Tribunal da Relação de Lisboa
Processo nº 4267/17.7T8LSB-A.L1-8

Relator: ILÍDIO SACARRÃO MARTINS

Sessão: 22 Junho 2017

Número: RL

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: APELAÇÃO

Decisão: IMPROCEDENTE

CONTRATO DE MÚTUO **FIADOR**

Sumário

- Num contrato de mútuo, tendo o credor renunciado à hipoteca que garantia a obrigação do mutuário, o fiador deixou de se poder sub-rogar nos direitos do credor, para os efeitos da desoneração prevista no artigo 653º do Código Civil.

- Assim, nos termos do disposto naquele artigo mostra-se verificada a desoneração do fiador.

(sumário elaborado pelo relator)

Texto Integral

I - RELATÓRIO

P.. intentou contra o N..., SA providência cautelar não especificada, pedindo a condenação do requerida a:

(i) reconhecer e comunicar à Central de Responsabilização do Banco de Portugal que não se encontra em mora; (ii) abster-se de comunicar à Central de Responsabilidades do Banco de Portugal que se encontra em mora de quaisquer importâncias ao abrigo do mútuo hipotecário e a comunicar durante a pendência da acção principal que o ora requerente de nada é devedor ao abrigo daquele mútuo; (iii) pagar uma sanção pecuniária não inferior a € 2.500,00 mensais enquanto não cumprir a decisão que vier a ser proferida.

Alegou, em síntese, que se constituiu fiador num contrato de mútuo com hipoteca. Com a renúncia à hipoteca, decorrente da dação parcial em cumprimento, extinguiu-se o mútuo e a fiança que prestou, a qual é nula por

indeterminabilidade, pelo que, a comunicação ao Banco de Portugal constitui um acto ilícito, do qual lhe advieram prejuízos.

O requerido deduziu oposição nos termos constantes de fls. 59 a 66, concluindo pelo indeferimento da providência requerida.

Foi proferida *SENTENÇA* que determinou que o requerido, no prazo de 8 dias, proceda à comunicação à Central de Responsabilização do Banco de Portugal que o requerente não é devedor no âmbito dos contratos de mútuo celebrados com H.... E ainda que, decorrido tal prazo, deverá o requerido pagar, a título de sanção pecuniária compulsória, a quantia de € 500,00 por dia.

Não se conformando com a dita sentença, dela recorreu o N... SA, tendo formulado as seguintes *CONCLUSÕES*:

A. A questão sub judice enuncia o seguinte problema jurídico: pode o fiador desonerar-se da sua obrigação perante o credor, na sequência de dação em pagamento parcial e renúncia à hipoteca?

B. Defendemos a resposta negativa a esta questão e equiparamos ao caso em apreço a situação comum da venda/adjudicação em processo executivo, por valor insuficiente para pagamento da quantia exequenda, com o consequente cancelamento dos ónus reais incidentes sobre o imóvel objecto da venda, prossequindo a execução contra todos os devedores, mutuários e fiadores.

C. Com efeito, nos dois casos estamos perante formas de pagamento, cumprimento das obrigações, num caso voluntária, no outro, coerciva.

D. E que têm por consequência o cancelamento dos ónus que incidem sobre o bem que transita da esfera do devedor mutuário para a esfera do credor, com vista a cumprir parte da dívida.

E. Isto posto, centramo-nos na caracterização da obrigação do fiador, no contrato em concreto, onde prescindiu expressamente da característica de subsidiariedade e assumiu de forma solidária a obrigação perante o credor, como principal pagador, com expressa renúncia ao benefício da excussão prévia.

F. O fiador que renunciou ao benefício da excussão responde em termos solidários com o devedor, sendo a responsabilidade deste a medida da responsabilidade daquele.

G. Continuando o mutuário devedor de determinada quantia, também o fiador, obrigado solidário, por via da renúncia ao benefício da excussão prévia, assumindo-se como principal pagador da obrigação.

