declaração (§ 766 BGB), razão pela qual é necessário prestar particular atenção à delimitação entre assunção liberatória a fiança.” ³²⁶.

excussão, porque o fiador responde por uma dívida de outrem, enquanto o novo devedor, no caso de co-assunção, responde por uma dívida sua.” – SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *ob. cit.*, pág. 193.

³²³ E neste sentido, explica Januário Costa Gomes, ser o BGB ainda mais “*avaro*” que o nosso Código Civil – GOMES, Manuel Januário Costa, *ob. cit.*, pág. 273, nota de rodapé (504).

³²⁴ Neste sentido:

“A fiança é, sob certo aspecto, mais perigosa, porque as pessoas podem levianamente responsabilizar-se por uma dívida alheia, persuadidas de que o devedor não deixará de cumprir, ao passo que a assunção ou co-assunção da dívida chama vivamente a atenção do obrigado, que assume sobre si a dívida alheia, integrando-a desde logo no passivo do seu património.” – LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, *ob. cit.*, Vol. I, pág. 612.

³²⁵ GOMES, Manuel Januário Costa, *ob. cit.*, pág.274.

³²⁶ GOMES, Manuel Januário Costa, *ob. cit.*, pág.275.

Vejam, no entanto, que em Portugal a formalidade exigida para a fiança não foi transposta exactamente nos mesmos termos do BGB, como mais à frente iremos abordar.

Ora, considerando esta perigosa proximidade, muitas vezes as partes perante um contrato não expressam com clareza suficiente a figura que pretendem “acolher”.

Deste modo, e de forma a superar estas inexactidões e incertezas, a doutrina recorreu a um critério para aferir o que as partes verdadeiramente pretenderam, critério intimamente relacionado com a finalidade subjacente: o **critério delimitativo de natureza económica** (*ein wirtschaftliches Abgrenzungskriterium*).

Vejamos.

Comecemos, antes de mais, por referir que a doutrina alemã não é consensual quanto à delimitação de entre estes dois institutos reforçativos. Por um lado, surge uma ala mais tradicional (e minoritária também) da doutrina germânica, encabeçada por Medicus, para quem a diferença entre figuras se traduz somente na “fórmula” já enunciada:

“(...) o fiador promete responder por uma dívida alheia, enquanto o assuntor assume uma obrigação própria.”³²⁷ (sublinhado nosso).

No entanto, repare-se que estamos a falar de partes, muitas vezes inexperientes na área jurídica, as quais, não estando assessoradas por profissionais técnicos da área, nem sempre têm a noção (muito menos o conhecimento) deste critério³²⁸.

Assim, e por este motivo, encontramos junto da doutrina alemã uma ala oposta, cuja corrente é significativamente maioritária, que traçou um critério delimitativo da diferenciação entre os dois institutos: o critério delimitativo de natureza económica (*ein wirtschaftliches Abgrenzungskriterium*)³²⁹.

³²⁷ GOMES, Manuel Januário Costa, *ob. cit.*, pág. 275.

³²⁸ Neste sentido, Von Tuhr, citado por Vaz Serra:

“Nem sempre é fácil deslindar estas duas modalidades contratuais [fiança e co-assunção], pois as partes não costumam penetrar no sentido desta distinção jurídica.” – SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *ob. cit.*, pág. 192, nota de rodapé (1).

³²⁹ A razão da determinação deste critério, conforme nos explica Januário Costa Gomes, interpretando a posição desenvolvida por Larenz, situa-se, novamente, no fim/escopo das duas figuras reforçativas.

Explica Larenz que, à partida, o “meio normal” para um reforço das perspectivas do credor para a recuperação do seu crédito é, efectivamente, por meio da constituição de fiança. No entanto, reconhecendo que o mesmo fim pode ser alcançável por meio de uma assunção cumulativa de dívida, considera o autor supra que em situações em que uma assunção cumulativa de dívida não tiver sido expressamente acordada e, portanto, houverem dúvidas na qualificação desta relação (se fiança, se assunção cumulativa de dívida), dever-se-á recorrer ao critério do efectivo interesse (próprio e directo) do garante na relação obrigacional (*ein eigenes*

Este critério institui o seguinte: se estiver em causa um **interesse próprio e imediato** do garante, deve entender-se que pretenderam as partes estabelecer uma assunção cumulativa de dívida, daí que “*o assunto não precise da especial protecção facultada pelo § 766 f. 1 BGB, que exige a forma escrita para a declaração do fiador*”³³⁰, por precisamente o seu interesse (próprio e imediato) ser fundamento para a dispensa de forma escrita³³¹.

Para melhor compreensão, enquadremos aqui o exemplo mais típico, dado pela doutrina alemã e posteriormente adoptado pela doutrina nacional para explicar a diferenciação existente entre os institutos:

“(...) a mulher do arrendatário, no intuito de evitar a acção de despejo, promete pagar as rendas em dívida, nem sempre será fácil precisar, em face dos termos das declarações trocadas entre os interessados, se ela quis somente afiançar a dívida do

sachliches Interesse). Explica ainda o autor que na falta deste interesse (próprio e directo) e não existindo quaisquer outro(s) fundamento(s) que permita(m) concluir pela existência de uma assunção cumulativa de dívida, deve ser a figura tratada enquanto fiança e, por isso, sujeita à forma escrita, por força do disposto no § 766 do BGB e excluindo qualquer possibilidade ilógica de conversão. – GOMES, Manuel Januário Costa, *ob. cit.*, pág. 276.

Em igual sentido Esser/Schmidt, acompanhando processo que correu os seus termos junto do Tribunal de Justiça Federal da Alemanha (BGH), tendo sido proferida sentença que refere o seguinte:

“Selbst wenn aber Zweifel an dieser Auslegung möglich wären, könnte nur Bürgschaft angenommen werden (...)” (nossa tradução: “*Mas mesmo que dúvidas sobre esta interpretação fossem possíveis, apenas uma garantia poderia ser aceite (...)*”) – GOMES, Manuel Januário Costa, *ob. cit.*, pág. 276, nota de rodapé (521).

³³⁰ GOMES, Manuel Januário Costa, *ob. cit.*, pág. 275-276.

Assim decorre do § 766 do BGB, que exige para a fiança forma escrita. No entanto, em Portugal tal exigência não foi transposta como mais à frente iremos abordar [*vide* pág. 153, nota de rodapé (357)].

Mas, ainda quanto a esta exigência de forma, quer em Portugal como igualmente na Alemanha, não é, todavia, exigida qualquer formalidade escrita para a assunção (cumulativa) de dívida, ausência esta com a qual já afirmarmos que, pelo menos por iniciativa das partes, deveria haver por acreditamos que as partes outorgantes vêm sempre os seus direitos melhor acautelados com os termos e condições “preto no branco” se o fizerem (*vide* pág. 63).

No entanto, tal não significa que, mesmo que ocorresse esta exigência quanto à forma, tal bastaria para se delimitar a distinção entre fiança e assunção cumulativa de dívida, mas, certamente, seria um elemento de auxílio.

³³¹ GOMES, Manuel Januário Costa, *ob. cit.*, pág. 276.

*inquilino ou pretendeu mesmo constituir-se, perante o senhorio, na posição de devedora das rendas em atraso.”*³³².

Neste exemplo, bem como no exemplo supra extraído por Mota Pinto (do credor hipotecário), segundo o critério delineado por esta ala maioritária, o garante apenas se associa por ter um *“interesse real (objectivo) próprio na relação obrigacional (...) e não apenas um interesse pessoal em ajudar o devedor.”*³³³, conforme, à partida, ocorre numa fiança.

Assim, no exemplo supra, e tendo apenas por base este critério de natureza pessoal, o qual, no final de contas visa a finalidade subjacente ao contrato (a (in)existência de um interesse próprio e directo do garante), a mulher do arrendatário é, à partida, uma devedora solidária, como resultado de uma assunção cumulativa de dívida, pois a sua única motivação para se associar a esta relação obrigacional foi *“impedir o despejo”*³³⁴.

Nos trabalhos preparatórios à reforma do nosso Código Civil, Vaz Serra foi influenciado precisamente por esta ala maioritária da doutrina alemã, propondo que a distinção entre os dois institutos tivesse em conta o critério supra:

*“Quanto a saber como distinguir praticamente a fiança da co-assunção, parece admitir o critério da opinião dominante, referida: há, na dívida, co-assunção quando o novo devedor tiver interesse real na obrigação, e não somente interesse pessoal em ajudar o devedor.”*³³⁵.

Bem assim é, que em anotações a acórdão do nosso Supremo Tribunal de Justiça afirma veemente a sua posição neste sentido. Assim:

“O melhor critério de distinção parece ser o que já se indicou: se o novo devedor quer apenas ajudar o antigo devedor, não tendo um interesse próprio na obrigação que

³³² VARELA, João de Matos Antunes, *ob. cit.*, Vol. II, pág. 364.

³³³ Conforme referenciado por Antunes Varela e Januário Costa Gomes, referindo-se a Larenz e Esser/Schmidt – VARELA, João de Matos Antunes, *ob. cit.*, Vol. II, pág. 364; GOMES, Manuel Januário Costa, *ob. cit.*, pág. 276.

³³⁴ VARELA, João de Matos Antunes, *ob. cit.*, Vol. II, pág. 364.

³³⁵ SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *ob. cit.*, pág. 192, nota de rodapé (1).

contrai, o caso é de fiança; se, diversamente, assume a obrigação para a satisfação de um interesse próprio seu, o caso é de assunção cumulativa de dívida.” (nosso sublinhado) ³³⁶.

Cabe então tomar posição sobre o valor deste critério importado da doutrina e jurisprudência alemãs.

Entre nós, Januário Costa Gomes defende que a doutrina e jurisprudência germânicas “*estão longe de responder (ou tal vezes rectius: de poder responder) com clareza e a priori sobre a existência de critérios delimitativos seguros (...)*” ³³⁷, considerando que tais critérios [e não só o critério delimitativo de natureza económica, pois na falta deste, estabelece a doutrina demais fundamentos que permitam concluir pela (in)existência de uma assunção cumulativa de dívida)] resultam num conjunto de delimitações “disperso”. Neste sentido:

“É assim que Kohte, (...) aprecia o panorama, inventariando os seguintes critérios: a) egoísmo/utilidade própria da assunção cumulativa, por contraposição a altruísmo/utilidade alheia (Fremdnützigkeit) da fiança; b) perigosidade dos contratos; c) confiança na capacidade de cumprimento do primitivo devedor, que acontece tipicamente na fiança e falha tipicamente na assunção cumulativa; d) interesse do segundo devedor na extinção da obrigação, o que é um indicio de assunção; e) interesses económicos do segundo devedor.” ³³⁸.

Assim, não obstante o louvor que merece este critério inventariado pela doutrina alemã quanto à delimitação económica da figura (a (in)existência de um interesse próprio e directo do garante), considera Januário Costa Gomes, com o qual concordamos, que nem sempre este cumpre, por si só, a sua missão de forma certa, pois a existência de um interesse próprio e directo do garante não nos leva a com certeza absoluta para a delimitação da figura na exclusão da fiança. Como explica o autor, nem todas as fianças são livres de terem na sua componente um interesse próprio do fiador e, por isso, já não podem ser qualificadas enquanto tal.

³³⁶ SERRA, Adriano Vaz, Anotação do Supremo Tribunal de Justiça in *Revista de Legislação e Jurisprudência* 106, ano 1973-1974, n.º 3513, Coimbra: Coimbra Editora, 1974, pág. 376.

