

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP

Luiz de Almeida Baptista Neto

A GARANTIA DA FIANÇA NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO

SÃO PAULO
2016

LUIZ DE ALMEIDA BAPTISTA NETO

A GARANTIA DA FIANÇA NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO

Trabalho de conclusão de Curso de Pós-Graduação em Direito para Obtenção do certificado de Especialização em Direito Imobiliário.

Orientador: William Santos Ferreira.

SÃO PAULO
2016

Monografia apresentada como pré-requisito para a obtenção do certificado de Especialização em Direito Imobiliário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Professor Orientador: WILLIAM SANTOS FERREIRA

NOTA: _____

SUMÁRIO

RESUMO	5
INTRODUÇÃO.....	6
CAPÍTULO I.....	8
DOS CONTRATOS DE GARANTIA	8
CAPÍTULO II.....	11
DO CONTRATO DE LOCAÇÃO E DO CONTRATO DE FIANÇA.....	11
ASPECTOS RELEVANTES DO CONTRATO DE LOCAÇÃO	11
NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE LOCAÇÃO	12
OBJETO DO CONTRATO DE LOCAÇÃO E ÂMBITO DA LEI.....	13
DAS GARANTIAS LOCATÍCIAS	14
DO CONTRATO DE FIANÇA	16
CARACTERÍSTICAS JURÍDICAS DA FIANÇA.....	18
DA ACESSORIEDADE DA FIANÇA.....	20
DA SUBSIDIARIEDADE DO CONTRATO DE FIANÇA.....	21
DA POSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DO CONTRATO DE FIANÇA.....	22
DA OUTORGA UXÓRIA OU MARITAL	22
DA POSSIBILIDADE DE ESTIPULAÇÃO DE PRAZO NO CONTRATO DE FIANÇA.....	24
REQUISITOS SUBJETIVOS DO FIADOR.....	25
REQUISITOS OBJETIVOS PARA SER FIADOR.....	25
REQUISITOS FORMAIS	26
DA POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DO FIADOR.....	27
EFEITOS DA FIANÇA	28
BENEFÍCIOS LEGAIS DO FIADOR	28
BENEFÍCIO DE ORDEM NO CONTRATO DE LOCAÇÃO	28
DA POSSIBILIDADE DE PLURALIDADE DE FIADORES GARANTINDO UMA MESMA OBRIGAÇÃO.....	31
DO BENEFÍCIO DA DIVISÃO E DA SUB-ROGAÇÃO	31
DO BENEFÍCIO DA EXONERAÇÃO DA FIANÇA.....	33
HIPÓTESES DE EXTINÇÃO DA FIANÇA.....	33
ASPECTOS CONTROVERTIDOS DO CONTRATO DE FIANÇA	34
DA RENÚNCIA AO DIREITO DE EXONERAÇÃO	34
A PRORROGAÇÃO DA FIANÇA LOCATÍCIA NOS CONTRATOS POR PRAZO INDETERMINADO.....	38
DA PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR	41
CONCLUSÃO.....	52

RESUMO

O presente trabalho monográfico analisa o instituto da fiança, sua aplicação e consequências dentro do ordenamento jurídico brasileiro com ênfase nos contratos de locação. O estudo enquadra a fiança como contrato acessório garantidor de uma obrigação principal, ou seja, um instrumento jurídico protetivo ao credor que confere efetividade ao pagamento do aluguel estipulado no contrato. Nessa ordem de ideias, a dissertação propõe uma análise teórica sobre as consequências jurídicas do contrato de fiança nas relações locatícias, sob o prisma legal, doutrinário e jurisprudencial. A problemática será restrita aos limites da responsabilidade do fiador nos contratos locatícios, questão polêmica na seara doutrinária e jurisprudencial. A monografia expõe conceitos do instituto, sua função e natureza jurídica e termina por considerar as consequências jurídicas de sua utilização.

Palavras-chaves: contrato de locação; garantia contratual; fiança; consequências jurídicas.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho abordará a relevância do instituto da fiança nos contratos de locação e as consequências jurídicas da sua aplicação na relação locatícia, dentro de uma análise legal, doutrinária e jurisprudencial.

Em breves palavras, a fiança pode ser caracterizada como uma espécie de garantia ao cumprimento da obrigação estipulada no contrato de locação, uma segurança ao locador e à máxima efetivação do contrato.

Será demonstrado que o contrato de fiança é uma obrigação acessória que garante o cumprimento da obrigação principal. O instituto vem previsto no art. 818 do Código Civil, o presente contrato garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra.

A divergência reside na questão relacionada ao limite da responsabilidade do fiador para com o credor. Isto porque, sendo a fiança um contrato acessório, o fiador responderá subsidiariamente, somente quando o devedor principal se tornar inadimplente, tornando-se o fiador responsável pela dívida nos exatos termos em que se obrigou contratualmente.

Hodiernamente, a maioria dos problemas gerados na aplicação do instituto referem-se à falta de conhecimento dos direitos e obrigações do fiador do contrato de locação, ignorando o reflexo jurídico da obrigação assumida.

Além do problema de falta de conhecimento do instituto, existe relevância jurídica no tema objeto de debate, divergências jurisprudenciais e doutrinárias sobre a limitação temporal da responsabilidade do fiador, penhorabilidade de seu único imóvel destinado à moradia de sua família, dentre outros assuntos polêmicos.

Desta forma, comprovada a transcendência e relevância do tema debatido, alvo inquestionável de controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, para análise detalhada do instituto, o trabalho foi estruturado em cinco capítulos.

O primeiro capítulo analisa as espécies de garantia, o segundo analisará especificamente o contrato de locação e o contrato acessório da fiança, apresentando os seus principais aspectos, funções, natureza jurídica, o terceiro capítulo abordará os efeitos

da fiança, entre eles, o benefício de ordem no contrato locatício e o benefício de divisão e sub-rogação, o quarto capítulo será destinado à discussão das consequências jurídicas da fiança nas relações locatícias, entre eles, a fiança prestada por um dos cônjuges sem o consentimento do consorte, a penhora do bem de família do fiador, a exoneração da fiança nos contratos locatícios, a extensão da fiança aos contratos de locação por prazo determinado renovados automaticamente por prazo indeterminado e as opiniões que divergem sobre o referido tema. Por último, o quinto capítulo será destinado à conclusão do presente trabalho.

CAPÍTULO I

DOS CONTRATOS DE GARANTIA

A preocupação com a redução dos riscos de inadimplência e máxima eficácia do contrato, sempre foram presentes na sociedade, pois, como todo sistema normativo, deve-se conceber o cumprimento do contrato como a modalidade normal de extinção da obrigação. Dentro deste pressuposto, o descumprimento do contrato pode ser reconhecido como uma forma de extinção anômala da relação obrigacional.¹

Entende-se por anormal, ou anômala, pois impedem a execução do contrato e a consumação do objeto estipulado. Sendo assim, qualquer hipótese de extinção que não seja consumada com a execução do objeto contratual, deve ser concebida como anômala.²

Ante a presente crise sistêmica de descumprimento das obrigações, o fato socialmente relevante levou o legislador à criação de um instrumento contratual destinado a garantia do credor ao cumprimento da obrigação.

