

# INSTITUTO DA CONFERÊNCIA

## **O ARTIGO 842.º DO CÓDIGO CIVIL É APLICÁVEL À SOLIDARIEDADE PASSIVA ?**

Relatório apresentado pelo DR. JOSÉ M.  
GALVÃO TELES

**1.** A hipótese nas suas linhas gerais é esta: dois indivíduos, A. e B., obrigaram-se solidariamente para com um terceiro, C., ao pagamento de determinada quantia que este lhes emprestara mediante garantia hipotecária.

Vencida a dívida, A. foi declarado em estado de insolvência civil.

Ao processo de insolvência vieram reclamar os seus créditos o mutuante e outros credores.

Fizeram-se por esses autos diversos rateios a que concorreu o credor hipotecário C.

Desta forma a insolvência civil pagou a esse credor uma soma que excedia em 100 contos, mais ou menos, a respectiva quota-parte proporcional na dívida solidária.

Depois disso, o credor hipotecário, porque considerava o seu crédito superior à importância que lhe foi fixada pela sentença de verificação de créditos, precisamente em quantia aproximada daquele excesso, conseguiu que o outro condevedor solidário, B., lhe pagasse a sua metade da dívida reconhecida por sentença, como se a insolvência lhe tivesse pago apenas a outra metade.

Resultou daqui que C. recebeu dos dois condevedores solidários um total que excedia em cem contos aproximadamente o seu crédito hipotecário aprovado.

A administração da insolvência civil, porém, ignorava que B. tivesse feito a C. pagamentos, todos posteriores aos rateios, que iam além da quota proporcional dele na dívida solidária, ou fosse, metade.

Apenas sabia que a própria insolvência tinha excedido a sua respectiva parte proporcional e que, por isso, lhe pertencia o direito de regresso contra B. pelo que a mais pagara, nos termos do artigo 754.º do Código Civil.

Tentou o administrador que B. pagasse extra-judicialmente à insolvência o que esta a mais da sua quota-parte desembolsara ; B., porém, escusou-se, alegando ter, por sua parte, entregado ao credor o correspondente a metade da dívida solidária que era tudo quanto aquele lhe exigira, e quanto ela era obrigado a despender em definitivo.

Teve a insolvência de recorrer a juízo.

A acção foi julgada na 1.ª instância procedente e provada e a Relação, em recurso de apelação, confirmou a sentença condenatória.

\*

\*     \*

Na acção o R. defendeu-se pretextando várias razões, que não interessa considerar aqui.

Mas na alegação de recurso acrescentou a essas razões mais o seguinte :

a insolvência não avisou, como devia, o recorrente dos pagamentos que fez ; e, como este, por tal motivo, os ignorava, pagou ao credor a totalidade da sua parte na dívida.

Daí não ter a insolvência regresso contra ele, mas só contra o credor.

Esta alegação consiste, afinal, em considerar aplicável à solidariedade passiva, nas relações dos convedores entre si, o preceito do artigo 842.º do Código Civil, que diz assim :

«Se o devedor pagou de novo, ignorando o pagamento, por falta de aviso ao fiador, não tem este regresso contra o devedor, mas só contra o credor».

Nesta conformidade, segundo o apelante, ele que ignorava, por falta de aviso, os pagamentos feitos pela insolvência, pagou bem, está desobrigado e só o credor que a mais recebeu deverá responder perante a insolvência.

Será assim ?

\*

\* \* \*

**2.** Notemos, em primeiro lugar, que entre as disposições que regulam a solidariedade passiva, artigos 752.º a 757.º do Código Civil, não há nenhuma que imponha aquele aviso de pagamento.

Mas não é tudo :

Nenhum autor, que saibamos, ao ocupar-se do instituto da solidariedade passiva e, especialmente, ao estudar as relações dos condevedores entre si, estabelece aquela obrigação como condição necessária ao exercício do direito de regresso.

E compreende-se que assim seja : é que a exigência de aviso ou notificação não se compadece com a natureza própria do instituto da solidariedade passiva.

Os obrigados solidários estão todos perante o credor num pé de absoluta igualdade.

Todos eles são devedores no mesmo grau, isto é, devedores, por igual, duma obrigação principal.

A cada um deles, portanto, cabe o ónus elementar que incumbe aos devedores, em geral, solidários ou não solidários, de averiguarem, antes de pagar o que lhes é exigido, se devem, a quem devem e quanto devem.

Esta prática, de rudimentar cautela, é ditada pela própria natureza das coisas : pois não se concebe que qualquer pessoa a quem outra exija o pagamento dum crédito, lho satisfaça só por esse facto, sem que, pelo menos, julgue saber de ciência certa que é devedor da quantia que lhe reclamam.

Poderá, apesar de tudo, pagar o que não deve, mas só por erro de facto ou de direito o fará, a não ser que o pagamento represente pura liberalidade da sua parte.

Mas precisamente a existência de erro de facto ou de direito já faz supor uma prévia indagação, embora viciada ou de resultados erróneos, acerca da subsistência e validade da dívida.