³³⁷ Referindo-se à ala maioritária da doutrina alemã que delimitou o critério de natureza económica e demais critérios (na falta deste último), ressaltando, assim, Januário Costa Gomes, *Medicus* que, independente de aceitação ou não da tese por si encabeçada, concluiu com precisão por um “*critério determinante da delimitação da Schulbeitritt face à fiança*” – GOMES, Manuel Januário Costa, *ob. cit.*, pág. 276-277.

³³⁸ GOMES, Manuel Januário Costa, *ob. cit.*, pág. 277, nota de rodapé (523).

Para melhor compreensão, exemplifica Januário Costa Gomes o típico caso da fiança *omnibus* ³³⁹, a qual, como bem sabemos, tem um nítido interesse próprio do fiador, pois independe da obrigação que se vier a constituir, o fiador tem o interesse (pessoal) em afiançá-la.

Mas não precisamos de entrar na senda das fianças *omnibus* para que possamos entender o alcance deste argumento. Veja-se mesmo na senda das obrigações já constituídas (contrariamente à fiança *omnibus*), nada impede o fiador que tenha um interesse próprio em prestá-la. Imagine-se os pais que se constituem fiadores do filho.

A existência de um interesse pessoal na relação obrigacional, como vemos, não caracteriza necessariamente num ou noutro sentido.

Conforme explica Januário Costa Gomes, a existência de um interesse económico (próprio e directo) deverá funcionar apenas como um indício ³⁴⁰, entre outros, e não mais do que isso. Assim:

³³⁹ Fiança *omnibus*, ou como é comumente denominada, fiança geral.

A fiança *omnibus* é “prestada para todas as obrigações, actuais ou futuras, do devedor principal nascentes de certos e determinados tipos ou características por ele desenvolvidas”, conforme explica João Calvão da Silva – SILVA, João Calvão da, *Estudos de Direito Comercial (Pareceres)*, Coimbra: Almedina, Janeiro de 1999, pág. 332-333, nota de rodapé (2).

Esta fiança pode abranger todas e quaisquer condições, actuais ou futuras, conforme regula o n.º 2 do artigo 628.º do nosso Código Civil.

O facto de a obrigação ser sujeita a condição ou, ainda, não tenha sequer ocorrido, sendo, portanto, futura, não obsta para a sua constituição. No entanto, para que seja válida tem que ser determinada ou determinável, nos termos e ao abrigo do disposto no artigo 280.º do nosso Código Civil, como por exemplo, “acontecerá se logo no momento da celebração do contrato de fiança vier indicado o título (ou títulos) donde as obrigações futuras poderão ou deverão resultar, ou pelo menos, saber-se como há-de ele ser determinado.” – João Calvão da Silva, apoiando-se em Vaz Serra e Pires de Lima e Antunes Varela – SILVA, João Calvão da, *ob. cit.*, pág. 332, nota de rodapé 2.

E, sobre a fiança *omnibus* e a sua validade, vide acórdão de uniformização de jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, de 23/01/2001, em processo que correu os seus termos sob o n.º 197/00.

³⁴⁰ E sobre isto, veja-se a posição de Reinicke/Tiedtke, que tem sido assumida pela jurisprudência alemã:

“A não “absolutização” do interesse próprio – sendo, assim, um critério de interpretação entre vários – tem sido assumida pela jurisprudência germânica; cf., v.g. Ss. BGH 19.9.85 (WM 1985, 1417) e OLG Hamm 10.2.93 (NJW 1993, 2625).” – GOMES, Manuel Januário Costa, *ob. cit.*, pág. 278, nota de rodapé (531).

Em igual sentido Larenz. – GOMES, Manuel Januário Costa, *ob. cit.*, pág. 276, nota de rodapé (517).

“(…) *um tal interesse próprio e directo do assuntor é um sinal (Anzeichen) entre vários, sendo as partes livres de escolher o caminho que querem tomar: apenas quando a interpretação dá lugar a dúvida, é que a existência de um tal interesse próprio do novo devedor pode representar um importante ponto de apoio (Anhaltspunkt), no sentido da caracterização da situação enquanto assunção cumulativa de dívida (...)*”³⁴¹ (nosso sublinhado).

Em igual sentido, Vaz Serra que, não obstante reconhecer o mérito do critério da opinião dominante, reconhece igualmente que o mesmo não pode ser encarado enquanto “prova de fogo” para aferição de uma ou outra figura. Assim:

“(…) *é razoável que a decisão sobre se, no caso concreto, há fiança ou co-assunção dependa da finalidade da convenção e das demais circunstâncias*.”³⁴² (nosso sublinhado).

Assim, também Ribeiro Faria que entende igualmente ser este critério do interesse económico (próprio e directo) apenas um mero indício quando dúvidas surjam sobre a interpretação da vontade das partes, devendo sempre ser conjugado com outros factores indiciários para determinação da vontade das partes. Assim:

“*Mas é óbvio que o critério aduzido não pode ser erigido de regra definitiva e terminante. Ele só pode ter a função que começamos, ao fim e ao cabo, por lhe dar – a de integrar todos os elementos que servem para determinar as declarações negociais*.”³⁴³.

E, ainda, igualmente no ordenamento jurídico espanhol:

“(…) *habrá que emplear los criterios hermenéuticos habituales, enderezados a hallar la voluntad común de esas partes (...). Entre los indicios que pueden ser tenidos en cuenta en esa labor ya recalamos la posible relevancia del interés propio del sujeto cuya condición se discute*.”³⁴⁴ (nosso sublinhado).

Cabe então tomar posição sobre o exposto.

³⁴¹ GOMES, Manuel Januário Costa, *ob. cit.*, pág. 278.

³⁴² SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *ob. cit.*, pág. 192, nota de rodapé (1).

³⁴³ FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de, *ob. cit.*, pág. 587.

³⁴⁴ GARRIDO, Tomás Rubio, *Fianza Solidária, Solidaridad de Deudores y Cofianza: en el Código Civil y nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Editorial Comares, 2002, pág. 222.

Parece-nos efectivamente precipitado recorrermos a um qualquer critério, seja este qual for, para interpretarmos a vontade das partes quanto à constituição ou de uma fiança ou de uma assunção cumulativa de dívida.

Apenas devemos recorrer a quaisquer critérios, quando ocorra, de forma nítida, uma qualificação duvidosa quanto à figura que as partes quiseram constituir e, conseqüentemente, quanto ao grau de responsabilização que quiserem tomar.

Neste sentido, refere Januário Costa Gomes que “*vale sobretudo (...) quando as partes não dominem a diferença entre os dois institutos, caso em que o teor do contrato não terá um papel decisivo.*”³⁴⁵.

Assim, existindo uma qualificação duvidosa, então, e apenas neste momento, dever-se-á recorrer ao critério institucionalizado pela doutrina e jurisprudências alemãs, aferindo a (in)existência de um interesse económico (próprio e directo) da pessoa que figura enquanto garante daquela relação obrigacional, todavia, desde que, sempre coadjuvado com outros elementos que resultem das declarações negociais, os quais, na sua totalidade, possam inferir para a correcta (ou mais aproximada possível) qualificação da figura que as partes quiseram constituir.

Neste sentido, Enneccerus-Lehmann:

“*La cuestión de si en el caso concreto se trata de fianza o de adhesión a la deuda, se resuelve no sólo a tenor de las palabras usadas, sino también conforme a las circunstancias en su conjunto, sobre todo según la finalidad del convenio.*” (sublinhado nosso)³⁴⁶.

Como vimos, a aplicação deste critério em “cru”, sem recurso a mais nenhum outro elemento, poder-nos-ia levar, sem sombra de dúvidas, a uma conclusão errada, como é o nítido caso da fiança *omnibus* (vide pág. 150).

No entanto, imaginemos que, mesmo após o recurso a este critério e demais elementos interpretativos da vontade das partes, se mantém a existência de dúvidas quanto à delimitação da figura em apreço. Como se delimitará a figura *in casu*?

³⁴⁵ GOMES, Manuel Januário Costa, *ob. cit.*, pág. 278-279.

³⁴⁶ ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin, revisto por LEHMANN, Henrich, *ob. cit.*, pág. 414-415.

Nesta senda, entende a maioria da doutrina e jurisprudência alemãs não restar então outra opção senão concluir pela constituição de uma fiança, visto “*ser a forma mais suave de responsabilidade*”³⁴⁷.

Neste sentido, Von Tuhr:

“(…) *se a obrigação assumida visa primordialmente reforçar o crédito, oferecendo ao credor uma garantia maior, dever-se-á entender que se trata do ato mais adequado para este fim – a fiança; em contrapartida, será de interpretar-se como assunção de dívida o negócio, quando o credor ofereça um pagamento ao novo obrigado por ter assumido a obrigação quando a intenção das partes seja que ele pague a dívida, ou quando ainda tenha*

³⁴⁷ Conforme a posição de Reinicke/Tiedtke, referidos por Januário Costa Gomes, os quais consideram (e bem do nosso ponto de vista) que, se assim não fosse e não se concluísse pela existência de uma fiança, não seria respeitado o disposto no § 766 do BGB, que prevê a exigência de forma escrita para a fiança. – GOMES, Manuel Januário Costa, *ob. cit.*, pág. 279, nota de rodapé (534).

No entanto, veja-se que em relação ao Código Civil português, não foi transposta exactamente a mesma formalidade do BGB, não se exigindo, para a fiança, a formalidade proposta por Vaz Serra, no seu anteprojecto, por inspiração do § 766 do BGB (conforme Pires de Lima e Antunes Varela – LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, *ob. cit.*, Vol. I, pág. 645), exigindo-se “apenas” que a vontade de afiançar seja expressa, tal como o disposto no artigo 1937.º do *Codice Civile* (conforme Pires de Lima e Antunes Varela – LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, *ob. cit.*, Vol. I, pág. 645), devendo, para tal, acompanhar a formalidade exigida para a obrigação principal.

Assim, dispõe o artigo 628.º, n.º 1:

“*A vontade de prestar fiança deve ser expressamente declarada pela forma exigida para a obrigação principal.*” (nosso sublinhado).

Em igual sentido:

“*A declaração da fiança necessita de revestir a forma exigida para a obrigação principal. Não vigora, para a fiança, a regra da liberdade de forma, mas sim, a da equiparação à obrigação principal. Necessário se afigura, em cada caso, determinar qual a obrigação principal, para se poder concluir pela observância, ou não da forma (...)*” – Conforme posição adoptada em acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 18/10/2018, em processo que correu os seus termos sob o n.º 3769/14.1T8GMR-A.G1.

Convenhamos, no entanto, que na prática (mesmo na senda do nosso ordenamento jurídico) enquanto garantia pessoal que é, é a fiança a esmagadora maioria das vezes associada a um contrato que tem, por si mesmo, uma exigência de forma escrita, como é v.g. o caso mais comum, o contrato de mútuo, o qual por força do disposto no artigo 1143.º, exige forma escrita.

um interesse próprio, conhecido do credor, na execução do contrato.” (nosso sublinhado)

348

Ora, mas considerando esta azáfama de qual a figura jurídica mais suave ou menos melindrosa ao nível das responsabilidades, julgamos essencial antes de tomarmos qualquer posição, vermos de forma abreviada, alguns aspectos delineados pela doutrina como zonas de distinção entre os dois institutos jurídicos. Vejamos:

- (i) os meios de defesa:
 - a. enquanto que, na senda de uma fiança, pode o fiador opor ao credor todas as excepções oponíveis pelo devedor, ressalvando as excepções por incapacidade, por força do disposto no artigo 637.º, n.º 1 do nosso Código Civil;
 - b. contrariamente, na senda de uma assunção (cumulativa) de dívida, é inoponível ao credor por parte do assuntor todos os meios de defesa pessoais do primitivo devedor e, também, aqueles derivados de factos posteriores à própria assunção (cumulativa) de dívida e, acima de tudo, não pode opor o assuntor invocar a aplicação do instituto de compensação ao credor, por força do artigo 598.º do Código Civil, ainda que esta tenha sido verificada antes da constituição da assunção de dívida (*vide* pág. 50).
- (ii) a responsabilidade:
 - a. ao ser interpelado para o cumprimento da obrigação, o fiador responde por uma dívida de *outrem* e, por força do princípio da subsidiariedade, à partida, apenas responderá se o devedor não o fizer;
 - b. ao ser interpelado para o cumprimento da obrigação, o assuntor responde por uma dívida *própria*, assumindo-a como se tivesse sido ele próprio a constituí-la, integrando-a, assim, como sua. Assim:

“(…) *integrando-a desde logo no passivo do seu património* (...)”³⁴⁹.
- (iii) a forma:

³⁴⁸ Conforme nos explica Roldão de Freitas Gomes, interpretando a posição adoptada por Von Tuhr – GOMES, Luís Roldão de Freitas, *ob. cit.*, pág. 161.