Venosa³ entende que “as obrigações de garantia são uma terceira modalidade de obrigação, ao lado das obrigações de meio e de resultado. O conteúdo da garantia, sempre a serviço de outra obrigação, é eliminar um risco que pesa sobre o credor. Para esse fim, a simples assunção do risco pelo devedor da garantia representa por si só o adimplemento da obrigação. Trata-se, pois de uma obrigação acessória ao contrato principal.”

Para Sylvio Capanema, “as garantias são obrigações acessórias, que seguem a sorte da principal, que é a locação. Podem ser estabelecidas concomitantemente à locação, constando do mesmo instrumento contratual, como posteriormente, em documento apartado. Elas não se podem presumir, impondo-se que sejam expressas. A nulidade ou anulabilidade do contrato de locação se estende à garantia, maculando-a igualmente, mas a

¹ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, volume 3. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 156.

² MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. Vol. 38. Campinas: ookseller, 2005, p. 201.

³ VENOSA, Sílvio de Salvo. Lei do Inquilinato Comentada: doutrina e prática: Lei 8.245 de 18-10-1991, 2010, p.164.

recíproca não é verdadeira.”⁴

Maria Helena Diniz conceitua garantia como “o ajuste que visa dar ao credor uma segurança de pagamento, que poderá efetivar-se mediante a entrega de um bem móvel ou imóvel, pertencente ao próprio patrimônio do obrigado (penhor, hipoteca ou anticrese), para responder preferencialmente pelo resgate da dívida, caso em que se terá garantia real, ou, então, mediante promessa de terceiro, estranho à relação jurídica, de solver pro debitor, hipótese em que se configurará a garantia pessoal ou fidejussória, ou melhor, a fiança, que, além de garantir a boa vontade do devedor, completará a sua insuficiência patrimonial com o patrimônio do fiador. E o devedor não pagar o débito ou se seus haveres forem insuficientes para cumprir a obrigação assumida, o credor poderá voltar-se contra o fiador, reclamando o pagamento da dívida, para assim se cobrar.”⁵

Para Caio Mário, “caução ou garantia compreende-se todo negócio jurídico com o objetivo de oferecer ao credor uma segurança de pagamento, além daquela genérica situada no patrimônio do devedor.”⁶

Sendo assim, os contratos de garantia protegem o credor da obrigação, conferem segurança à relação contratual frente às lesões resultantes do possível inadimplemento da obrigação⁷. O sistema prevê duas modalidades distintas de garantia, a pessoal, também chamada de fidejussória, e a garantia real.

A garantia pessoal, ou fidejussória, é o contrato mediante o qual, constatado o inadimplemento, um terceiro assume a responsabilidade pela satisfação da obrigação. Sendo assim, a presente garantia vincula o patrimônio de um terceiro ao cumprimento da obrigação. São espécies dessa garantia, a fiança e o aval.

⁴ CAPANEMA, Sylvio. A lei do inquilinato comentada artigo por artigo. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pag. 163.

⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: 3.** Teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais.. ed. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 586.

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – volume III.* 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 493.

⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: 4.** direito das coisas. 25.. ed. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 488.

Sendo assim, o negócio poderá ser garantido mediante segurança de pagamento ofertada por terceiro estranho à relação obrigatória, o qual se compromete a realizar o pagamento, desta relação nasce a garantia pessoal.⁸

A garantia real vincula um bem específico do devedor ao pagamento da dívida, poderá ser oponível contra todos, em ordem de preferência para pagamento da obrigação.

Para Caio Mário da Silva Pereira⁹, “Pode efetivar-se mediante a separação de um bem determinado, móvel ou imóvel, com o encargo de responder o bem gravado ou o seu rendimento pela solução da obrigação (penhor, hipoteca, anticrese), casos em que fica estabelecido um ônus sobre a própria coisa, constituindo espécie de garantia real, por isto mesmo pertinentes aos direitos reais”.

Orlando Gomes entende que “direito real de garantia é o que confere ao credor a pretensão de obter o pagamento da dívida com o valor do bem aplicado exclusivamente à sua satisfação. Sua função é garantir ao credor o recebimento da dívida, por estar vinculado determinado bem ao seu pagamento. O direito do credor concentra-se sobre determinado elemento patrimonial do devedor.”¹⁰

Pode-se exemplificar a garantia real com a hipoteca, anticrese, penhor, propriedade fiduciária.

A diferença notável entre as espécies de garantia real e pessoal, reside no fato de que, a garantia real recai sobre um bem específico do patrimônio, enquanto a garantia pessoal recai sobre a totalidade do patrimônio do contratante.

Sendo assim, conforme demonstrado, nos contratos de garantia, existe a figura de um terceiro sujeito ou de um bem vinculado ao cumprimento da obrigação e garantidor do cumprimento do contrato.

O presente trabalho analisará a garantia pessoal da fiança e sua aplicação aos contratos de locação, mediante exposição abaixo.

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – volume III*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 493.

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – volume IV*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 324.

¹⁰ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*, apud GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – volume V*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 491.

CAPÍTULO II

DO CONTRATO DE LOCAÇÃO E DO CONTRATO DE FIANÇA

ASPECTOS RELEVANTES DO CONTRATO DE LOCAÇÃO

O presente estudo possui como objetivo a análise da garantia da fiança aplicada aos contratos de locação, sendo assim, indispensável uma análise do instituto do contrato de locação.

Conceitua-se locação como o contrato através do qual, uma parte, nomeada locador, concede à outra, que se denomina de locatário, o uso e gozo temporário de bem, infungível, mediante determinada retribuição, que é chamada de aluguel.¹¹

O locador é, em geral, proprietário do bem, chamado também de senhorio, mas outros possuidores diretos também podem conceder a locação, como usufrutuário, fiduciário e quem mais tiver a posse legítima do imóvel e que estiver em condições de garantir ao locatário, também designado por inquilino, o uso pacífico da coisa locada e impedir a turbação por parte de terceiros.

Orlando Gomes¹² ensina que locação é “um contrato pelo qual uma das partes se obriga, mediante contraprestação em dinheiro, a conceder à outra, temporariamente, o uso e gozo de coisa não fungível”.

Gilmar Alves de Azevedo¹³, em sua correta síntese, afirma que locação é “contrato bilateral e oneroso, pelo qual alguém cede, mediante remuneração, o uso de bens ou serviços por tempo determinado ou indeterminado”.