A disposição do artigo 758.º do Código Civil, ao exigir que se verifique «erro de facto ou de direito» para que o devedor possa recobrar o que pagou e realmente não deve — encarrega-se de consagrar o ponto de vista que defendemos.

Ora, se o ónus geral e elementar que assinalámos impende sobre qualquer devedor singular, com muito mais razão deve impender sobre o devedor solidário a quem o credor pede o pagamento da sua dívida.

Isto porque, na solidariedade passiva, o devedor tem sempre de admitir que outro condevedor já tenha pago a dívida por inteiro, voluntariamente ou não, por simples efeito dos princípios que regem aquele instituto.

E por isso não pode dispensar-se de averiguar, quando solicitado a pagar, se a dívida solidária ainda subsiste ou não, no todo ou em parte.

Se não o fizer, a sua ignorância não lhe aproveita.

\*  
\*   \*   \*

**3.** Pretende, porém, o réu na acção a que nos vimos referindo que a responsabilidade solidária, na parte que excede a quota de cada devedor, é uma verdadeira fiança e, como tal, está sujeita à regra do artigo 842.º do Código Civil.

Seria assim se a solidariedade passiva se pudesse confundir com a fiança.

Mas não pode.

A concepção que equipara estas duas instituições é a mesma que existiu nos primórdios do direito em Roma.

Tem alguns séculos de idade.

De então para cá, quantas transformações!

A evolução começou a produzir-se logo no seio do próprio direito romano.

Se é certo que no princípio o fiador não se distinguia do devedor solidário, porque ninguém se podia obrigar por outrem senão mediante uma única forma: a «sponsio» — ao lado desta, em pouco tempo, surgiram outras figuras jurídicas pelas quais era possível realizar o mesmo objectivo: a «fidepromissio» e a «fidejussio».

Estas representam já um passo em frente no sentido da fiança, tal como ela se concebe nos tempos modernos: obrigação acessória de garantia pessoal.

No tempo do pretor o instituto da fiança recebe mais outro impulso no caminho da sua emancipação total, através duma nova forma de compromisso em favor de outrem: o «constitutum debiti alieni» ou pacto de constituto, que consistia na obrigação de pagar a dívida de outrem.

O pacto de constituto era, assim, uma verdadeira fiança, se aparecia ligado a uma dívida preexistente, com a intenção de a garantir.

A partir de então a fiança assumiu a dignidade de instituto independente e totalmente distinto da responsabilidade solidária.

Hoje é tarde para voltar a confundir-se.

O que há de comum entre as duas instituições é, apenas, o representarem ambas uma garantia para o credor.

E daí o chamar-se, às vezes, impròpriamente e em sentido amplo, fiança à responsabilidade solidária, por ser aquela o tipo das garantias pessoais.

Foi manifestamente neste sentido amplo e impróprio que o Sr. Dr. Cunha Gonçalves chamou fiança recíproca à solidariedade passiva na parte em que a prestação excede a quota viril de cada devedor.

De resto, a afirmação aparece no texto do seu conhecido tratado sem a mais leve sombra de justificação, que, aliás, não era possível.

O que distingue a fiança das outras formas de co-responsabilidade é que ela constitui uma obrigação de garantia acessória, supondo, portanto, a existência simultânea duma obrigação principal a que anda indissoluvelmente ligada.

Ao passo que na solidariedade passiva as obrigações de cada um dos devedores são todas principais, independentes de qualquer outra obrigação exterior e colocadas no mesmo nível ou grau, umas em relação às outras.

Desta diversidade resulta também necessariamente uma diferenciação de consequências que os autores registam.

Citemos, por todos, o «*Traité Theorique et Pratique de Droit Civil*», de G. Baudry-Lacantinerie.

No seu volume XXIV, n.º 914-3.º, 916 e 918 pode ler-se, entre outras coisas, que a fiança é um contrato acessório. O seu fim é conferir uma garantia ao credor, supõe, portanto, necessariamente uma obrigação preexistente, à qual se liga pelo laço que une o acessório ao principal.

Esta característica produz também importantes consequências — continua o mesmo autor.

A fiança diferencia-se, pelo seu carácter acessório, de diversas outras obrigações.

Assim, deve distinguir-se da obrigação solidária, pela qual duas ou mais pessoas se obrigam **TODAS DUMA MANEIRA PRINCIPAL** pela mesma dívida.

E, no número ou parágrafo 919 do mesmo volume desta obra monumental e autorizadíssima, sustenta-se que o próprio *fiador solidário* não pode equiparar-se ao *devedor solidário*.

São do respectivo texto estas palavras, que traduzimos tão literalmente quanto possível :

«O fiador obriga-se muitas vezes solidariamente com o devedor.

É mesmo na prática a principal forma de fiança.

O fiador solidário é um fiador.

Com efeito, a ideia de fiança lembra necessariamente a ideia de obrigação acessória, e a opinião contrária tem o grande defeito de assimilar o fiador solidário, apesar dos termos da sua obrigação, ao devedor solidário.