Isto porque, efectivamente, ser, conforme já defendia Larenz, o meio mais adequado para tal [*vide* pág. 144, nota de rodapé (326)].

³⁴⁹ LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, *ob. cit.*, Vol. I, pág. 612.

Veja-se que, em Portugal, neste aspecto, apesar de nem para a fiança, nem para a assunção (cumulativa) de dívida resultar nenhuma obrigação quanto à exigência de forma escrita, abre-se uma fronteira bem definida quanto à consensualização em relação ao disposto ao artigo 219.º do nosso Código Civil. Veja-se:

- a. a fiança, no nosso ordenamento jurídico, não está, como se viu, sujeita a forma escrita. No entanto, e por não encontrar se consonância com a regra da liberdade de forma, é-lhe exigível que acompanhe a forma exigida para a obrigação principal [*vide* pág. 153, nota de rodapé (347)];
- b. contrariamente, assunção (cumulativa) de dívida não exige nenhuma formalidade escrita, regendo-se, conforme já referenciado, pela regra da liberdade de forma, nos termos e ao abrigo do disposto no artigo 219.º do nosso Código Civil, podendo, inclusivamente, ser provada por meio de prova testemunhal, não obstante já termos demonstrado as nossas ressalvas quanto ao mesmo [*vide* pág. 63 e seguintes e pág. 147, nota de rodapé (330)].

(iv) os efeitos:

- a. uma vez acompanhar a fiança o conteúdo variável da obrigação principal, por força do artigo 634.º do nosso Código Civil, esta “*cobre as consequências legais e contratuais da mora ou culpa do devedor*”;

Nas palavras de Ribeiro Faria:

“(…) o fiador responde pelo cumprimento pontual, logo responde pelos juros de mora, como responde pela indenização por impossibilidade culposa (do devedor) (…)”³⁵⁰ (nosso sublinhado);

- b. na assunção cumulativa de dívida o assuntor responde apenas pelo conteúdo da obrigação no momento da assunção, ressalvando, evidentemente, todas as formas de extinção total ou parcial levadas a cabo pelo primitivo devedor. Assim:

“O assuntor não responde, portanto, pelos danos moratórios imputáveis ao primitivo devedor, sendo a mora posterior à assunção, ao passo que

³⁵⁰ FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de, *ob. cit.*, pág. 585.

*o fiador responde pelas consequências (legais e contratuais) da mora, posterior à prestação de fiança.”*³⁵¹.

(v) a natureza jurídica:

E, também ainda ao nível da natureza jurídica ocorre uma, suposta, equidistância entre os dois institutos jurídicos se se considerar ser a assunção (cumulativa) de dívida um negócio jurídico abstracto (o que não consideramos, conforme posição que referimos – *vide* pág. 54-55), dado que, por força do princípio da acessoriedade a fiança encontra-se estritamente ligada à obrigação que visa garantir, pelo que, se encontra dependente da sua existência, validade e eficácia; contrariamente, e para quem entenda ser a assunção (cumulativa) de dívida um negócio jurídico abstracto, então esta subsiste independentemente da existência ou validade da sua causa, formando-se, assim, mais uma diferença entre ambos os institutos (*vide* pág. 51 e seguintes).

São estes alguns dos pontos que têm vindo a ser delineados pela doutrina como fronteiras erguidas entre as duas figuras jurídicas.

Ora, assim, e, não obstante conseguirmos desenhar este (aparente) quadro de diferenças entre ambos os institutos, não se pode, contudo, ignorar a dificuldade prática da diferenciação dos mesmos.

Assim, e de forma a tentar tornar menos árdua a delimitação entre figuras, atendeu a doutrina e jurisprudência alemãs à associação de algumas situações-tipo, na sequência de “*soluções estabelecidas para casos concretos*”³⁵². Vejamos então quais estas situações-tipo:

(i) se, no momento da constituição da dita garantia, quer o garante, quer o credor, tiverem a plena consciência de que o devedor não tem condições de pagar no regresso (*zurückzahlen*), caso o garante seja interpelado e cumpra a obrigação, então têm a doutrina e jurisprudência entendido que as partes quiseram constituir uma assunção cumulativa de dívida, pois, se quer o credor, quer o garante, estavam conscientes da situação de dita impossibilidade de cumprimento do regresso por parte do devedor no momento da constituição da garantia (não operando, assim, uma das

³⁵¹ LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, *ob. cit.*, Vol. I, pág. 365.

³⁵² GOMES, Manuel Januário Costa, *ob. cit.*, pág. 279-280.

características mais essenciais à fiança, a sub-rogação, por força do disposto nos artigos 644.º e 524.º, ambos do nosso Código Civil), então quis o garante assumir a dívida *como própria*, não ficando sub-rogado nos direitos do credor.

Ora, tomemos então posição sobre a situação-tipo exposta.

Entende-se, efectivamente, que este conhecimento prévio da situação económica do devedor, quer por parte do credor, mas acima de tudo, por parte do garante, seja um indício bastante forte para se tender ao enquadramento da figura numa assunção cumulativa de dívida.

No entanto, entendemos rebuscado basear toda esta aferição, única e exclusivamente, sobre este argumento que, facilmente, é desconstruído, conforme nos explica Januário Costa Gomes e com o qual concordamos. Veja-se que, conforme explica autor Januário Costa Gomes, poderá perfeitamente o garante ter consciência da vulnerável situação económica do devedor no momento da constituição da garantia, mas, não obstante, tenha a “*esperança na modificação da situação económica do devedor principal*”, acrescentando ainda que nada justifica que “*a mera perspectiva (prognose) de o assunto não poder satisfazer-se, a final, pelo devedor, atente a sua impotência económica, há-de determinar, o imediato pioramento da sua posição debitória.*”³⁵³.

- (ii) uma segunda situação-tipo que, para nós, tem especial relevância, ocorre quando o contrato enquanto assunção cumulativa de dívida ou fiança resultar da elaboração por parte de um profissional técnico da área jurídica, como é o nítido caso do advogado, ou quando, inclusivamente, a elaboração deste contrato resulte, ainda, por parte de um comerciante experiente.

Como bem sabemos e como já anteriormente referimos, na esmagadora maioria das vezes, as partes não têm conhecimentos científicos da área jurídica, daí frequentemente resultar incertezas e inexactidões quanto à figura que quiseram “acolher” por, infelizmente, muitas vezes entenderem terem competências técnicas e científicas de um profissional da área (com certeza, já todos ouvimos a expressão do género “ir ao advogado para quê?”).

³⁵³ GOMES, Manuel Januário Costa, *ob. cit.*, pág. 279.

Ora, nestas situações e precisamente para evitar esta atmosfera dúbida e melindrosa, parece-nos no mínimo cauteloso e de bom senso (principalmente no tocante ao indivíduo que irá encabeçar a qualidade de garante desta relação obrigacional, pois, efectivamente é quem terá mais a perder), assessorem-se as partes de profissionais técnicos da área jurídica, como o advogado ³⁵⁴, para melhor acautelar os seus interesses e direitos.

No mesmo sentido, entende Januário Costa Gomes, dever-se acompanhar esta situação-tipo, não devendo, à partida, resultar dúvidas quanto à figura em apreço na declaração/contrato elaborado por estes comerciantes experientes ou advogados, casos em que é “*em princípio, de atribuir à declaração o sentido que flui do documento.*” ³⁵⁵.

- (iii) por fim, a doutrina e jurisprudência dão conta de uma terceira situação-tipo, que retracta a possibilidade conferida ao credor de exigir do garante uma indemnização moratória, resultante do incumprimento do devedor, indemnização esta a que está adstrito o fiador, mas não o assuntor, por força no § 767/1 e no §425, ambos do BGB (correspondes ao nosso artigo 634.º do Código Civil português – *vide* pág. 155).

Ora, de relembrar apenas que esta situação-tipo foi uma das enquadradas por parte da doutrina enquanto ponto de diferenciação entre as figuras. Assim, foi essencialmente apontada por Reinicke/Tiedtke, situação que, diga-se desde, já, causa alguma estranheza, conforme nos explica Januário Costa Gomes. Vejamos:

Anteriormente já referimos que Reinicke/Tiedtke, entendiam ser a fiança “*a forma mais suave de responsabilidade*” [*vide* pág. 153, nota de rodapé (347)] e que, portanto, na dúvida e não restando quaisquer outros critérios indiciários

³⁵⁴ Como sabemos, um advogado é um profissional técnico da área, não lhe sendo exigível a diligência do homem médio, por, precisamente, se tratar de profissional de uma área técnica e específica, devendo estar perfeitamente munido e consciente das suas “*legis artis*”. Neste sentido:

“*Ao mandatário forense não é apenas exigida a diligência do homem médio (...) tendo em atenção tratar-se de um profissional a quem é imposto muito maior rigor na investigação, actualização, adequação e aplicação dos conhecimentos da sua especialidade.*” – Conforme posição adoptada em acórdão do Supremo Tribunal de Justiça em processo, de 29/04/2010, que correu os seus termos sob o n.º 2622/07.0TBPNF.P1.S1.

³⁵⁵ GOMES, Manuel Januário Costa, *ob. cit.*, pág. 279.

da delimitação da figura em apreço, dever-se-ia concluir que as partes quiseram constituir uma fiança.

Ora, até aqui, entendemos o raciocínio. Mas, o que não pode acontecer é cair-se no risco de não se ser coerente, o que, efectivamente, aqui acontece, com o devido respeito pelos autores supra.

Numa linha de raciocínio coerente, se Reinicke/Tiedtke entendem ser a fiança a forma mais suave de responsabilidade, e que, portanto, na dúvida dever-se-á atender a esta, neste momento e perante o facto de poder ao fiador ser exigível uma indemnização moratória, resultante do incumprimento do devedor, contrariamente ao assuntor, por força do § 767/1 e §425, ambos do BGB (correspondente ao artigo 634.º do Código Civil português), então, por uma questão de coerência, deveriam os autores concluir que esta indemnização constituiria uma excepção à regra à tal forma mais suave de responsabilidade que entendem ser a fiança (face à assunção cumulativa de dívida).

No entanto, e como explica e traduz Januário Costa Gomes, Reinicke/Tiedtke entendem “*que o co-responsável “receberia pedras em vez de pão” (erhielte Steine statt Brot) se tivesse que responder pelos danos moratórios (...)*”³⁵⁶, devendo por isso, na perspectiva destes autores, deixar o garante responder enquanto fiador, mas não devendo responder mais do que um assuntor, ou seja, na pratica não responderia por tais danos indemnizatórios, tal como se um assuntor se tratasse.

Como dissemos, se os autores supra entendem ser a fiança é a forma mais suave de responsabilidade face à assunção cumulativa de dívida, então neste momento, e seguindo esta lógica de raciocínio, deveriam acarretar com este único aspecto “menos suave”.