Para o jurista Clóvis Beviláqua⁴⁷ oferece o seguinte conceito de contrato de locação: “A locação é o contrato pelo qual uma das partes, mediante remuneração paga pela outra, se compromete a fornecer-lhe, durante certo lapso de tempo, o uso e gozo de uma coisa infungível, a prestação de um serviço apreciável economicamente, ou a execução de alguma obra determinada. ”

¹¹ Avvad, Pedro Elias. Direito Imobiliário, Rio de Janeiro, Forense, 2012, Pag. 497.

¹² GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 332.

Orlando Gomes¹⁴ ainda ensina que: (...) chama-se locador quem concede o uso e o gozo da coisa infungível. Chama-se locatário a parte que recebe a coisa infungível para usá-la da forma convencionada. A contraprestação em dinheiro do uso e gozo da coisa chama-se aluguel.”

Sendo assim, pode-se definir o contrato de locação como um negócio em que resta acordada a cessão onerosa do uso e gozo de um bem por tempo determinado.

Segundo Orlando Gomes¹⁵, o contrato de locação é sinalagmático, pois envolve obrigações recíprocas para ambas as partes, essencialmente comutativo, pois o aluguel deve corresponder ao valor representado pelo uso do bem locado, oneroso, pois há necessidade de retribuição pelo uso, pois inexistindo aluguel, estaria configurado o comodato; consensual, bastando o consentimento das partes, dispensando qualquer outra formalidade, pois admite-se o aluguel verbal.

Além de todas estas características, a locação é impessoal, pois não se extingue com a morte de qualquer das partes, alguns doutrinadores classificam-na como “intuitu familiae”, e finalmente, pode-se classificá-la como um contrato de duração, pois se desenvolve no tempo, pois a temporariedade é essência da locação e pode ser estabelecida por prazo determinado ou indeterminado.

NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE LOCAÇÃO

A natureza jurídica do contrato de locação é controversa, alguns doutrinadores sustentam que o direito do inquilino é de natureza real, quando registrado o contrato no registro de imóveis, com estipulação de cláusula de vigência, outros juristas defendem que o direito do locatário poderá ser oposto a terceiros, independente do registro, é o que sustenta Orlando Gomes “a característica do direito real é seu exercício sem intermediário, e o locatário, para exercer o seu direito, precisa que o locados lhe proporcione o uso da coisa. Esse direito não é in re, mas adrem. Trata-se, pois, de um direito de natureza pessoal.”

Carlos Roberto Gonçalves¹⁶, define o contrato como bilateral e sinalagmático, pois envolve prestações recíprocas, gera obrigações para ambas as partes. Sobre a característica

¹³ AZEVEDO, Gilmar Alves de. Lei do Inquilinato comentada: residencial e comercial. 1. ed. 2002,p. 11.

¹⁴ GOMES, Orlando. Op. cit., p. 332.

¹⁵ Gomes, Orlando. Contratos. 17. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 274/275.

¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., p. 309.

da onerosidade, o mesmo autor afirma que é essência do contrato de locação, pois ambas obtém proveito, se o uso ou gozo da coisa for cedido gratuitamente, ocorrerá desfiguração do contrato.

OBJETO DO CONTRATO DE LOCAÇÃO E ÂMBITO DA LEI

A locação poderá ter como objeto coisas móveis ou imóveis, referente à bens móveis, Silvio Rodrigues afirma: “devem se infungíveis, pois se a coisa cujo uso concede é infungível, o contrato degenera em mútuo.”¹⁷

O objeto de estudo refere-se à locação de imóveis urbanos, sendo assim, trataremos com afincos da presente questão, deixando de analisar as outras espécies de locação.

A legislação referente ao tema foi consolidada somente em um estatuto, a lei 8245, de 1991, abarcando normas de direito material e processual. Sendo assim, o legislador concentrou em um único diploma, toda matéria envolvendo a locação do imóvel urbano, com algumas exceções expressas no dispositivo legal.

Assim, dispõe o art. 1º, parágrafo único e suas alíneas da Lei 8.245/91:

Art. 1º A locação de imóvel urbano regula-se pelo disposto nesta Lei. Parágrafo único: Continuam regulados pelo Código Civil e pelas leis especiais:

a) as locações:

1. de imóveis de propriedade da União, dos Estados e dos Municípios, de suas autarquias e fundações públicas;
2. de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos;
3. de espaços destinados à publicidade;
4. em apart-hotéis, hotéis-residência ou equiparados, assim considerados aqueles que prestam serviços regulares a seus usuários e como tais sejam autorizados a funcionar;

b) o arrendamento mercantil, em qualquer de suas modalidades. (...)

A leitura dos primeiros dispositivos deixa claro que a presente lei não poderá regular imóveis rurais, muito menos bens públicos, vagas de garagem, espaços destinados à publicidade, apart-hotéis, hotéis-residências, todos estes casos estão sob a égide do Código Civil.

¹⁷ Rodrigues, Silvio. Direito Civil. Ed. São Paulo, 2003. V.3. Pag.222

Sobre a conceituação de um determinado imóvel como urbano, o critério utilizado pela lei é o da destinação atribuída ao imóvel, e não a sua localização, conforme esclarece Arnaldo Rizzardo.¹⁸

Dentro deste contexto negocial, o locador poderá exigir algumas modalidades de garantia previstas na lei do Inquilinato.

DAS GARANTIAS LOCATÍCIAS

A lei de locações permite ao locador a escolha de garantias, tudo para reduzir o risco de eventual inadimplemento das obrigações do locatário, especialmente quanto ao pagamento dos aluguéis e encargos, e à conservação do imóvel.¹⁹

Porém, Capanema ensina que: “A experiência profissional, entretanto, nos ensinou que não há garantia absoluta, que torne o locador imune a riscos. O que pode fazer é reduzi-los ao máximo possível, jamais eliminá-los”.

A lei de locações prevê quatro modalidades de garantias, sendo vedada a estipulação de mais de uma espécie, tudo previsto no artigo 37 do diploma legal:

Artigo 37. No contrato de locação, pode o locador exigir do locatário as seguintes modalidades de garantia:

I – Caução;

II- Fiança;

III – seguro de fiança locatícia.

IV – Cessão fiduciária de quotas de fundos de investimento.

A estipulação de duas espécies de garantia em um mesmo contrato gera muitas controvérsias, alguns doutrinadores defendem que uma garantia anularia a outra, permanecendo o contrato sem nenhuma garantia, outros defendem que o contrato ficaria

¹⁸ RIZZARDO, Arnaldo. Op. cit., p. 497

¹⁹ CAPANEMA, Sylvio. A lei do inquilinato comentada artigo por artigo. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pag. 163.

somente com a primeira garantia prestada.²⁰

O autor Francisco Carlos Rocha de Barros²¹, também entende no mesmo sentido, ensinando que deve prevalecer a garantia dada antes e, se fornecidas simultaneamente, a que primeiro foi mencionada no contrato e, ainda, se uma foi dada no contrato de locação e outra em documento apartado, anula-se esta, reputando-se válida a do contrato locatício.