H. Por outro lado, o fiador não tinha que ser chamado a participar do acordo que se reporta à dação em cumprimento do imóvel, não podendo aliás obstar à sua realização (na medida em que traduz um acordo de vontade de ambas as partes- credor e devedor) e por outro lado, atento o âmbito da fiança prestada e considerando que renunciou ao benefício de excussão prévia e se assumiu como principal pagador, nunca poderia estar “estribado” na existência da hipoteca sobre o imóvel, por dela não se poder fazer valer, tendo afastado o princípio da subsidiariedade da fiança. Cfr. Acórdão da Relação de Coimbra de 13.11.2012, em que foi relatora a Desembargadora Maria Inês Moura, disponível in www.dgsi.pt

I. Não pode por isso concluir-se que o recorrido fiador, de alguma forma, viu afectada a sua obrigação de forma prejudicial pelo acordo em questão, vendo goradas as expectativas que tinha quando da realização do contrato; pelo contrário, na medida em que com a dação em cumprimento do imóvel se extinguiu parte da dívida, o mesmo vê assim o âmbito da fiança que prestou e conseqüentemente a sua obrigação reduzida em face do valor inicial que afiançou e que poderia sempre ter sido chamado a pagar na totalidade.

Termina, pedindo que seja revogada a sentença, substituindo-se a mesma por acórdão que determine a comunicação à Central de Responsabilidades do Banco de Portugal da responsabilidade em que o recorrido é devedor.

O recorrido contra-alegou, pugnando pela manutenção da sentença recorrida.

Dispensados os vistos, cumpre decidir.

II -FUNDAMENTAÇÃO

A) Fundamentação de facto

Mostram-se assentes os seguintes factos:

1º No dia 16 de Fevereiro de 2006, foi celebrada escritura de compra e venda e mútuo com hipoteca e fiança, mediante a qual o então Banco ..., concedeu um empréstimo ao mutuário H... no montante de € 80.000,00, destinado à aquisição da fracção autónoma, destinada a habitação, designada pela letra B, rés-do-chão frente, com arrecadação número nove na cave, do prédio urbano

sito na Praceta José Viana, 1 e 1 A, Quinta da Aleluia, Vale de Rosal, freguesia de Charneca da Caparica, concelho de Almada, inscrito na matriz sob o artigo P 22900 e descrito na Segunda Conservatória do Registo Predial de Almada sob o número 12740.

2º - Para caução e garantia de todas as responsabilidades assumidas nos termos do referido contrato, nomeadamente juros que forem devidos e, ainda, das despesas judiciais e extrajudiciais que, para efeitos de registo, se fixaram em três mil e duzentos euros, o mutuário H... constituiu hipoteca sobre a fracção autónoma adquirida, a favor do então Banco ...

3º - Por seu turno, o requerente constituiu-se fiador e principal pagador por tudo quanto viesse a ser devido ao Banco ..., em consequência do empréstimo aí titulado, com expressa renúncia ao benefício da excussão prévia, dando o seu acordo a quaisquer modificações de taxa de juro e alterações de prazo, bem como mudança de regime de crédito, que venham a ser convencionadas entre o credor e o devedor. A fiança ora constituída manter-se-á plenamente em vigor enquanto subsistir qualquer dívida de capital, juros ou despesas, contraída por qualquer forma, e imputável ao mutuário, segundo outorgante.

4º - No mesmo dia 16 de Fevereiro de 2006, foi celebrada escritura de mútuo com hipoteca e fiança, mediante a qual o então Banco ..., concedeu um empréstimo ao mutuário H... no montante de € 17.500,00, destinado a fazer face a compromissos financeiros anteriormente assumidos pelo primeiro outorgante e à aquisição de equipamento para a sua residência.

5º - Para caução e garantia de todas as responsabilidades assumidas nos termos do referido contrato, nomeadamente juros que forem devidos e, ainda, das despesas judiciais e extrajudiciais que, para efeitos de registo, se fixam em setecentos euros, o mutuário H... constituiu hipoteca sobre a fracção autónoma adquirida, a favor do então Banco ...

6º - Por seu turno, o requerente constituiu-se fiador e principal pagador por tudo quanto viesse a ser devido ao Banco ..., em consequência do empréstimo aí titulado, com expressa renúncia ao benefício da excussão prévia, dando desde já o seu acordo a quaisquer modificações de taxa de juro e alterações de prazo, bem como mudança de regime de crédito, que venham a ser convencionadas entre o credor e o devedor. A fiança ora constituída manter-se-á plenamente em vigor enquanto subsistir qualquer dívida de capital, juros ou despesas, contraída por qualquer forma, e imputável ao mutuário, primeiro outorgante.