Nas exemplificativas palavras de Januário Costa Gomes:

“*A estranheza que manifestamos relativamente a esta situação-tipo (se o é), decorre não só do facto de Reinicke/Tiedtke pretenderem, a um tempo, passe a expressão “sol na eira e chuva no nabal”(...)*”, criticando, ainda, que a integração da figura em apreço numa ou noutra figura jurídica deve fazer-se “*não em função da evolução da situação debitória e da atitude do credor*

³⁵⁶ GOMES, Manuel Januário Costa, *ob. cit.*, pág. 280.

*face ao (segundo) devedor, mas em atenção ao momento da assunção de responsabilidade. Não faz sentido que o fiador possa “converter” a fiança em assunção cumulativa de dívida em função da evolução da situação (...)*³⁵⁷.

Efectivamente, concordamos com a posição crítica adoptada por Januário Costa Gomes, questionando, efectivamente, se se poderá sequer qualificar esta solução enquanto situação-tipo.

Ou bem que o garante responde como fiador, correndo, portanto, o risco de responder pelo incumprimento do devedor, havendo lugar a indemnização moratória pela “*mora ou culpa do devedor*”, por força do disposto no artigo 634.º do nosso Código Civil (corresponde ao § 767/1 e §425, ambos do BGB); ou entende-se que na dúvida dever-se-á concluir pela assunção cumulativa de dívida e, deste modo, não há então lugar a esta indemnização.

O que, certamente, não pode ocorrer é esta “conversão” proposta por Reinicke/Tiedtke, como melhor aprouver ao garante.

Assim, e em conclusão ao que foi sendo dito ao longo desta delimitação entre estas duas figuras jurídicas, vê-se claramente que a dificuldade prática desta diferenciação não é facilmente ultrapassável, mesmo com recurso a diversos critérios indiciários.

É o que é, e tal como a própria palavra indica, são meros indícios, podendo, inclusivamente, correr o risco de após diversas aferições, concluirmos pela figura errada. Cada caso é um caso.

É uma árdua tarefa e carrega um peso demasiado pesado, pois a conclusão por uma ou outra figura determina diferentes graus e intensidades de responsabilidade.

Antunes Varela explica que a fiança “*Tem também bastantes afinidades com a assunção de dívidas, no aspecto funcional (...) São de tal modo próximas nesse aspecto que na prática se torna por vezes extremamente difícil saber se o terceiro quis, na verdade, chamar a si a obrigação que recai sobre o devedor ou pretendeu apenas afiançar o devedor, responsabilizando-se acessória e subsidiariamente pelo cumprimento*”³⁵⁸.

³⁵⁷ GOMES, Manuel Januário Costa, *ob. cit.*, pág. 280.

³⁵⁸ VARELA, João de Matos Antunes, *ob. cit. Vol. II*, pág. 364.

Neste sentido, e mais uma vez, como concluir por uma ou outra figura jurídica *in casu*?

Cabe então tomarmos posição sobre os critérios delimitativos entre as duas figuras jurídicas.

Revejamos os pontos acima expostos, delineados pela doutrina como zonas de distinção entre os dois institutos:

(i) O interesse próprio do garante

Até agora concluímos que, o critério da delimitação económica (de um interesse próprio e directo do garante) é um “*puro critério heurístico*”³⁵⁹, ou seja, que só pode ser erigido em conjunto com demais elementos, que, no final, indiciem pela conclusão de uma ou outra figura.

Nas palavras de Ribeiro Faria quanto ao critério supra:

“(…) *não pode ser erigido em regra definitiva e terminante. Ele só pode ter a função que começamos, ao fim e ao cabo, por lhe dar – a de integrar todos os elementos que servem para determinar as declarações negociais.*”³⁶⁰.

No entanto, critério que ainda não demos como certo, ou, aliás, demos demasiado como ponto assente, sem questionarmos a sua essência (como se de um dogma se tratasse), é o facto de a maior parte da doutrina identificar, de forma imediata, ser uma das diferenças fundamentais o facto de o assuntor responder por dívida *sua* enquanto o fiador responde por uma dívida de *outrem*. Neste sentido, diversos autores como Vaz Serra, Antunes Varela e Pires de Lima, Medicus, Enneccerus-Lehmann...

Ora, efectivamente, é inegável que o assuntor tenha assumido a dívida como *sua* e o fiador queira “apenas” garantir uma dívida de *outrem*³⁶¹ de forma acessória e, à partida,

³⁵⁹ GOMES, Manuel Januário Costa, *ob. cit.*, pág. 281.

³⁶⁰ FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de, *ob. cit.*, pág. 587.

³⁶¹ Veja-se, no entanto que, apesar de efectivamente, o fiador (contrariamente ao assuntor) não assumir a obrigação enquanto *sua*, não obstante, assume o vínculo de cumprir com a obrigação de *outrem*. A fiança, distingue-se, igualmente, da assunção cumulativa de dívida, por esta última surgir numa fase intermédia, através da intervenção do garante (assuntor) numa relação pré-existente. Assim:

subsidiária, respondendo “apenas” em caso de incumprimento do devedor pois, não descuremos, no final de contas a dívida é deste.

Mas veja-se que, tal como defende Januário Costa Gomes, isto não é propriamente um critério delimitativo das figuras jurídicas em causa, muito menos o critério.

Evidentemente não se pode pôr em causa o facto de o assuntor assumir a dívida como *sua*, mas, veja-se, no entanto, que esta operação é uma mera “constatação evidente”³⁶², pois a dívida do assuntor só passa a ser *própria* a partir do momento da assunção. Deixemos passar a expressão, é a típica verdade de *la palice*.

Para além do mais, nada impede uma assunção fidejussória por uma dívida “própria” e uma assunção cumulativa de dívida seja efectivada por uma dívida “alheia”.

Assim:

*“O ser “própria” ou “alheia” é, para além de erróneo – já que a dívida passa a ser sempre própria após a assunção, seja ela cumulativa ou fidejussória – o quod est demonstrandum.”*³⁶³.

(ii) O fim/função

Em segundo lugar, entendemos igualmente ser de rejeitar, e desta vez por completo, o argumento desenvolvido com base na discrepância do fim ou função visada por cada uma destas figuras.

Começámos precisamente por referir que tem especial relevância para o nosso estudo, procedermos à distinção entre uma vera e própria assunção cumulativa de dívida, *tout court*, e a assunção cumulativa na sua verdadeira “essência”, a assunção cumulativa de dívida em garantia.

“A obrigação do fiador destina-se a dar a este a segurança de que realizará o seu direito, não significando isso que a obrigação do fiador seja uma obrigação “de resultado”, nem que ela se enquadre num dare ou nu facere. A obrigação do fiador tem como prestação o cumprimento da dívida do devedor principal, sendo assim, caracterizada por um cumprimento debitório (a prestação).” – SERRA, Adriano Vaz, Anotação do Supremo Tribunal de Justiça in *Revista de Legislação e Jurisprudência* 106, ob. cit., pág. 374.

³⁶² GOMES, Manuel Januário Costa, ob. cit., pág. 281.

³⁶³ GOMES, Manuel Januário Costa, ob. cit., pág. 281.

É nesta linha de pensamento que pretendemos identificar a amplitude desta assunção cumulativa de dívida que visa fins de garantia e, no nosso entender, é uma “*forma velada de garantia*”.

Ora, não obstante reconhecermos que uma relação fidejussória de dívida não é equiparável à realidade existente numa relação cumulativa de dívida, não podemos, no entanto, aceitar que o fim mais imediato de uma assunção cumulativa de dívida se diferencie do fim visado por uma fiança. Ambas visam reforçar a perspectiva do credor na recuperação do seu crédito, distinguindo-se, no entanto, no modo de responsabilização do garante de cada relação ³⁶⁴. Na esmagadora maioria das vezes, é precisamente esta a causa por que as partes constituem uma assunção cumulativa de dívida.

Acabámos de admitir precisamente que uma assunção cumulativa de dívida visa, na sua forma mais imediata, fins de garantia. Aliás, é precisamente por este motivo que existe esta difícil delimitação entre as figuras.

Assim:

“Appare chiaro che la funzione che comunemente viene assegnata a quest’ ultima figura – di attuare cioè “un allargamento del potere di agressione del creditore”, ovvero di “porre un nuovo debitore accanto a quello principale” – non risulta idonea ad assegnare alla fideiussione un posto, nel nostro ordinamento, che valga a differenziarla de altre figure analoghe: ben può, infatti, la medesima funzione ravvisarsi in diverse figure.” ³⁶⁵ (nosso sublinhado).

(iii) A natureza jurídica

Em terceiro lugar, outro aspecto invocado pela maioria da doutrina como elemento de distinção entre as duas figuras é a acessoriedade da fiança em relação à autonomia da assunção cumulativa de dívida. Assim, nas palavras de Pires de Lima e Antunes Varela:

³⁶⁴ Enquanto fiador desempenha uma função distinta da do devedor assegurando “apenas” a realização do pagamento; o assuntor desempenha uma função idêntica.

³⁶⁵ Conforme citação feita por Januário Costa Gomes da posição de Di Sabato, na sua obra *Fideiussione e negozi di assunzione del debito altrui* – GOMES, Manuel Januário Costa, *ob. cit.*, pág. 281, nota de rodapé (543).

“A acessoriedade é, assim, uma característica essencial da fiança, que logo nos permite distinguir entre esta e a assunção de dívida, a que se refere o artigo 595.º.”³⁶⁶.

Ora, com o devido respeito pelos autores supra, elevar o este argumento a critério delimitativo entre as duas figuras jurídicas em causa, parece-nos excessivo. Veja-se:

Entende-se, efectivamente, que à primeira vista se confundam os conceitos de autonomia e acessoriedade e, por isto, se utilizar como critério delimitativo entre figuras a autonomia da assunção cumulativa de dívida *versus* a acessoriedade típica da fiança.

Efectivamente, e como vimos, o princípio da acessoriedade é essencial à qualificação de uma relação fidejussória de dívida. Como inclusivamente referimos a acessoriedade é *conditio sine qua non* da fiança. Na prática, o fiador só responde perante um cenário de incumprimento por parte do devedor. Daí a acessoriedade. A sua obrigação está *dependente*, ou seja, é *acessória*, da obrigação principal.

Contrariamente, na senda de uma assunção cumulativa de dívida em garantia, a obrigação gerada por esta adjunção não está dependente do decurso da obrigação originária por parte do primitivo devedor e, naturalmente, do seu, eventual, incumprimento. Há a constituição de uma obrigação paralela à obrigação inicial, esta, agora, também a cargo do assuntor, podendo, por este motivo, o credor demandar qualquer dos seus condevedores, indistintamente, para o cumprimento da obrigação.

Neste sentido:

“Uma assunção de dívida (artigo 595º, nº 1 do CC), sem declaração expressa do credor de exoneração do primitivo devedor (artigo 595º, nº 2 do CC), traduz uma assunção cumulativa ou imperfeita, conduzindo à constituição, paralelamente à obrigação inicial, de uma nova obrigação a cargo do assuntor, autónoma da primitiva e exigível paralelamente a qualquer dos devedores (ao primeiro devedor e ao segundo devedor, assuntor).” (nosso sublinhado)³⁶⁷.

Ora, mas esta autonomia da obrigação na senda de uma assunção cumulativa de dívida em garantia não a qualifica enquanto elemento criterioso da delimitação das situações

³⁶⁶ LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, *ob. cit.*, Vol. I, pág. 644.