O rol das modalidades de garantia é taxativo, desta forma, não se admite outra modalidade, além das expressas no dispositivo.

Das espécies de garantia permitidas, vale a pena salientar que a caução e a cessão fiduciária de quotas constituem garantias reais, enquanto as outras duas são fidejussórias.

A primeira modalidade é a caução, em dinheiro ou bens móveis ou imóveis, se for em dinheiro, não poderá exceder três vezes o valor do aluguel, o que torna uma garantia frágil, pois o prejuízo pode superar o valor depositado, vale lembrar que a quantia deverá ser depositada em caderneta de poupança com os benefícios em favor do locatário.

A segunda modalidade de garantia é a fiança, objeto do presente estudo, a principal e mais comum espécie de garantia utilizada nos contratos de locação, será objeto de análise detalhada abaixo.

A terceira modalidade, o seguro fiança, seria a modalidade que resolveria todas as tormentas e dúvidas dos locadores para análise do perfil do locatário, não fosse o elevadíssimo custo praticado no mercado, desestimulando possíveis interessados.

A quarta e última espécie, a “cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento” foi introduzida pela lei 11196/2005, modalidade muito pouco utilizada na prática.

O presente estudo ficará restrito à análise da garantia da fiança aplicável aos contratos de fiança e suas consequências práticas.

²⁰ CAPANEMA, Sylvio. A lei do inquilinato comentada artigo por artigo. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pag. 167.

²¹ Francisco Carlos Rocha Barros, comentários à lei do Inquilinato, apud. SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Direito Imobiliário: Teoria e prática. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 910.

DO CONTRATO DE FIANÇA

O capítulo anterior deixou explícita a possibilidade conferida pelo ordenamento jurídico aos contratantes, quando da celebração de um contrato de locação, de estipularem livremente um de contrato acessório de fiança para garantia do cumprimento da obrigação.

A fiança é sem dúvida a modalidade de garantia mais utilizada nas locações, embora existam outras mais eficientes, a previsão legal da fiança está no art. 818 do Código Civil que reza, “pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra”.

Para José Fernando Simão: “O contrato de fiança é o contrato pelo qual uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra (CC, art. 818). É contrato que se forma entre o fiador e o credor, não sendo o afiançado parte contratual. Exatamente por isso o Código Civil admite fiança estabelecida entre credor e fiador contra a vontade do afiançado-devedor (CC, art. 820). Trata-se de um contrato pelo qual o fiador disponibiliza o seu patrimônio para garantir dívida de terceiro, o devedor principal. É um exemplo claro de responsabilidade (Haftung) sem dívida própria (Schuld), já que o fiador é mero garantidor. Trata-se de uma espécie de garantia pessoal ou fidejussória. Difere das garantias reais (penhor, hipoteca, anticrese), pois nestas o devedor ou o terceiro disponibilizam apenas determinada coisa como garantia da dívida.”²²

Para Flávio Tartuce: “a fiança, também denominada caução fidejussória, é o contrato pelo qual alguém, o fiador, garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra”.²³

Segundo Venosa, “Trata-se de forma peculiar de contrato, pelo qual um terceiro garante o contrato. Garantia pessoal que é, assegura o cumprimento das obrigações do locatário, o verdadeiro devedor, geralmente por amizade, embora a fiança remunerada esteja presente com certa frequência. É caso típico em que se dissociam os dois elementos clássicos da obrigação: o débito e a responsabilidade, porque o débito não pertence ao fiador, mas sim

²² Simão, José Fernando. Novamente a fiança. Para falar de espinhos.http://professorsimao.com.br/artigos_simao_regime_bens_novamenteAfeto2.htm, acesso em 25/08/2016

²³ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. Vol. único. São Paulo: Método. 2012, p. 773

ao afiançado. O fiador responde desde eventual deficiência do locatário no cumprimento do contrato principal até sua inadimplência.”²⁴

Gildo dos Santos²⁵ define a fiança como (...) obrigação acessória, assumida por terceira pessoa, que vem garantir, total ou parcialmente, o cumprimento da obrigação principal de outrem, chamado devedor, caso este não a cumpra ou não possa cumpri-la, no lugar, tempo e forma convencionados.

Para Carlos Roberto Gonçalves²⁶: “A fiança é, portanto, o contrato pelo qual uma pessoa se obriga a pagar ao credor o que a este deve um terceiro. Alguém estranho à relação obrigacional originária, denominado fiador, obriga-se perante o credor, garantindo com o seu patrimônio a satisfação do crédito deste, caso não o solva o devedor. ”

Paulo Nader²⁷, define como contrato subsidiário e acessório em que o fiador se responsabilizará pelas obrigações contraídas pelo devedor perante a parte credora.

O promotor Roberto Senise Lisboa²⁸ define “celebrado um contrato, surge o interesse de garantir que este venha a ser cumprido. Para tanto, é possível que terceiro, estranho ao vínculo obrigacional, ofereça a garantia de pagamento por meio do contrato de fiança, conferindo segurança no cumprimento de um contrato ao credor, além da garantia genérica correspondente ao patrimônio do devedor. Ao ser pactuada a fiança, o patrimônio do fiador restará como garantia do pagamento da obrigação contraída pelo devedor. Logo, trata-se a fiança de uma espécie inserida no gênero caução, que está dividida em caução real (na qual ocorre a separação de um determinado bem, móvel ou imóvel, com o encargo de responder pela solução da obrigação) e em caução fidejussória ou pessoal, baseada na confiança ou fidência depositada na pessoa do garante. ”

Para Maria Helena Diniz²⁹, “A fiança ou caução fidejussória vem a ser a promessa, feita por uma ou mais pessoas, de satisfazer a obrigação de um devedor, se este não a cumprir, assegurando ao credor o seu efetivo cumprimento (CC, art. 818). Portanto, haverá contrato de fiança sempre que alguém assumir, perante o credor, a obrigação de pagar a

²⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. Lei do Inquilinato Comentada: doutrina e prática: Lei 8.245 de 18-10-1991, 2010, p.168.

²⁵ SANTOS, Gildo dos. Fiança. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 24.

²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2013. 7 v, p. 558.

²⁷ NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 406.

²⁸ LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

pois sua existência está vinculada ao contrato principal, unilateral, pois só gera obrigações para uma das partes (fiador), personalíssimo, pois é celebrado em razão da reputação do fiador, gratuito, pois o fiador não recebe nenhuma remuneração pela ajuda ao afiançado, muito embora não seja vedada a cobrança pela assunção da responsabilidade e subsidiário, pois o fiador só se obrigará se o devedor principal ou afiançado não cumprir a prestação devida, a menos que tenha estipulado a solidariedade.