7º - No dia 31 de Outubro de 2014, foi celebrada escritura de Dação em Cumprimento e Renúncia de Hipoteca, mediante a qual, para pagamento de parte da dívida decorrente dos empréstimos supra referidos, que ascendia, à data dos empréstimos, ao montante de € 92.584,57, procedeu-se ao pagamento de parte da dívida, no montante de € 62.250,00 através da dação em cumprimento parcial da fracção autónoma dada de hipoteca ao Banco.

8º - H... continuou devedor do remanescente, no montante de € 30.334,57.

9º - A requerida interpelou o ora requerente para pagar importâncias devidas por H... 10º - Como o requerente não procedeu ao pagamento imediato dos valores reclamados, a requerida comunicou à central de responsabilidades do Banco de Portugal essa situação, dando o requerente como devedor em mora.

11º - O requerente aufere mensalmente cerca de € 2.500,00, sendo o seu vencimento base de € 1.550,00.

12º - O requerente tem uma filha.

13º - Em Janeiro e 2017, o alegado valor vencido e não pago ascendia a € 1.016,54.

14º - O requerente pretende realizar pequenos negócios de compra e venda em nome pessoal de pequenas propriedades com recurso a crédito. 15. Após a comunicação feita ao Banco de Portugal, o requerente viu recusada a concessão de um crédito pessoal junto de uma instituição bancária.

B) Fundamentação de direito

A questão colocada e que este tribunal deve decidir, nos termos dos artigos 663º nº 2, 608º nº 2, 635º nº 4 e 639º nºs 1 e 2 do novo Código de Processo Civil, consiste em saber se, com a dação em cumprimento parcial e renúncia à hipoteca, o fiador, ora requerente, ficou, ou não, desonerado das suas obrigações como fiador perante a ora requerida.

Cumpre decidir.

O requerente intentou contra o requerido uma providência cautelar não especificada prevista no artigo 362º e seguintes do Código de Processo Civil.

Preceitua o artigo 362º nº 1 do Cód. Proc. Civil que “Sempre que alguém mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer a providência conservatória ou

antecipatória concretamente adequada a assegurar a efectividade do direito ameaçado”.

O que importa averiguar é se os factos provados caracterizam suficientemente os requisitos da mencionada providência.

Nos termos do disposto nos artigos 362º e 368º n.ºs 1 e 2 do Código de Processo Civil, o deferimento de providência cautelar não especificada pressupõe a verificação cumulativa dos seguintes requisitos:

- probabilidade séria de existência do direito invocado ou a possibilidade de vir a existir tal direito em virtude de decisão a proferir em acção constitutiva já proposta ou a propor;
- fundado receio de que o requerido antes de proferida decisão de mérito na acção principal, ou porque esta não está sequer proposta ou porque ainda se encontra pendente, cause lesão grave e de difícil reparação ao direito do requerente;
- a inexistência de providencia cautelar especifica para acautelar o referido direito;
- a necessidade de que a providencia requerida seja adequada a remover o *periculum in mora* concretamente verificado e a assegurar a efectividade do direito ameaçado;
- não exceder o prejuízo resultante da providencia o dano que com ela se quer evitar.

Através das providências cautelares pretende-se evitar os eventuais prejuízos provenientes do tempo que demora o decurso normal da acção. A formação lenta e demorada da decisão definitiva poderá expor o presumido titular do direito a sérios riscos de dano jurídico; para afastar esses riscos, para eliminar o dano, admite-se a emanação duma providência *provisória ou interina*, destinada a durar somente enquanto não se elabora e profere o julgamento definitivo^[1].

O segundo requisito tem a ver com aquilo que é designado por *periculum in mora*.

No procedimento cautelar atípico ou comum, como é o caso presente, a verificação do *periculum in mora* depende da alegação e da prova do fundado receio de lesão grave e dificilmente reparável.