³⁶⁷ Conforme posição adoptada em acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 24/05/2011, em processo que correu os seus termos sob o n.º 797/10.0TBCNT-A.C1.

cinzentas entre as duas figuras, pois esta autonomia, típica da assunção cumulativa de dívida, não a isenta, totalmente, de ser acessória. Se não, veja-se:

A assunção cumulativa de dívida em garantia, consigna, precisamente, o fim de garantir algo, o negócio base, daí, considerarmos, na nossa perspectiva, que será sempre um negócio jurídico causal (*vide* pág. 54-55, em especial, a posição de Pires de Lima e Antunes Varela – pág. 55).

A assunção cumulativa de dívida em garantia, tem, como o próprio nome indica, o escopo de reforçar, garantir o negócio subjacente.

No entanto, veja-se que, não obstante ser esta obrigação assumptiva autónoma, pelos motivos supra, tem igualmente notas, ainda que de forma subtil, de dependência, isto é, de acessoriedade, pois, precisamente devido a esta sua natureza causal (a sua função de garantir algo – reforçar as perspectivas de recuperação de crédito do credor), se o devedor originário cumprir a obrigação *in casu*, neste momento “cai por terra” qualquer justificação para a manutenção da própria garantia (assunção). O seu motivo desaparece.

Conforme nos explica Januário Costa Gomes, nestes casos de figuras que são tipicamente autónomas, como é o nítido caso *v.g.* da garantia autónoma bancária *on first demand* e, ainda que de forma menos notória, mas nem por isso se deixa de enquadrar, o caso da assunção cumulativa de dívida em garantia “há que questionar é o grau de dependência”³⁶⁸ das mesmas.

À primeira vista parece-nos quase absurda tal ideia, mas, efectivamente, absurda é a ideia de manutenção de uma garantia, cujo nascimento é precisamente *garantir algo*, e que subsista mesmo depois da sua causa se extinguir.

Conforme explica Januário Costa Gomes:

“*A ver bem, outras manifestações de acessoriedade na fiança ou pelo menos algumas outras (maxime a extintiva) não deixam de ter expressão noutras garantias tidas como não acessórias, v.g. na própria assunção cumulativa em garantia (...)*”³⁶⁹.

Esta acessoriedade (extintiva restritiva) está então directamente relacionada com a causalidade, pois se o contrato que originou o surgimento da assunção cumulativa de dívida

³⁶⁸ GOMES, Manuel Januário Costa, *ob. cit.*, pág. 115-116.

³⁶⁹ GOMES, Manuel Januário Costa, *ob. cit.*, pág. 115-116.

(em garantia) se extingue, é nítido que existe aqui uma causa associada a esta garantia – o seu escopo de proteger.

É de se afirmar que se denota um ligeiro grau de acessoriedade, ainda que extintiva, o que, para alguma corrente doutrinária melindra o próprio conceito de autonomia.

No entanto, verdade absoluta é que se a relação base foi extinta, pelo cumprimento por parte do primitivo devedor, não faz sentido absolutamente nenhum que tal garantia (assunção cumulativa de dívida) subsista por si só.

Não podemos cair em erro, tal como esta ala doutrinária, de quereremos ser “mais papistas que o Papa”, e levarmos como axioma a afirmação de que se se configura enquanto figura autónoma nunca poderá ser acessória.

Como acabámos de demonstrar, a assunção cumulativa de dívida (em garantia) é autónoma e é, ainda que de forma extintiva, acessória. Daí que, não possamos utilizar como argumento delimitativo para as situações dúbias entre uma relação fidejussória de dívida ou cumulativa a acessoriedade *versus* autonomia.

Pelos argumentos supra, rejeitamos, por completo, a delimitação entre figuras utilizando por base este argumento.

Nas palavras de Januário Costa Gomes, “*a autonomia não se identifica com a receada abstracção*”³⁷⁰.

(iv) O direito de regresso

Naturalmente, e como vimos, na senda de uma relação fidejussória de dívida, interpelado o fiador para o cumprimento da obrigação, opera o regime da sub-rogação, previsto no disposto no artigo 644.º e 524.º, ambos do nosso Código Civil, sub-rogando-se o fiador no lugar do credor em face ao devedor.

Vimos, no entanto, que, pelo menos na senda de uma “tradicional” assunção cumulativa de dívida (*tout court*), à partida, não operará o direito de regresso caso o assuntor seja interpelado a cumprir a obrigação, pelos motivos que expostos (*vide* pág. 83 e seguintes).

³⁷⁰ GOMES, Manuel Januário Costa, *ob. cit.*, pág. 71-72.

No entanto, quando abordámos esta questão, ressalvámos que isto aconteceria apenas numa vera e própria assunção cumulativa de dívida, ocupando-nos agora da questão numa assunção cumulativa em garantia [*vide* pág. 83, nota de rodapé (180)].

E quanto a esta questão de sabermos se perante esta figura que visa o reforço das perspectivas do credor na recuperação do seu crédito (assunção cumulativa de dívida em garantia), poderá ou não o assunto ficar investido na posição do credor quando efectue o cumprimento da obrigação, há que dizer que, em primeira instância, nos parece que não, pelos mesmos motivos que negamos tal “concessão” numa vera e própria assunção cumulativa de dívida (*tout court*). No entanto, repare-se que, se assim fosse, não haveria como justificar o disposto no n.º 1 do artigo 592.º do nosso Código Civil que estatui que “(...) o terceiro que cumpre a obrigação só fica sub-rogado nos direitos do credor quando tiver garantido o cumprimento, ou quando, por outra causa, estiver directamente interessado na satisfação do crédito.”.

Ora, visto esta disposição, a qual tem precisamente como epígrafe “sub-rogação legal”, “cai por terra”, conforme explicita Januário Costa Gomes, qualquer argumento que fundamente a delimitação entre fiança e assunção cumulativa de dívida (em garantia) com base na (in)existência de regresso.

Assim:

“(...) é que se um tal critério pode ser relevante, quiçá decisivo, na delimitação entre a assunção pura e a fiança, cai por terra, face ao disposto no art. 592/1, quando a assunção seja em garantia.”³⁷¹.

Aqui chegados, vemos que por vezes aqueles aspectos que em primeira instância nos parecem tão caracterizadores de uma ou outra figuras e que, que nos permitem, por si só, delimitá-las, quando prestamos uma maior atenção, vemos que, afinal, estes não se qualificam, pelo menos por si só, enquanto elementos caracterizadores de tal distinção.

Veja-se o nítido exemplo da finalidade subjacente à prestação da garantia. Em primeira instância pensamos, de forma imediata, que sim, tem toda a lógica determinar a delimitação entre a fiança e a assunção cumulativa de dívida (em garantia) dependendo única e exclusivamente da existência, ou não, de um interesse próprio da pessoa que figure

³⁷¹ GOMES, Manuel Januário Costa, *ob. cit.*, pág. 282.

enquanto garante daquela relação obrigacional. Como vimos, à partida, se existir um interesse pessoal do garante daquela relação obrigacional estaremos na senda de uma assunção cumulativa de dívida (em garantia). No entanto, e como vimos, nada impede que numa relação fidejussória de dívida haja um interesse pessoal do fiador (v.g. fiança *omnibus* – vide pág. 150).

Este, para nós, é o melhor exemplo de entre todos os aspectos que a doutrina evidencia como critério delimitativo das duas figuras, por si só, que, como vimos, apeamos com uma facilidade estrondosa quando utilizado de forma isolada.

Temos por isso, não apenas como difícil, mas sim impiedosa e árdua a tarefa de delimitação entre estes dois institutos, não tanto pelo critério utilizado para a própria delimitação, mas acima de tudo pelas consequências e responsabilidades que tamanha escolha acarreta.

Imaginemos que, na sequência de uma relação obrigacional, o credor, A, intenta uma acção de condenação contra o seu devedor, B, e o garante desta relação, C, e o Tribunal delimita e conclui que na relação *sub judice* houve a intenção das partes constituírem uma assunção cumulativa de dívida. Veja-se que, esta determinação enquanto assunção cumulativa de dívida ao invés de uma relação fidejussória de dívida, implicará, consequências, para C, muito mais gravosas e penosas. C perderá os meios de defesa decorrentes da acessoriedade de uma relação fidejussória de dívida ³⁷².

Assim, e de forma a evitar conclusões precipitadas, entendemos dever atender-se em especial ao texto da declaração.

Nas palavras de Januário Costa Gomes:

“(…) uma vez admitido que existe liberdade negocial no que à adopção do modelo de assunção cumulativa em garantia ou à fiança concerne, a interpretação da declaração do assuntor constitui a primeira tarefa tendo em vista a “descoberta “da garantia em causa.” ³⁷³.

³⁷² Assim em acórdão, de 09/05/1996, que correu os seus termos junto do Tribunal da Relação do Porto, sob o n.º de processo 9420948. – GOMES, Manuel Januário Costa, *ob. cit.*, pág. 283 e seguintes.

³⁷³ Conforme Januário Costa Gomes, explicando ainda a posição crítica de alguma doutrina alemã quanto ao tratamento diferencial existente, na lei, entre a fiança e a assunção cumulativa de dívida (em garantia), quando, na prática, ambas visam a mesma finalidade: reforçar as perspectivas de recuperação de crédito do credor. Pior um pouco quando reconhecemos que a assunção de dívida na esmagadora maioria dos

Vemos, assim, que na dúvida sobre a qualificação da figura que as partes quiseram “acolher”, temos como elemento inicial para a determinação do instituto em apreço, a interpretação da declaração do garante, decorrente do disposto no artigo 236.º do nosso Código Civil ³⁷⁴.

casos reveste-se na forma de assunção cumulativa de dívida em garantia. – GOMES, Manuel Januário Costa, *ob. cit.*, pág. 282.

Assim:

“Na verdade, sendo a esmagadora maioria das assunções de dívida assunções cumulativas de dívida em garantia, viola de modo insuportável o sentimento jurídico que uma tal garantia possa ser prestada em condições de forma mais leves que na fiança.” – GOMES, Manuel Januário Costa, *ob. cit.* 282, nota de rodapé (545).

³⁷⁴ O teor das declarações contidas, nomeadamente na senda destas “*situações cinzentas verdadeiramente problemáticas*” (GOMES, Manuel Januário Costa, *ob. cit.*, pág. 282), deve ser interpretado à luz da teoria da impressão do destinatário, contida no disposto no artigo 236.º, n.º 1 do Código Civil.

Por força desta teoria e para a protecção dos interesses do destinatário, a declaração negocial deverá ser interpretada primeiramente à luz de conceitos objectivos, isto é, no sentido que um declaratório normal, medianamente instruído e diligente, colocado na mesma posição e com os mesmos conhecimentos do declaratório *in casu* (recorrendo-se, portanto, ao critério contido no artigo 487.º, n.º 2 do Código Civil, *bonus pater familiae*).

Ensinam Pires de Lima e Antunes Varela que “*a normalidade do declaratório (...) exprime-se não só pela capacidade para entender o texto ou conteúdo da declaração, mas também na diligência para recolher todos os elementos que, coadjuvando a declaração, auxiliem a descoberta da vontade real do declarante.*” – LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, *ob. cit.*, Vol. I, pág. 223.

No entanto, esta doutrina objectivista tem um travão no n.º 2 do referido artigo, pois só é aplicável quando não se consiga saber a vontade do real declaratório, sendo esta prevalência apenas uma “*necessidade de proteger as legítimas expectativas do declaratório e não perturbar a segurança do tráfico (...)*” – LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, *ob. cit.*, Vol. I, pág. 223.