Nelson Nery Júnior³¹ aponta importante lição sobre a base ética do contrato de fiança:

“Fiador, afiançado e seu credor mantêm entre si o vínculo ético próprio e específico do contrato benéfico de fiança, celebrado, ainda que contra a vontade do afiançado, em termos tais que sugerem ciência, pelo credor, de fatores que ligam por amizade, parentesco ou interesse jurídico e/ou econômico o afiançado ao fiador. Se o credor, cujo crédito o fiador se compromete a afiançar, vem a manter com o afiançado laços de estima e familiarmente que reforçam seus laços pessoais (entre afiançado e credor) e desnaturam o antigo vínculo do fiador para com o afiançado, tudo isso de pleno conhecimento do credor, o princípio da boa-fé não pode tolerar que o credor exija do fiador o crédito oriundo de período posterior à avença, não renovada expressamente, mas cessada – se não pela entrega das chaves da locação – pelo afastamento moral entre ambos, de pleno conhecimento do credor. [...] A interpretação da cláusula de “prorrogação da fiança” é de ser feita nos limites do contexto de celebração e da execução do negócio [...]. Fatos tais que não podem passar despercebidos do julgador. [...] não têm mais os fiadores nenhum vínculo ético-moral e jurídico que possa impor-lhes sujeição a cláusula subscrita em outros tempos, pois já não exigível dos garantes, pelo credor, a garantia que moral e juridicamente já não lhe podia exigir. Se, ao término do prazo do contrato, o locador aceitou a renovação do negócio, sabia fazê-lo sobre outras bases, que eticamente não poderiam ser a de esperar a fideducias de quem, sabidamente, já não se ligava ao afiançado pelos

laços que justificavam fosse renovado o contrato. Sabidamente, em casos tais, há alteração da base ética do negócio, a impor o reconhecimento da existência de fato que torna inexigível a garantia. ”

Carlos Roberto Gonçalves qualifica o contrato como personalíssimo, pois é celebrado em virtude da confiança que o fiador inspira.

Todas estas qualidades do contrato de fiança serão abordadas detalhadamente abaixo, com as possíveis consequências jurídicas de sua aplicação prática.

DA ACESSORIEDADE DA FIANÇA

O contrato de locação pode ser qualificado como acessório, pois está vinculado como uma espécie de garantia a um contrato principal, nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves³² ensina que: o caráter da fiança é acessório, podendo esta ter valor inferior ao da obrigação principal, não podendo, entretanto, ter valor superior, pois o acessório não pode exceder o principal. Quando isto acontece, a fiança não se torna nula, apenas o excesso desta, reduzindo-a ao montante da obrigação.

Maria Helena Diniz³³ ensina que “ por ser contrato acessório, visto que não poderá existir sem o contrato principal, cujo adimplemento objetiva assegurar. Há dois contratos: o principal, entre credor e devedor, e o acessório, entre fiador e credor. Como o acessório segue o principal, a fiança seguirá o destino do principal.”. Desta forma, se a obrigação principal for nula, a fiança também será, mas a recíproca não é verdadeira, ou seja, a fiança nula não contamina o contrato principal.

Gildo dos Santos explica a natureza acessória do contrato porque será secundário, garantidor de outro, “porque principal é o contrato cujas obrigações a fiança visa a assegurar”.³⁴

³¹ NERY JÚNIOR, N.; NERY, R. M. de A. **Código civil comentado**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 660

³² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais**. São Paulo: Saraiva, 2013. 7 v, p. 558.

³³ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 577.

³⁴ SANTOS, Gildo dos. *Fiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 29

Sendo assim, a definição do contrato revela a característica de acessoriedade do contrato de fiança, revelando que o devedor principal não integra o contrato, ele apenas indicará o fiador para celebração do contrato acessório e, em via de regra, subsidiário.

DA SUBSIDIARIEDADE DO CONTRATO DE FIANÇA

A fiança carrega a característica de contrato subsidiário, pois o fiador obriga-se subsidiariamente a cumprir a obrigação, a menos que tenha renunciado ao benefício, assumindo a posição de codevedor.

A garantia dada é pessoal, do substrato do contrato de fiança, cuja função, ensina Orlando Gomes, é econômico-social e "consiste, precisamente, em dar nascimento à obrigação 'fidejussória'". Para o autor³⁵:

“Sua natureza é a de um contrato subsidiário, por ter a execução condicionada à inexecução do contrato principal. Por outras palavras, a obrigação fidejussória só se torna exigível se a obrigação principal não for cumprida. Contudo, tal sucessividade não é da essência do contrato de fiança. Podem os interessados eliminá-la, estipulando a solidariedade entre o fiador e o afiançado, como, de regra, se procede na prática.”

Ainda na lição do renomado doutrinador: "O contrato de fiança trava-se entre fiador e o credor do afiançado. Sua natureza é a de um contrato subsidiário, por ter a execução condicionada à inexecução do contrato principal".

Essa subsidiariedade da "garantia pessoal prestada com a fiança pressupõe, logicamente, outro contrato, de cuja existência e validade depende. É, portanto, um vínculo que se contrai em função de outro. Assim, se a obrigação principal for nula, a fiança desaparece".

Segundo Pamplona Filho³⁶, levando-se em conta a característica da acessoriedade e da subsidiariedade, o fiador terá assegurado o benefício de ordem, autorizando a

³⁵ GOMES, O. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 536-537.

³⁶ Rodolfo Pamplona. Novo Curso de direito civil: contratos em espécie. São Paulo: Saraiva. 2009. p.605.

preferência pela execução dos bens do devedor, antes de atingir o patrimônio do fiador.

DA POSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DO CONTRATO DE FIANÇA

O código Civil possibilita aos contratantes a limitação do valor da fiança, conforme disposição do art. 822 do Código Civil, que trata dos limites da fiança, in verbis:

(...) Art. 822. Não sendo limitada, a fiança compreenderá todos os acessórios da dívida principal, inclusive as despesas judiciais, desde a citação do fiador.

Maria Helena Diniz³⁷, comenta o dispositivo: “A fiança não limitada À obrigação principal compreenderá todos os acessórios da dívida principal, como, p. ex., juros do capital mutuado, acréscimos legais do aluguel mensal, inclusive custas, despesas judiciais, honorários advocatícios e periciais, etc. a partir da citação do fiador. Se for limitada, não poderá estender-se senão até a concorrência dos limites nela indicados, pois o fiador poderá circunscrever sua responsabilidade, declarando que só responderá até certa quantia ou até certa data”.

Caso não exista disposição inicial dos contratantes sobre a limitação, a fiança será concedida de forma ilimitada.