Não é qualquer consequência danosa de ocorrência previsível antes da decisão definitiva que justifica o decretamento de uma medida provisória com reflexo imediato na esfera jurídica do requerido. Só lesões graves e dificilmente reparáveis podem justificar uma decisão judicial que salvede a requerente da previsível lesão de um direito da sua titularidade.

Deste modo, ainda que se mostrem irreparáveis ou de difícil reparação, ficam afastadas do círculo de interesses acautelados pelo procedimento cautelar comum as lesões sem gravidade ou de gravidade reduzida, tal como são excluídas as lesões que, apesar de graves, sejam facilmente reparáveis.

A gravidade da lesão previsível deve aferir-se à luz da sua repercussão na esfera jurídica do requerente, tendo em conta que, no concernente aos prejuízos materiais, eles são, em regra, passíveis de ressarcimento através de restituição natural ou de indemnização substitutiva[2].

O pedido formulado pelo requerente no procedimento cautelar consiste em ver reconhecido que não é devedor perante o banco requerido e, por isso, não é legítima a comunicação feita por este ao Banco de Portugal como se devedor em mora se tratasse.

Em síntese, argumenta que se mostra ameaçado o seu direito à concessão de crédito para o exercício da sua actividade e para a aquisição de bens de consumo.

A partir daqui a douta sentença decidiu do seguinte modo:

“O D.L. nº 204/2008, de 14/10, que aprova o regime jurídico relativo à Central de Responsabilidades de Crédito, que visa dar resposta à necessidade de as instituições de crédito e as sociedades financeiras avaliarem correctamente os riscos das suas operações, impõe, nos termos do disposto no seu artigo 3º o “dever de comunicação”.

“As entidades participantes ficam obrigadas a fornecer ao Banco de Portugal, nos termos da regulamentação aprovada, todos os elementos de informação respeitantes a responsabilidades efetivas ou potenciais decorrentes de operações de crédito concedido em Portugal (...).”

O requerente constituiu-se fiador e principal pagador no âmbito de dois contratos de mútuo com hipoteca a favor do seu irmão, Hugo Torre. A questão está em saber se, com a dação em cumprimento parcial e renúncia à hipoteca, ficou, ou não, desonerado das suas obrigações como fiador perante o ora

requerido. Dispõe o artº 653º do Cód. Civil que “Os fiadores, ainda que solidários, ficam desonerados da obrigação que contraíram, na medida em que, por facto positivo ou negativo do credor, não puderem ficar sub-rogados nos direitos que a este competem” (sublinhado nosso).

Por sua vez, preceitua o artº 644º do mesmo Código que “O fiador que cumprir a obrigação fica sub-rogado nos direitos do credor, na medida em que estes foram por ele satisfeitos”. Não obstante não haver uma referência expressa à sub-rogação na hipoteca do credor, tal garantia, sendo acessória do crédito, está naturalmente abrangida na referência genérica aos “direitos que a este competem” – cfr. neste sentido Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil Anotado, 4º ed., Vol. I, p. 671.

Por outras palavras, renunciando o credor à garantia da hipoteca impede o fiador de ficar sub-rogado no direito à mesma.

E não se diga que está em causa apenas uma situação de fiança com benefício da excussão prévia, na medida em que o próprio texto do artigo diz expressamente que o mesmo se aplica ainda que em caso de “solidariedade”.

Noutra ordem de considerações, dir-se-á que, contrariamente ao invocado pelo requerido, o fiador pode, de facto, falar da “garantia da hipoteca que perdeu”, na medida em que tal garantia, sendo do Banco/credor, pode “reverter” a favor do fiador através da sub-rogação nos direitos do credor, na medida em que por si for satisfeita a obrigação.

E foi precisamente dessa possibilidade, ou seja, de se valer da garantia da hipoteca perante o mutuário, na medida do que por si fosse satisfeito, que o requerido impediu o requerente.

Nesta conformidade, independentemente de se considerar que as partes (mutuante e mutuário) não quiseram extinguir a obrigação anterior na totalidade, criando uma nova em seu lugar, a verdade é que se mostra verificada a desoneração do fiador nos termos do disposto no citado normativo.