Neste sentido, posição afirmada pelo Supremo Tribunal de Justiça:

“*A regra estabelecida no n.º 1 do artigo 236.º é esta: o sentido decisivo da declaração negocial é aquele que seria apreendido por um declaratório normal, medianamente instruído, diligente e de boa fé, colocado na posição do declaratório real, em face do comportamento do declarante. Consagra-se uma doutrina objetivista – a teoria da impressão do declaratório – com duas exceções de natureza subjetivista: os casos de não poder ser imputado ao declarante, razoavelmente, aquele sentido (artigo 236.º, n.º 1, 2.ª parte), ou de o declaratório conhecer a vontade real do declarante (artigo 236.º, n.º 2).*” – Conforme posição adoptada em acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12/11/2019, em processo que correu os seus termos sob o n.º 1494/17.0T8MMN-A.E1.S1.

Relembremos precisamente a posição de Ribeiro Faria quando defende que em casos persistidos pela dúvida deve atender-se à interpretação das declarações negociais [vide pág. 151, nota de rodapé (343)]. Assim:

*“Tendo sempre presente, para o efeito, o critério decorrente do artº 236º (teoria da impressão do destinatário) e o princípio de que, no caso de dúvida, nos contratos onerosos deve prevalecer o sentido que conduza ao melhor equilíbrio das prestações (cfr. acórdão do STJ., de 13.1.1976, RLJ. 110 (1977) 35). (...)”*³⁷⁵.

Assim, pelo uso de palavras ou terminologias utilizadas pelas partes, tais como “assumir,” “participar”, “aderir”, “ter a cargo”, poderão estas semânticas levar-nos a concluir pela existência de uma assunção cumulativa de dívida. Ao invés, os termos como “garantir” ou “responsabilizar” poder-nos-ão conduzir no sentido de uma fiança³⁷⁶.

Deste modo:

*“A distinção entre fiança e assunção de dívida depende dos termos usados no contrato e da interpretação que se lhes der. (...) distinguir, na circunstância, entre fiança e assunção de dívida é uma questão de interpretação (...), a levar a cabo de acordo com as regras dos arts. 236º a 238º, CC, na procura da impressão do real declaratório, dentro dos limites das possibilidades semânticas do texto, e com apoio não só nos termos da declaração, mas, também, em todas as circunstâncias que precederam, acompanharam ou se sucederam à realização do contrato, e, ainda, nos fins visados pelas partes.”*³⁷⁷ (nosso sublinhado).

Em sentido semelhante, Pontes Miranda que entende que se deva recorrer aos usos e costumes para interpretação do negócio jurídico *sub judice*.

³⁷⁵ FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de, *ob. cit.*, pág. 587, nota de rodapé (3).

³⁷⁶ No entanto, como vimos, na continuação de dúvidas quanto à figura em apreço dúvida, atender-se-á ao facto de as partes terem intentado constituir uma fiança, por ser esta, inequivocamente, o meio mais natural para garantir o reforço das perspectivas do credor na recuperação do seu crédito.

Não obstante, tal não significa que as partes tenham, necessariamente, utilizar a “*palavra sacramental: fiança. Bastará que a intenção de se responsabilizar acessória e subsidiariamente seja directamente manifestada.*” – Conforme posição adoptada em acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 06/05/2004, em processo que correu os seus termos sob o n.º 04B1317.

³⁷⁷ Conforme posição adoptada em acórdão do Supremo Tribunal de Justiça em processo, em 06/05/2004, que correu os seus termos sob o n.º 04B1317.

Este autor, tira todo o romantismo que possa existir à volta da concretização do negócio jurídico. Efectivamente, nem todos os negócios jurídicos (que não exijam forma escrita) surgem com base numa escritura pública ou documento particular autenticado, com todas as formalidades legais exigíveis (como, aliás deveria ser, se as partes quisessem evitar complicações, principalmente quando se “atrassem por outros” enquanto garantes...). Mas, como vemos, na realidade muitas vezes não passam de meras cartas ou bilhetes, como aliás faz notória referência Pontes de Lima:

*“Os negócios jurídicos resultam, de cartas ou bilhetes em que se diz “pode entregar as chaves”, “garanto o que A comprar aí no seu armazém”, “fico responsável pelo meu recomendado, a que muito agradou a roupa que me fez e quer urgentemente que faça algumas, são fianças. Aqueles em que se escreve “sei que a dívida de B é de x e fico responsável por ela” são casos de assunção cumulativa de dívida. Na dúvida, opta o autor pela fiança.”*³⁷⁸.

Como sempre, tudo dependerá da vontade das partes contraentes.

Mas, veja-se, no entanto, que, se dúvidas subsistirem sobre o alcance da interpretação da declaração negocial, não sendo, por isso, possível delimitar a figura *in casu*, então dever-se-á atender que as partes constituíram e se encontram vinculadas perante uma fiança, pois, conforme já anteriormente referimos, a fiança é *“figura mais usual dentro das garantias pessoais, a mais divulgada mesmo entre os não juristas e sendo também, dentro das duas figuras em confronto, aquele que sempre tem merecido mais detalhada atenção do legislador, o que é provável, é que as partes tenham independentemente dos interesses em presença, pretendido institucionalizar uma vinculação fidejussória.”*³⁷⁹.

Januário Costa Gomes fala mesmo de uma *“presunção natural”*³⁸⁰.

Mas, veja-se contudo que, esta presunção natural é ilidível, cabendo à pessoa que tiver o interesse em ilidir esta presunção, o ónus de provar, através elementos que permitam concluir pelo contrário, que as partes não se encontram vinculadas através de uma relação fidejussória de dívida, mas sim, através de uma relação cumulativa de dívida. Normalmente este ónus recaía sobre o credor, pois na delimitação de uma relação fidejussória de dívida é

³⁷⁸ Conforme posição de Pontes Miranda, citado por Roldão de Freitas Gomes. – GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *ob. cit.*, pág. 163.

³⁷⁹ GOMES, Manuel Januário Costa, *ob. cit.*, pág. 282-283.

³⁸⁰ GOMES, Manuel Januário Costa, *ob. cit.*, pág. 282.

quem terá mais a perder, pois terá um maior leque de meios contra si oponíveis pelo garante, ora fiador).

Arriscamos dizer que tal presunção natural (com a qual, naturalmente, concordamos) só acontece no seio do nosso ordenamento jurídico por, precisamente e infelizmente, a assunção cumulativa de dívida (em garantia) não ser encarada com a capacidade e potencial garantísticos que tem, sendo uma boa alternativa à fiança. Daí entendermos ser uma “*forma velada de garantia*” no seio do ordenamento jurídico lusitano.

Assim, concluímos que, não obstante ser fundamental iniciarmos a delimitação pela interpretação da vontade impressa no negócio jurídico em apreço, isto é, a vontade real das partes, principalmente do garante desta relação jurídica, tal não invalida o recurso a demais critérios para aferição da determinação da figura em causa, nomeadamente, o critério dos fins visados pelas partes ³⁸¹.

A delimitação entre estas duas figuras é um processo complexo e, por este motivo, deverá ser desencadeado de forma conjunta, com apoio não só ao texto da declaração, como também das diversas circunstâncias que levaram as partes a celebrar o negócio jurídico, nomeadamente os fins visados pelas mesmas.

Assim:

“As regras de interpretação negocial mandam, neste como nos demais casos, atender não só aos termos das declarações dos contraentes, mas a todas as circunstâncias que precederam ou rodearam a celebração do contrato e ainda aos fins visados pelas visados pelas partes (...)” ³⁸².

³⁸¹ É um critério que, como já referimos, não obstante não dever ser utilizado de forma isolada, nos aproxima, certamente, para a conclusão mais próxima da realidade.

³⁸² VARELA, João de Matos Antunes, *ob. cit.*, Vol. II, pág. 366.

Capítulo V

8. Posição adoptada: um olhar crítico

Aqui chegados, entendemos ser relevante vermos então quais as verdadeiras motivações subjacentes e de que tanto falámos no capítulo precedente com a distinção com a relação fidejussória de dívida.

Entendeu-se pertinente esperar por este momento para analisar a verdadeira intenção das partes para a prestação de uma assunção cumulativa de dívida, de forma a enfatizar a real função que em concreto desempenha nas nossas vidas.

Como vimos, a assunção cumulativa de dívida visa diversas finalidades, mas, a finalidade visada no seu esplendor, é, sem sombra de dúvidas, a constituição de uma garantia.

A nossa finalidade com a presente dissertação não é, de todo, estudar uma figura, dando azo a criar utopias, afirmando que sim, as pessoas *assumem* uma dívida, com toda a enorme responsabilidade que isso acarreta, porque são altruístas. Claro que isso pode acontecer, como vimos. Mas não é a regra.

Veja-se que estamos no âmbito do direito privado, essencialmente no ramo do direito cível. As motivações prementes guiam-se pela rápida obtenção de liquidez para a dinamização dos negócios. Sem romantismos, daí se revelar um ramo do direito que, para nós, tem o seu esplendor.

Efectivamente, e como vimos, a assunção de cumulativa de dívida pode não se guiar por motivos puramente materiais (económicos ou não), mas com certeza, na sua esmagadora maioria das vezes, motiva-se por uma de duas razões, conforme salientam Carvalho Fernandes e Paulo Pitta e Cunha ³⁸³:

- (i) contrapartida de outro negócio celebrado entre as partes;
- (ii) ou, interesse do novo devedor em evitar o eventual incumprimento do transmitente, dadas as ligações existentes entre ambos.

Veja-se que aqui nesta última situação se enquadra, perfeitamente, as tais situações em que o assuntor tenha um motivo não patrimonial, como o pai que pretende assumir (ainda que de forma cumulativa) a dívida do filho de forma a que este não resvale para o incumprimento da obrigação. Não há, naturalmente, um interesse económico, mas há um,

³⁸³ FERNANDES, Luís A. Carvalho; CUNHA, Paulo Olavo de Pitta e, *ob. cit.*, pág. 704.

interesse próprio na relação obrigacional, um interesse objectivo, conforme nos explica Antunes Varela:

*“Outras vezes o interesse do terceiro em tomar sobre si a obrigação de efectuar a prestação devida por outrem assentará na intenção, por esse modo, evitar um acto do credor que indirectamente o lesaria.”*³⁸⁴.

Mas veja-se que, tirando estes casos, os quais são a excepção à regra, não há nenhuma outra razão coerente para que se imagine que alguém assume a obrigação de outrem, sem o afectar minimamente. A dívida não é sua. Porque razão alguém se presta a assumir uma dívida alheia sem receber qualquer contrapartida, ou, pelo menos, sem ter qualquer interesse imediato (ou mediato), na concretização deste negócio?

E, mais, como salientam Carvalho Fernandes e Paulo Pitta e Cunha, ninguém aceita, sem mais, assumir a dívida de um completo estranho. Nas suas exemplificativas palavras:

*“Naturalmente, que a pessoa abordada dirá que nada tem a ver com isso, se não estiver subjacente um interesse comum, justificativo da operação.”*³⁸⁵.

Efectivamente, *“ninguém transmite um débito por transmitir; muito menos ninguém aceita, na sua esfera jurídica, um débito alheio, sem que determinado condicionalismo, juridicamente enquadrado, a isso o induza.”*³⁸⁶.

Assim, e excepcionando aqueles raros casos em que existe um interesse pessoal de, pelo menos, *“evitar um acto do credor que indirectamente o lesaria”* (típico caso da mulher do arrendatário que assume a dívida do marido para evitar o seu despejo e dos filhos), a assunção de uma dívida, ainda que de forma cumulativa, pressupõe quase sempre a contrapartida de uma prestação.

Pois bem, a articulação destes interesses próprios e económicos, essencialmente na senda de uma assunção cumulativa de dívida em garantia, efectivada entre convededores, surge eventualmente articulada a outro contrato, *“provavelmente um contrato de crédito, pelo qual o antigo devedor se obriga a concluir um contrato com o efeito referido, como forma de prestar uma garantia.”*³⁸⁷ (nosso sublinhado).