DA OUTORGA UXÓRIA OU MARITAL

Vale salientar que, quando a fiança for prestada por pessoa casada, salvo regime da separação total de bens, existe a necessidade de assinatura do cônjuge para validade da garantia, nos termos do artigo 1647, do Código Civil:

Art. 1.647. “Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem a autorização do outro, exceto no regime de separação absoluta:

[...]– prestar fiança ou aval; [...].”

A vênia conjugal é necessária nos termos do art. 1.647, inciso III, do Código Civil, o que possibilita ao cônjuge prejudicado pleitear a anulação das gratuitas garantias concedidas a débito de terceiro.

Gildo dos Santos entende que: “o Código Civil de 2002 continua com a citada

exigência, mas ocorreu uma mudança no que se refere ao regime de separação absoluta de bens, de modo que, para tal regime não há a necessidade da outorga conjugal para a concessão de fiança, pois ambos os cônjuges possuem total responsabilidade para administrar os seus respectivos bens, exceto nos casos dispostos no artigo 1.648 diante o artigo 1.647, inciso III do Código acima citado.”³⁸

O doutrinador também entende que, no caso ausência de outorga uxória, o prejudicado poderá pleitear a anulação total da garantia, e não apenas a metade do cônjuge que não autorizou a fiança.

Sendo assim, Scavone³⁹ afirma “em razão da solar clareza do artigo 1649, do Código Civil, é possível afirmar com segurança jurídica, que o ato é anulável, aplicando-se, além do mencionado dispositivo legal, o artigo 1640, segundo o qual a ação para pleitear a anulação só poderá ser demandada pelo cônjuge a quem cabia concedê-la, ou por seus herdeiros.”

A Súmula 332, do Superior Tribunal de Justiça com a seguinte redação: “Fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia.” Trata como ineficaz a fiança prestada sem a assinatura do cônjuge.

Neste sentido, precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA DE AVAL. OUTORGA UXÓRIA. NECESSIDADE. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Necessária a vênua conjugal para a prestação de aval por pessoa casada, por força do artigo 1647, III, do Código Civil. 2. Precedentes específicos desta Corte. 3. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no REsp 1109667/PB, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 07/06/2011, DJe 10/06/2011)

“RECURSO ESPECIAL - AÇÃO ANULATÓRIA DE AVAL - OUTORGA CONJUGAL PARA CÔNJUGES CASADOS SOB

³⁷ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 587.

³⁸ SANTOS, Gildo dos. Fiança. São Paulo.

³⁹ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Direito Imobiliário: Teoria e prática. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 1033.

O REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS - NECESSIDADE - RECURSO PROVIDO.1. É necessária a vênua conjugal para a prestação de aval por pessoa casada sob o regime da separação obrigatória de bens, à luz do artigo 1647, III, do Código Civil. 2. A exigência de outorga uxória ou marital para os negócios jurídicos de (presumidamente) maior expressão econômica previstos no artigo 1647 do Código Civil (como a prestação de aval ou a alienação de imóveis) decorre da necessidade de garantir a ambos os cônjuges meio de controle da gestão patrimonial, tendo em vista que, em eventual dissolução do vínculo matrimonial, os consortes terão interesse na partilha dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento. 3. Nas hipóteses de casamento sob o regime da separação legal, os consortes, por força da Súmula n. 377/STF, possuem o interesse pelos bens adquiridos onerosamente ao longo do casamento, razão por que é de rigor garantir-lhes o mecanismo de controle de outorga uxória/marital para os negócios jurídicos previstos no artigo 1647 da lei civil. 4. Recurso especial provido.” (REsp 1163074/PB, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 15/12/2009, DJe 04/02/2010)

Desta forma, a ausência da assinatura do cônjuge lesado, possibilita o ajuizamento de ação de anulação do contrato de garantia, nos termos do artigo 1642, inciso III, e seguintes do Código Civil, as demais implicações serão estudadas em tópico específico.

DA POSSIBILIDADE DE ESTIPULAÇÃO DE PRAZO NO CONTRATO DE FIANÇA

O contrato de garantia de fiança poderá ser celebrado por prazo determinado ou indeterminado, na segunda hipótese, bastará notificação para exoneração da responsabilidade, respeitado o prazo mínimo após a notificação. Questões relacionadas à duração da fiança serão abordadas em tópico autônomo, pois merecem análise detalhada sobre possíveis consequências.

REQUISITOS SUBJETIVOS DO FIADOR

O Código Civil elenca alguns requisitos para indicação do fiador, o artigo 825 do Código Civil, estipula: “Art. 825. Quando alguém houver de oferecer fiador, o credor não pode ser obrigado a aceitá-lo se não for pessoa idônea, domiciliada no município onde tenha de prestar a fiança, e não possua bens suficientes para cumprir a obrigação”.

Carlos Roberto Gonçalves entende que compete ao credor decidir sobre a idoneidade do fiador indicado, não somente sob o enfoque da capacidade financeira, mas sob análise da idoneidade moral.

Sendo assim, para afiançar será necessário não somente a capacidade genérica para praticar todos os atos da vida civil, mas também a legitimação para afiançar, por exemplo, a pessoa casada, exceto no regime da separação absoluta, não poderá prestar fiança sem a outorga do consorte, certas pessoas tem limitações decorrentes do ofício que exercem, por exemplo, tesoureiros, curadores, não poderão afiançar dívida daqueles que com eles se relacionam, os menores, mesmo que emancipados, não poderão afiançar, os analfabetos também possuem vedação.⁴⁰

Além de tudo isso, o credor terá a faculdade de recusar o indivíduo, se não for: pessoa idônea, moral e financeiramente, residente no município onde tenha de prestar fiança, e pelo artigo 525, se o fiador se tornar insolvente ou incapaz, também poderá ser substituído.

REQUISITOS OBJETIVOS PARA SER FIADOR

A fiança poderá ser oferecida em qualquer espécie de obrigação, fazer, dar, ou não fazer, pois a sua natureza de acessoriedade dependerá da existência de obrigação principal, ao qual estará vinculado.⁴¹

O contrato de fiança dependerá da validade e exigibilidade da obrigação principal, existindo qualquer espécie de mácula nesta obrigação, o contrato de fiança estará viciado.⁴²

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 589.

⁴¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – volume III*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 496.

⁴² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – volume III*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 496.

Outro requisito objetivo do contrato de fiança é a possibilidade de estipulação como garantia de obrigação atual ou futura, mas se versar sobre obrigação futura, só entrará em vigor quando da existência da obrigação principal.⁴³

A fiança não poderá ultrapassar o valor do débito principal, nem ser mais onerosa do que ele, sob pena de ser reduzida ao nível da dívida afiançada, conforme estipulação do artigo 823 do Código Civil.