Acresce que, não obstante ter já sido feita a comunicação ao Banco de Portugal e não ser possível estabelecer um nexo de causalidade absoluto relativamente à não concessão de crédito por parte de outras instituições bancárias ao requerente, sendo certo que a recusa aconteceu após a mesma, a verdade é que, em todo o caso, a probabilidade de ver recusado qualquer

pedido de empréstimo é, naturalmente, maior quanto maior for a responsabilidade dada como efectiva.

Ou seja, a manutenção da comunicação feita pode atingir maior gravidade com o passar do tempo, mostrando-se justificado o receio na não reparação integral dos danos que daí possam advir.

Nessa conformidade, a continuidade da comunicação da existência de uma obrigação efectiva, quando ela não existe, expõe o requerente a uma análise de maior “risco” e, nessa medida, à maior probabilidade de ver recusado um crédito que pode ser condição para melhorar a sua situação económica e familiar. Resulta, assim, demonstrada a urgência, concluindo-se pela verificação dos requisitos essenciais para a decretação da providência.

No que se refere ao pedido de sanção pecuniária compulsória, entende-se adequada a assegurar a efectividade da providência a decretar a fixação da mesma em € 500,00 – cfr. artº 365º nº 2, do Cód. Proc. Civil, e 829º-A, do Cód. Civil.

Concordamos totalmente com o decidido pela primeira instância.

Acrescentaremos apenas que, a propósito do artigo 653º do Código Civil, a doutrina tradicional pronuncia-se dizendo “Como casos de aplicação deste artigo, podem citar-se os seguintes: o credor não reclamou o seu crédito na falência do devedor, não deduziu uma preferência em concurso de credores, renunciou a um privilégio, (...)”[\[3\]](#).

O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24.04.2012 decidiu no seguinte modo: “O artº 653º do CC quando prescreve que “os fiadores, ainda que solidários, ficam desonerados da obrigação que contraíram, na medida em que, por facto positivo ou negativo do credor, não puderem ficar sub-rogados nos direitos que a este competem”, consagra a designada excepção ou benefício *cedendarumactionem*. Assim sendo, ficam desonerados da obrigação que contraíram os fiadores de um mútuo com garantia hipotecária se a instituição de crédito renunciou à hipoteca, emitindo documento de cancelamento em conformidade com o disposto nos arts 730º, alª d), 731º, n.º 1, do CC e 56º do CRgP[\[4\]](#)”.

Também o acórdão da Relação de Lisboa de 14.04.2016 decidiu o seguinte: “Num contrato de mútuo, cancelada, com o consentimento do credor, a hipoteca que garantia a obrigação do mutuário, os fiadores deixaram de se poder sub-rogar nos direitos do credor, para os efeitos da desoneração

prevista no artigo 653º do CC, já que a nova hipoteca constituída sobre outro prédio não goza da mesma prioridade da hipoteca anterior[5]”.

Mostra-se, pois, razoavelmente feita a alegação e prova no que concerne aos factos necessários para se poder concluir quanto ao fundado receio de lesão grave e dificilmente reparável, ou seja do *periculum in mora*, a que se reporta o nº 1 do artº 362º do Código de Processo Civil, pressuposto essencial ao decretamento da providência cautelar não especificada.

EM CONCLUSÃO

- Num contrato de mútuo, tendo o credor renunciado à hipoteca que garantia a obrigação do mutuário, o fiador deixou de se poder sub-rogar nos direitos do credor, para os efeitos da desoneração prevista no artigo 653º do Código Civil.

- Assim, nos termos do disposto naquele artigo mostra-se verificada a desoneração do fiador

III - DECISÃO

Atento o exposto, julga-se improcedente a apelação, confirmando-se a douta sentença recorrida.

Custas pelo apelante.

Lisboa, 22/06/2017

Ilídio Sacarrão Martins

Teresa Prazeres Pais

Isoleta de Almeida Costa

[1] Jorge Augusto Pais de Amaral, “Direito Processual Civil”, Almedina, 4ª edição, pág. 25.

[2] Ac. RC de 23.5.2000, in CJ 3/2000.24.

[3] Pires de Lima e Antunes Varela, in C.C. Anotado, vol. 4ª ed., p. 671.

[4] Proc.º nº 18/07.2TBTBC.P1.S1

[5] Proc.º nº 10971/15.7T8LSB.L1-6, in www.dgsi.pt/jtrl