³⁸⁴ VARELA, João de Matos Antunes, *ob. cit.*, Vol. II, pág. 359.

³⁸⁵ FERNANDES, Luís A. Carvalho; CUNHA, Paulo Olavo de Pitta e, *ob. cit.*, pág. 705.

³⁸⁶ CORDEIRO, António Menezes, *Direito das Obrigações, Vol. II – Lições dadas ao 3.º ano jurídico por António Menezes Cordeiro no ano lectivo de 1978/1979*, Lisboa: AAFDL, 1980, pág. 604-605.

³⁸⁷ VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de, *ob. cit.*, pág. 208.

No final de contas é este o duro embate com a realidade. À partida, não há aqui quaisquer altruísmos ou espíritos de liberalidades. Há alguém que das duas uma:

- (i) ou veja que se nada fizer, não assumindo, ainda que cumulativamente, a dívida de outrem este vai resvalar no incumprimento e essa acção vai desencadear um comportamento do credor contra o património do devedor, afectando, assim reflexamente, um direito seu (é o caso do típico exemplo do credor hipotecário, transposto por Mota Pinto da doutrina alemã: se o credor, nada fizesse, não assumindo solidariamente, a dívida do seu devedor, mais cedo ou mais tarde o mesmo iria resvalar no incumprimento (definitivo ou não) perante o empreiteiro, o que iria provocar a instauração de competente procedimento judicial);
- (ii) ou, não há aqui relação alguma entre assuntor e devedor, não havendo qualquer acção reflexa que afecte os seus direitos (são dois completos estranhos um perante o outro), mas há uma proposta neste sentido de assumir solidária e cumulativamente uma dívida do devedor e, em troca, há a exigência de uma contrapartida, reflectindo-se na maioria das vezes no contrato de crédito.

É este o preço a pagar pela prestação deste reforço de garantia, por uma pessoa que se vê na iminência de incumprir com as suas obrigações.

Só assim com uma perspectiva mais ampla, é que se consegue fazer jus ao papel desempenhado por uma assunção cumulativa de dívida na sua verdadeira “essência”. Ela surge com o fim de garantir a relação subjacente. Aliás, é do interesse do próprio do credor que a dívida tenha mais um que um devedor solidariamente obrigado por, precisamente, reforçar as suas perspectivas de recuperação de crédito. É algo matemático: se a dívida tiver dois condevedores solidariamente obrigados, o credor tem maiores chances de recuperação do crédito do que, à partida, teria só com um. Claro que, isto dependerá do património associado a cada um, mas certamente todo o credor diligente saberá escolher os seus devedores ³⁸⁸. Assim:

³⁸⁸ Como já dizia Peter Bülow:

“o melhor crédito é aquele para que não se precisa de garantia (...) a garantia mais agradável é aquela de que o credor não precisa de socorrer-se.” – BÜLOW, Peter, *Recht der Kreditsicherheiten*, apud Januário Costa Gomes – GOMES, Manuel Januário Costa, *ob. cit.*, pág. 38.

“(…) resulta o interesse por parte do credor, em que a dívida tenha mais do que um condevedor solidariamente obrigado, devendo que pelo menos um deles ser titular de um conjunto de bens, penhoráveis o suficientemente amplo para poder, se necessário, através deles obter a satisfação do seu crédito.”³⁸⁹.

Dito tudo isto, não se consegue compreender a inserção desta figura com tamanha capacidade e potencial no capítulo relativo à transmissão singular de dívidas, não só por ser “mal empregue”, considerando o potencial de garantia que tem, como também, verdade seja dita, transmissão singular de dívida no seio de uma assunção cumulativa não há alguma, pois não há a exoneração do antigo devedor nem sucessão do assuntor.

Nas elucidativas palavras de Roberto de Ruggiero:

“(…) sucessão particular no débito não é qualquer mudança no sujeito passivo da obrigação, mas só aquela que implica substituição de um novo obrigado ao primitivo devedor, o qual fica liberto do vínculo sem que este perca a sua identidade originária- sai, pois, do conceito tècnicamente estendido qualquer acto que acrescente ao primitivo devedor um novo segundo (…)”³⁹⁰.

Não se entende então porque razão é uma figura jurídica com este carisma garantístico tratada enquanto corolário do regime geral da assunção de dívida, ao invés de ser tipificada de forma autónoma, bem como como regulada com o potencial que verdadeiramente tem, o de uma verdadeira garantia pessoal das obrigações.

Veja-se que, na esmagadora maioria das vezes, as partes se vêem subjugadas num enredo assumptivo, sem entenderem como “foram lá parar”, apenas entendendo que de repente se vêem interpeladas pelo credor para o cumprimento de uma obrigação que apenas queriam ter garantido de forma *acessória*.

Como vimos, como aliás em todos os casos numa realidade jurídica, a interpretação das declarações negociais é a “chave de ouro” para a delimitação do instituto jurídico que as partes queiram verdadeiramente alcançar.

No entanto, e como sabemos, estando no epicentro da liberdade negocial, o que importa não é a *descoberta da verdade material* (deixemos isso para outras áreas do Direito, com as quais não nos queremos ocupar...), mas sim o clausulado entre as partes, a interpretação do texto da declaração.

³⁸⁹ VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de, *ob. cit.*, pág. 201.

³⁹⁰ RUGGIERO, Roberto, *ob. cit.*, pág. 170.

Assim, e aqui chegados entendemos que esta errada inserção sistemática leva, sem sombra de dúvidas, a um anonimato da assunção cumulativa de dívida, resultante da relativização da figura por falta de atenção detida não só no seio da nossa doutrina, bem como no seio da própria legislação, tratando-a como resqúcio da assunção liberatória de dívida. E, igual espírito impera nos nossos tribunais superiores que, embutidos nesta atmosfera, a apelidam “*assunção imperfeita*”³⁹¹.

Daí entendermos ser uma “*forma velada de garantia*” no seio do ordenamento jurídico lusitano.

Mas, nos dias que correm, e felizmente, na *praxis* bancária a assunção cumulativa de dívida é cada vez mais exigida precisamente pela sua capacidade reforçativa da obrigação, em alternativa à fiança.

Poderá ser que, com este reconhecido mérito do seu potencial e capacidade garantísticos, por parte da *praxis* bancária, se progrida no nosso ordenamento jurídico para um reconhecimento da assunção cumulativa de dívida enquanto vera e própria garantia que o é.

³⁹¹ Conforme posição adoptada em acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 24/05/2011, em processo que correu os seus termos sob o n.º 797/10.0TBCNT-A.C1.

Conclusões

Ao longo da presente dissertação abordámos uma das figuras jurídicas que, não obstante estar tipificada e regulada no nosso ordenamento jurídico, tem sido, infelizmente, negligenciada pela nossa doutrina e, inclusive, pelo nosso legislador, por ser tipificada e estudada enquanto modalidade do regime geral da transmissão singular de dívidas, ao invés de ser tratada enquanto verdadeira garantia para o cumprimento da obrigação, que o é: a assunção cumulativa de dívida.

Assim, veja-se:

- (i) Por força dos (pré) conceitos romanistas considerava-se que qualquer alteração da pessoa que figurasse enquanto devedor de uma relação obrigacional implicava, necessariamente a extinção da própria obrigação em si, operando, o regime da *novatio* extintiva.
- (ii) Com a constante evolução mercantil e as prementes necessidades que se impuseram, ao longo dos tempos, passou-se, gradualmente, a admitir a figura jurídica da transmissão singular do débito, por meio de assunção de dívida.
- (iii) O nosso Código Civil previu e regulou a figura, com a sua entrada em vigor, em 1966, apesar de, anteriormente, já a prever, ainda que de forma implícita, devido à lógica irracional de permanência fiel aos argumentos ontológicos provindos do Direito Romano e às próprias correntes pandectísticas mais conservadoras que (ainda) se faziam sentir no seio do Direito continental europeu.
- (iv) Entendemos, no entanto, que a regulação da figura no Código Civil português, de 1966, por influências da escola pandectista alemã, foi tratada de uma forma infeliz, qualificando conjuntamente a assunção liberatória e a assunção cumulativa de dívidas, quando é certo que a assunção cumulativa de dívida não corresponde, efectivamente, a nenhuma transmissão de dívida.
- (v) Cremos, pois, que a assunção cumulativa de dívida deveria ter sido regulada de forma autónoma, tipificando, especificamente, o seu regime próprio.
- (vi) É um instituto que, em si mesmo, acarreta um conjunto de benefícios que visam reforçar o cumprimento da obrigação sem que, para tanto implique algum tipo de risco para o credor. Veja-se que, mesma na senda do regime geral da assunção de dívida, o devedor só é exonerado se existir declaração expressa nesse sentido, não bastando que o credor ratifique o negócio

assumptivo para que “corra o risco” de provocar a sua liberação. Na prática, devido a esta exigência, somos capazes de afirmar que existem, sem sombra de dúvidas, mais assunções cumulativas de dívida que liberatórias.

- (vii) E, mais, na perspectiva do próprio devedor, não há propriamente razões de queixa. É que, se o devedor for liberado, ocorrendo a sua exoneração por sucessão do assuntor, ótimo. Se não, repartirá as suas responsabilidades com outrem, por se estabelecer uma solidariedade entre si e o assuntor, o que não deixa de ser muito vantajoso. Ademais, pode sempre pagar a dívida como própria pois a sua exoneração só produz efeitos em relação ao credor, não o impedindo de satisfazer o crédito se assim o entender.
- (viii) Arriscamos, inclusivamente, deixar uma pergunta em aberto, questionando se, na prática, haverá, verdadeiramente, assunção liberatória de dívida. Quem é o credor que, tendo a possibilidade de ver as suas perspectivas de recuperação do crédito reforçadas, com a adjunção pessoal e patrimonial de mais um devedor, libera o seu primitivo devedor?
- (ix) Além do mais, a assunção cumulativa de dívida visa, essencialmente, fins de garantia, aproximando-se de tal forma da fiança que, na prática, é uma delimitação demasiado árdua e hercúlea, cabendo o recurso à interpretação das declarações negociais para fazer tamanha delimitação do caso *sub judice*.
- (x) Na prática, e à partida, ninguém assume uma dívida de um total desconhecido sem qualquer fundamento e, sem que, para isso, advenha alguma contrapartida.
- (xi) Daí que, uma figura que, principalmente na *praxis* bancária tem vindo a ser muito reconduzida a outros institutos jurídicos, justificando-se ainda mais a sua autonomização face à assunção liberatória de dívida e ao regime da transmissão de dívidas.

Tentou-se, assim, evidenciar a importância prática que a assunção cumulativa de dívida acarreta, atribuindo-lhe o papel de destaque que deveria ter à semelhança das demais garantias das obrigações, não se olvidando que o Direito deve se adaptar as exigências e à evolução das situações da vida.