REQUISITOS FORMAIS

A fiança poderá ser prestada em qualquer espécie de obrigação, legal, ou convencional, e de qualquer natureza, de dar, fazer ou de não fazer.⁴⁴

As características de unilateralidade e gratuidade, impõem a forma escrita, expressa, pois não deve suscitar dúvidas quanto à efetividade da prestação e à extensão

Sendo assim, o contrato de fiança deverá ser formalizado por escrito, podendo constar de instrumento público ou particular, poderá ser celebrado no mesmo instrumento do contrato principal, como frequentemente ocorre. ⁴⁵

José Fernando Simão afirma que: “Quanto à natureza jurídica podemos afirmar que a fiança é contrato unilateral, gratuito, consensual, solene e acessório. É unilateral, pois só gera prestação para o fiador e não para o credor. É solene, pois a lei só admite a fiança por escrito (CC, art. 819), sendo nula a fiança verbal (CC, art. 166, IV) e é acessório, pois somente existe para garantir patrimonialmente dívida de um terceiro. Não existe por si, mas dependerá da existência do principal (CC, art. 92). É um contrato gratuito, pois o fiador nada recebe, não tem qualquer vantagem patrimonial em afiançar o devedor. Nada impede que as partes prevejam uma remuneração em favor do fiador, mas, nas situações da vida, em regra isso não ocorre. Logo, a conclusão que se chega é que, com acerto, a fiança não comporta interpretação extensiva (art. 819, CC).”⁴⁶

Vale lembrar que não cabe interpretação extensiva, logo, o fiador só responderá pelo que estiver expresso no instrumento de fiança, conforme estipulação do artigo 819 do

⁴³ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 591.

⁴⁴ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 591.

⁴⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – volume III*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 496.

Código Civil.

DA POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DO FIADOR

O artigo 526, deixa aberta a possibilidade de substituição do fiador no caso de insolvência ou incapacidade, o artigo 40 da lei de locações de imóveis urbanos também estabelece um rol taxativo das hipóteses em que poderá ocorrer a substituição do fiador:

Art. 40. O locador poderá exigir novo fiador ou a substituição da modalidade de garantia, nos seguintes casos:

I - Morte do fiador;

II - Ausência, interdição, falência ou insolvência do fiador, declaradas judicialmente;

III - alienação ou gravação de todos os bens imóveis do fiador ou sua mudança de residência sem comunicação ao locador;

IV - Exoneração do fiador;

V - Prorrogação da locação por prazo indeterminado, sendo a fiança ajustada por prazo certo;

VI - Desaparecimento dos bens móveis;

VII - desapropriação ou alienação do imóvel.

VIII - exoneração de garantia constituída por quotas de fundo de investimento;

IX - Liquidação ou encerramento do fundo de investimento de que trata o inciso IV do art. 37 desta Lei.

Sendo assim, a problemática que surge diz respeito à comprovação da insolvência do fiador, alguns doutrinadores defendem a necessidade de comprovação mediante ajuizamento de ação judicial, demonstrada insolvência do fiador, será autorizada notificação extrajudicial ao locatário, para que promova a substituição do fiador, seguindo a determinação do artigo 825 do Código Civil.

Vale lembrar que ocorrendo a substituição, o novo fiador não assumirá a posição do antigo, pois será celebrado um novo contrato de fiança, com início da eficácia na data da assinatura.

⁴⁶ <http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/145365378/mora-do-afiancado-nao-impede-a-exoneracao-do-fiador-nos-contratos-por-prazo-indeterminado-parte-1>, acesso em 28/08/2016

EFEITOS DA FIANÇA

As características de acessoriedade e gratuidade da fiança, geram efeitos restritos ao tempo, objeto, e às pessoas, não podendo ultrapassar o valor da dívida garantida, nem lhe exceder em onerosidade.

Desta forma, por envolver a pessoa do credor, devedor e fiador, deve-se examinar os efeitos gerados dessa relação.

BENEFÍCIOS LEGAIS DO FIADOR

O Código Civil estabelece alguns benefícios atribuídos ao fiador, são eles:

BENEFÍCIO DE ORDEM NO CONTRATO DE LOCAÇÃO

O Benefício de ordem, possibilita ao fiador o requerimento de subsidiariedade, ou seja, a tentativa de execução dos bens do devedor principal, antes do seu patrimônio. Para Orlando Gomes⁴⁷, o “benefício de ordem consiste no direito assegurado ao fiador de exigir do credor que acione em primeiro lugar o devedor principal. ”

Para Maria Helena Diniz⁴⁸, “O benefício de ordem é direito assegurado ao fiador de exigir do credor, que acione, em primeiro lugar, o devedor principal, isto é, que os bens do devedor principal sejam executados antes dos seus. ”

O presente benefício consiste na prerrogativa, conferida ao fiador, de exigir que os bens do devedor principal sem executados antes dos seus.⁴⁹

Para Silvio Rodrigues, “o benefício se funda na ideia de que a obrigação do fiador é subsidiária, pois que não passa de uma garantia da dívida principal. Assim, cumpre ao devedor pagar a dívida e só quando, mediante a execução de seus bens, verificar-se a insuficiência do seu patrimônio para resgatá-la, é que o fiador será chamado a fazê-lo. ”⁵⁰

⁴⁷ GOMES, O. Contratos. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 539.

⁴⁸ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 594.

⁴⁹ Rodrigues, Silvio. Direito Civil. Ed. São Paulo, 2003. V.3. Pag.360

⁵⁰ Rodrigues, Silvio. Direito Civil. Ed. São Paulo, 2003. V.3. Pag.222

A garantia decorre da característica da acessoriedade e subsidiariedade, presente nos contratos de fiança, prevalecendo a preferência na execução dos bens do devedor, atingindo o patrimônio do fiador somente na hipótese de insuficiência patrimonial do devedor principal.⁵¹

O presente benefício possibilita ao fiador que, antes de ser executado, poderá proteger seus bens, invocando o benefício de ordem previsto no artigo 827 do Código Civil, “o fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor.”

O artigo consagra a exigência de uma prévia tentativa de execução dos bens do devedor, antes da responsabilização do fiador com relação a obrigação objeto do contrato.

O dispositivo exige a indicação dos bens do devedor principal até a contestação da ação, ou seja, aponta um momento processual específico, sob pena de preclusão. Acolhida a exceção, o juiz suspenderá a execução contra o fiador, determinado a penhora dos bens do devedor principal.

A legislação prevê algumas hipóteses em que não há incidência do presente benefício, estão elencadas no artigo 828 do Código Civil,

Art. 828. Não aproveita este benefício ao fiador:

I - Se ele o renunciou expressamente;

II - Se se obrigou como principal pagador, ou devedor solidário;

III - se o devedor for insolvente, ou falido.

Desta forma, o dispositivo prevê algumas circunstâncias em que será vedado ao fiador invocar o benefício de ordem. Ocorre que, a maioria dos contratos, a vontade do credor prevalece, constando a previsão de renúncia ao benefício de ordem, revelando verdadeira abusividade na relação contratual.