É certo que o fiador solidário está privado dos benefícios da excussão e da divisão ; mas longe de se considerarem estes caracteres como exclusivos duma obrigação

accessória, deve-se pensar que a lei, indicando-os, quis, ao contrário, declarar implicitamente que em todos os outros pontos de vista o fiador solidário é um fiador.

Demais, é por motivos particulares perfeitamente compatíveis com o seu carácter de fiador, que o fiador solidário é privado dos benefícios da excussão e da divisão.»

Mas há mais :

Se, no direito positivo português, a solidariedade passiva fosse uma verdadeira fiança recíproca teríamos que lhe era aplicável o regime jurídico da fiança.

Ora, bastará percorrer a secção que trata dessa matéria no nosso Código Civil para se concluir que a grande maioria das suas disposições seriam inadaptaáveis à solidariedade passiva.

Mais ainda : o fiador, exactamente porque é sempre um terceiro, estranho à dívida, que se obriga pelo seu pagamento em mera garantia do credor, tem invariavelmente contra o devedor direito de regresso até a concorrência do que foi obrigado a pagar (artigos 838.º, 839.º e 779.º n.º 1.º do C. C.).

Se o devedor solidário que paga mais do que correspondia à sua quota-parte, proporcional ao número dos condevedores, fosse quanto a esse excesso um verdadeiro fiador, teria também sempre e invariavelmente o mesmo direito.

Ora sabemos que não é assim.

O devedor solidário compelido a pagar a dívida por inteiro pode não ter direito de regresso contra os seus condevedores ou tê-lo só em mínima parte.

Isso sucederá quando assim for expressamente convencionado ou quando se mostre que o interesse dos condevedores solidários no negócio jurídico é desigual ou cabe exclusivamente ao que pagou.

Seja, portanto, qual for o aspecto por que a questão se encare somos forçados a concluir que a solidariedade passiva, mesmo na parte excedente, não constitui fiança.

E assim o artigo 842.º do Código Civil não é, por si, aplicável ao caso da solidariedade.

\*  
\*   \*  
\*

4. Mas sê-lo-á pelo princípio da analogia do artigo 16.º do Código?

Respondemos afoitamente que não, pelas seguintes razões:

- a) — Não existe, na hipótese, um caso omissio que justifique a aplicação da analogia, que é uma forma de integração e não de interpretação da lei.

Realmente para que se verificasse lacuna da lei era mister que se fizesse sentir, para o caso da solidariedade, a falta duma regulamentação análoga à que o artigo 842.º contém para a fiança.

Ora tal falta não se faz sentir e é antes inteiramente suprida pela índole especial da solidariedade passiva que, como assinaíamos, faz de cada obrigado um devedor principal, sujeito, como todos os devedores principais, à cautela preliminar de saber se deve, quanto deve e a quem deve.

- b) — O preceito do artigo 842.º é excepcional, visto que constitui manifesto desvio à regra de que quem paga a mais ou indevidamente é que tem acção de repetição contra o credor que cobrou o que lhe não era devido (artigo 758.º do citado Código).

Ora, como preceito excepcional que é não pode o art.º 842.º aplicar-se por analogia, porque a isso se opõe a disposição expressa do artigo 11.º do Código Civil.

Finalmente,

- c) — As razões que justificam a exigência do aviso preceituado no artigo 842.º para o caso do fiador, não se verificam para o caso do condevedor solidário.

Além, o aviso é necessário exactamente porque, sendo o fiador um garante subsidiário, a sua intervenção no pagamento pode ter-se como anormal.

A regra é ser o devedor da obrigação afiançada a pagá-la, visto que as obrigações extinguem-se, normalmente, pelo seu cumprimento voluntário, sem que o credor haja de recorrer às garantias constituídas.

Daí o tornar-se conveniente o aviso de pagamento, para evitar que o devedor, cuja presunção é de que o credor o interpele em primeira mão, possa ser colhido de surpresa.

E daí também a consequente sanção ou penalidade para a falta desse aviso, quando dela resultem consequências.

No caso da solidariedade, as coisas não se passam assim.

Como já demonstrámos cada um dos condevedores tem sempre de admitir como possível que qualquer dos outros já tenha pago a dívida, no todo ou em parte.

Do exposto resulta evidente que o artigo 842.º do Código Civil não é de aplicar às obrigações de solidariedade passiva, nem directamente, nem por efeito da aplicação analógica — *quod erat demonstrandum*.

O relator,

*José M. Galvão Teles*

*Este Relatório provocou interessada, por vezes mesmo acalorada, discussão, que se prolongou por várias sessões consecutivas.*

*Nela intervieram mais largamente os Doutores Prof. José Gabriel Pinto Coelho, Prof. Barbosa de Magalhães, e os Drs. Tito Arantes, Mário de Castro, Carlos Mourisca, Manuel João da Palma Carlos, além doutros advogados.*

*O Relator teve ensejo de sustentar, em repetidas intervenções, os pontos de vista do seu Relatório, que, sem embargo da viva opposição de poucos, mereceu a concordância de quase todos... os que não calaram as suas opiniões.*