Bibliografia

- ALVES, Hugo Ramos, *Dação em Cumprimento*, Coimbra: Almedina, 2017.
- CAMPOS, Diogo Leite de, *Contrato a Favor de Terceiro*, Coimbra: Almedina, Janeiro de 2009.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, Coimbra: Almedina, 2013, 2.^a reimpressão da 12.^a ed.
- COSTA, Mariana Fontes da, *Assunção Cumulativa de dívida como meio de (garantia do) cumprimento*, in *Garantias das Obrigações: publicação dos trabalhos de Mestrado*, Coimbra: Almedina, 2007.
- CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil IX, Direito das Obrigações*, Coimbra: Almedina, 3.^a ed., 2019.
- CORDEIRO, António Menezes, *Direito das Obrigações II, Vol. II – Lições dadas ao 3.º ano jurídico por António Menezes Cordeiro no ano lectivo de 1978/1979*, Lisboa: AAFDL, 1980.
- CORREIA, António Ferrer, “*Notas para o Estudo da Garantia Bancária*”, *Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado*, 1989.
- ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin, revisto por LEHMANN, Henrich, Segundo Tomo, *Derecho de Obligaciones*, traduzido por Blas Pérez González e José Alguer (*Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas*), Volumen Primero, Doctrina General, 2.^a ed., Barcelona: Libreria Bosch, 1933.
- FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de, *Direito das Obrigações, Segundo Volume*, Coimbra: Almedina, Março de 2001, reimpressão.
- FERNANDES, Luís A. Carvalho; CUNHA, Paulo Olavo de Pitta e, *Assunção de Dívida Alheia: capacidade de gozo das sociedades anónimas: qualificação de negócio jurídico*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa: 31 de Janeiro de 1997.
- FERREIRA, José Carlos Ney, *Da Assunção de Dívidas*, Maputo: Minerva Central Lourenço Marques, 1973.
- FERREIRA, José Dias, *Código Civil Anotado, Vol. II*, Lisboa: Imprensa Nacional, 1871.
- GARRIDO, Tomás Rubio, *Fianza Solidária, Solidaridad de Deudores y Cofianza: en el Código Civil y nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Editorial Comares, 2002.

- GOMES, Manuel Duarte Gomes da, *Da Solidariedade das Obrigações*, Separata da Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1947.
- GOMES, Manuel Januário da Costa, *Assunção Fidejussória de Dívida – sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Coimbra: Almedina, 2000.
- GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *Da Assunção de Dívida e sua Estrutura Negocial*, Rio de Janeiro: Liber Juris, 1982.
- GONZÁLEZ, José Alberto, *Código Civil Anotado, Vol. I, Direito das Obrigações*, Lisboa: Quid Juris, 2019.
- GONZÁLEZ, José Alberto, *Código Civil Anotado, Vol. II, Direito das Obrigações*, Lisboa: Quid Juris, 2012.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações, Vol. II*, Coimbra: Almedina, 2018, 12.^a ed.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Garantias das Obrigações*, Coimbra: Almedina, 2018, 6.^a ed.
- LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado, Vol. I*, Coimbra: Coimbra Editora, 1987, 4.^a ed.
- LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado, Vol. II*, Coimbra: Coimbra Editora, 1987, 4.^a ed.
- MARTINEZ, Pedro Romano, PONTE, Pedro Fuzeta da, *Garantias de Cumprimento*, Coimbra: Almedina, 2006, 5.^a ed.
- MONTEIRO, Joana Pinto, *A Assunção Cumulativa de Dívida*, Dissertação Garantias das Obrigações, Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, Setembro de 2006.
- MOREIRA, Guilherme Alves, *Instituições de Direito Civil Português, Volume Segundo, Das Obrigações*, Coimbra: Coimbra Editora, 1925, 2.^a ed.
- PACHECO, António Faria Carneiro, *Da sucessão singular nas dívidas*, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1912.
- PRATA, Ana, *Dicionário Jurídico, Vol. I, Direito Civil, Direito Processual Civil e Organização Judiciária*, Coimbra: Almedina, Março de 2019, 2.^a reimpressão da 5.^a ed. actualizada e aumentada.
- PICAZO, Luis Díez; y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil, Volumen II*, Madrid: Tecnos, 1995, 7.^a ed. revista e actualizada.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Cessão da Posição Contratual*, Coimbra: Almedina, 2003, reimpressão.

- REGO, Margarida Lima, *A Promessa de Exoneração de Dívida a Terceiro. Pretexto para uma Reflexão sobre o Conceito de Prestação*, Coimbra: Almedina, 2013.
- ROCHA, M. A. Coelho da, *Instituições de Direito Civil Português, Tomo I*, Coimbra: Imprensa da Universidade, 3.^a ed., 1852.
- RUGGIERO, Roberto de, *Instituições de Direito Civil, Vol. III; Direito das Obrigações, Direito Hereditário*, 6.^a tradução por Ary dos Santos, Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1937.
- SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *Novação, Expromissão, Promessa de Liberação e Contrato a Favor do Credor, Delegação e Assunção de Dívida – Boletim do Ministério da Justiça n.º 72*, Janeiro de 1958.
- SERRA, Adriano Vaz, *Anotação do Supremo Tribunal de Justiça in Revista de Legislação e Jurisprudência 106*, ano 1973-1974, n.º 3513, Coimbra: Coimbra Editora, 1974.
- SILVA, João Calvão da, *Estudos de Direito Comercial (Pareceres)*, Coimbra: Almedina, Janeiro de 1999.
- TELLES, Inocêncio Galvão, *Algumas considerações sobre o conceito jurídico de sucessão*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. XIX, Lisboa: 1965.
- TELLES, Inocêncio Galvão, *Manual dos Contratos em Geral*, Lisboa: Lex, 1965, 3.^a ed.
- VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral, Vol. I*, Coimbra: Almedina, Novembro de 2018, 10.^a reimpressão da 10.^a ed. de 2000.
- VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral, Vol. II*, Coimbra: Almedina, Janeiro de 2020, 13.^a reimpressão da 7.^a ed. de 1997.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Contratos Atípicos*, Coimbra: Almedina, Janeiro de 2009, 2.^a ed.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de; VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra: Almedina, Novembro de 2019, 9.^a ed.
- VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de, *Direito das Garantias*, Coimbra: Almedina, Fevereiro de 2020, 3.^a ed.

Jurisprudência nacional

Supremo Tribunal de Justiça

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 06/05/1998, processo n.º 98B304, relator SOUSA INÊS (*apud* <http://www.dgsi.pt/>).
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23/01/2001, processo n.º 197/00, relator AGOSTINHO MANUEL PONTES DE SOUSA INÊS (*apud* <http://www.dgsi.pt/>).
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11/12/2001, Revista de Legislação e Jurisprudência n.º 3394/01 (*apud* GONZÁLEZ, José Alberto, *ob. cit.*, Vol. II, pág. 365).
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 06/05/2004, processo n.º 04B1317, relator QUIRINO SOARES (*apud* <http://www.dgsi.pt/>).
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 22/02/2005, processo n.º 04A3894, relator PINTO MONTEIRO (*apud* <http://www.dgsi.pt/>).
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23/09/2008, processo n.º 08A2171, relator AZEVEDO RAMOS (*apud* <http://www.dgsi.pt/>).
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 29/04/2010, processo n.º 2622/07.0TBPNF.P1.S1, relator SEBASTIÃO PÓVOAS (*apud* <http://www.dgsi.pt/>).
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17/02/2011, processo n.º 294/06.8TVPR.T.91.S1, relator ÁLVARO RODRIGUES (*apud* GONZÁLEZ, José Alberto, *ob. cit.*, Vol. II, pág. 364; *apud* <http://www.dgsi.pt/>).
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15/11/2012, processo n.º 08A2171, relator GRANJA DA FONSECA (*apud* <http://www.dgsi.pt/>).
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11/04/2013, processo n.º 67/09.6TBLSA.C1.S1, relator HÉLDER ROQUE (*apud* <http://www.dgsi.pt/>).
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11/07/2013, processo n.º 4244/09.1TBSXL.L1.S, relator SILVA GONÇALVES (*apud* <http://www.dgsi.pt/>).
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18/01/2018, processo n.º 123/14.9TBSJM-A.P1.S2, relator HENRIQUE ARAÚJO (*apud* <http://www.dgsi.pt/>).
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12/11/2019, processo n.º 1494/17.0T8MMN-A.E1.S1, relator MARIA CLARA SOTTOMAYOR (*apud* <http://www.dgsi.pt/>).

Tribunal da Relação de Guimarães

- Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 11/09/2004, em processo n.º 3335/12.6TBGMR.G1, relator MANUEL BARGADO (*apud* <http://www.dgsi.pt/>).

- Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 03/05/2018, em processo n.º 4891/17.8YIPRT.G1, relator JOSÉ ALBERTO MOREIRA DIAS (*apud* <http://www.dgsi.pt/>).

- Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 10/07/2018, em processo n.º 234/14.0TCGMR.G1, relator FERNANDO FERNANDES FREITAS (*apud* <http://www.dgsi.pt/>).

- Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 18/10/2018, em processo n.º 3769/14.1T8GMR-A.G1, relator JORGE TEIXEIRA (*apud* <http://www.dgsi.pt/>).

Tribunal da Relação de Porto

- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 09/05/1996, processo n.º 9420948, relator CUSTÓDIO MONTES (*apud* GOMES, Manuel Januário Costa, *ob. cit.* 283 e seguintes; *apud* <http://www.dgsi.pt/>).

- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 16/09/2004, processo n.º 0434073, relator FERNANDO BAPTISTA (*apud* <http://www.dgsi.pt/>).

- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13/05/2008, processo n.º 0820287, relator ANABELA DIAS DA SILVA (*apud* <http://www.dgsi.pt/>).

- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 20/05/2008, processo n.º 0724435, relator RODRIGUES PIRES (*apud* GONZÁLEZ, José Alberto, *ob. cit.*, Vol. II, pág. 364; *apud* <http://www.dgsi.pt/>).

- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 03/05/2011, processo n.º 2331/05.4TBVLG.P2, relator VIEIRA E CUNHA (*apud* <http://www.dgsi.pt/>).

- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 07/12/2018, processo n.º 1575/18.3T8PVZ-A.P1, relator FRANCISCA MOTA VIEIRA (*apud* <http://www.dgsi.pt/>).

- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 17/06/2019, processo n.º 24873/17.9T8PRT-A.P1, relator ANA PAULA AMORIM (*apud* <http://www.dgsi.pt/>).

Tribunal da Relação de Coimbra

- Acórdão do Tribunal da Relação do Coimbra, de 19/02/2004, processo n.º 4019/03, relator Jorge Arcanjo (*apud* <http://www.dgsi.pt/>).

- Acórdão do Tribunal da Relação do Coimbra, de 07/10/2008, processo n.º 4081/06.5YXLSB.C, relator ISAÍAS PÁDUA (*apud* <http://www.dgsi.pt/>).

- Acórdão do Tribunal da Relação do Coimbra, de 24/05/2011, processo n.º 797/10.0TBCNT-A.C1, relator TELES PEREIRA (*apud* <http://www.dgsi.pt/>).

Tribunal da Relação de Évora

- Acórdão do Tribunal da Relação do Évora, de 25/03/2004, processo n.º 2460/03-3, relator ANA RESENDE (*apud* <http://www.dgsi.pt/>).

- Acórdão do Tribunal da Relação do Évora, de 24/10/2019, processo n.º 2447/18.7TBSTB.E1, relator TOMÉ RAMIÃO (*apud* <http://www.dgsi.pt/>).

Jurisprudência internacional

Alemanha

- Sentença do Tribunal de Justiça Federal da Alemanha, de 03/07/1952, (BGHZ 6, 385), (*apud* GOMES, Manuel Januário Costa, *ob. cit.* 276).

- Sentença do Tribunal de Justiça Federal da Alemanha, de 11/02/1963, (BGH, NJW, 63, pág. 900), (*apud* VARELA, João de Matos Antunes, *ob. cit.*, Vol. II, pág. 359).

Supremo Tribunal Espanhol

- Sentença do Supremo Tribunal de Justiça, de 22/02/1946, (*apud* GONZÁLEZ, Blás Pérez; ALGUER, José, *ob. cit.*, pág. 420).

- Sentença do Supremo Tribunal de Justiça, de 10/02/1950, (*apud* GONZÁLEZ, Blás Pérez; ALGUER, José, *ob. cit.*, pág. 420).