Embora existam posições em sentido contrário, a jurisprudência majoritária entende que não cabe alegação de abusividade da cláusula que estipula renúncia ao benefício de ordem, conforme julgado no Recurso Especial 851.507, conforme ementa:

DIREITO CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO

⁵¹ GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de direito civil: contratos em espécie.

ESPECIAL. LOCAÇÃO. CITAÇÃO. NULIDADE. NÃO-OCORRÊNCIA. BENEFÍCIO DE ORDEM. RENÚNCIA PELO FIADOR. POSSIBILIDADE. FIANÇA. AUSÊNCIA DA OUTORGA UXÓRIA. RECURSO QUE NÃO ATACA OS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 283/STF. NULIDADE DA FIANÇA. ARGÜIÇÃO PELO CÔNJUGE QUE PRESTOU A FIANÇA. ILEGITIMIDADE. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. Não há falar em nulidade da citação do réu realizada por edital, quando convalidada por posterior citação realizada pelo oficial de justiça. 2. É válida a cláusula contratual em que o fiador renuncia ao benefício de origem. Inteligência do art. 1.492, I, do Código Civil de 1916. 3. "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles" (Súmula 283/STF). 4. Nos termos do art. 239 do Código Civil de 1.916 (atual art. 1.650 do novo Código Civil), a nulidade da fiança só pode ser demandada pelo cônjuge que não a subscreveu, ou por seus respectivos herdeiros. 5. Dissídio jurisprudencial não comprovado. 6. Recurso especial conhecido e improvido (STJ - REsp: 851507 RS 2006/0104379-6, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 08/11/2007, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 07.02.2008 p. 1)

Vale ressaltar que, caso o fiador se responsabilize pelo pagamento do débito, poderá manejar ação regressiva em face do devedor principal para reaver o prejuízo ocasionado, a determinação é consagrada pelo artigo 832 do código civil:

Art. 832. O devedor responde também perante o fiador por todas as perdas e danos que este pagar, e pelos que sofrer em razão da fiança.

Desta forma, analisando os dispositivos mencionados, conclui-se que, fora das hipóteses expressas que vedam a arguição do benefício de ordem, o fiador poderá utilizar o benefício para proteção de seu patrimônio.

DA POSSIBILIDADE DE PLURALIDADE DE FIADORES GARANTINDO UMA MESMA OBRIGAÇÃO

A fiança pode ser prestada por mais de uma pessoa, sendo aplicável o benefício da divisão, esta questão será tratada de forma específica no capítulo posterior, mas vale salientar que, caso não exista expressa menção ao benefício, os fiadores respondem de forma solidária.

Nesse sentido, vale a lição de Sylvio Capanema: “ Nada impede, por exemplo, que a fiança seja prestada por dois ou mais fiadores, o que não importa dualidade de garantia, e sim, multiplicidade subjetiva dos devedores garantantes. Além do mais, a pluralidade dos fiadores os favorece, na medida em que dilui, entre eles, a responsabilidade.”⁵²

DO BENEFÍCIO DA DIVISÃO E DA SUB-ROGAÇÃO

O benefício da divisão será aplicável na hipótese de pluralidade de fiadores, possibilitando a estipulação no contrato da divisão proporcional da responsabilidade entre os fiadores. Caso inexistir previsão de divisão proporcional, os fiadores serão responsáveis solidários pela dívida integral.

A previsão está consignada no artigo 829 do código civil:

Art. 829. A fiança conjuntamente prestada a um só débito por mais de uma pessoa importa o compromisso de solidariedade entre elas, se declaradamente não se reservarem o benefício de divisão.

⁵² CAPANEMA, Sylvio. A lei do inquilinato comentada artigo por artigo. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pag. 164.

Parágrafo único. Estipulado este benefício, cada fiador responde unicamente pela parte que, em proporção, lhe couber no pagamento.

No que se refere ao benefício em estudo, Orlando Gomes⁵³ profere o seguinte entendimento: [...] no contrato de fiança pode ser estipulado o benefício de divisão. Desde que seja expressamente reservado, cada fiador responde unicamente pela parte que, em proporção, lhe couber no pagamento. Estabelecido que cada fiador responderá apenas por parte da dívida, que houver sido determinada, não será obrigado a mais. Há, no caso, limitação convencional de responsabilidade.”

Caso seja estipulado o benefício da divisão da responsabilidade entre os fiadores, cada um deles responderá por sua parte da dívida, é o que estabelece o artigo 830 do Código Civil:

Art. 830. Cada fiador pode fixar no contrato a parte da dívida que toma sob sua responsabilidade, caso em que não será por mais obrigado.

Sobre o benefício da sub-rogação, trata-se de hipótese de previsão legal, conforme disposição do artigo 831 do Código Civil:

Art. 831. O fiador que pagar integralmente a dívida fica sub-rogado nos direitos do credor; mas só poderá demandar a cada um dos outros fiadores pela respectiva quota.

Parágrafo único. A parte do fiador insolvente distribuir-se-á pelos outros.

A previsão legal autoriza o fiador, responsável pelo pagamento da dívida, de cobrar o valor desembolsado. Sendo assim, a sub-rogação autoriza a substituição de uma pessoa por outra, como efetivada no presente caso.

Sendo assim, o fiador responsável pelo pagamento do débito, poderá cobrá-lo do devedor responsável pelo prejuízo.

⁵³ GOMES, Orlando. Contratos. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 438.

DO BENEFÍCIO DA EXONERAÇÃO DA FIANÇA

O benefício de exoneração da fiança autoriza a exoneração da obrigação nos contratos celebrados por prazo indeterminado, a qualquer momento, sem a necessidade de motivação, o fiador ficará responsável pelo prazo de sessenta dias subsequentes.

A garantia está disposta no artigo 835 do Código Civil, estabelece que: "o fiador poderá exonerar-se da fiança, que tiver assinado sem limitação de tempo, sempre que lhe convier, ficando, porém, obrigado por todos os efeitos da fiança, durante sessenta dias após a notificação do credor".

A primeira análise pertinente refere-se ao contrato de locação, se foi celebrado por prazo determinado, ou indeterminado, na primeira hipótese, o fiador estará exonerado com o término do prazo avençado, sendo assim, a possibilidade de exoneração terá aplicabilidade somente na segunda hipótese, ou seja, nos contratos celebrados por prazo indeterminado.

Desta forma, se o contrato de locação celebrado não indica delimitação temporal de vigência, o fiador poderá se exonerar da obrigação, sem a necessidade de motivação, restando obrigado pelos sessenta dias subsequentes.

Caio Mário, ensina que: "(...) a fiança concedida sem limite de tempo enseja ao fiador o direito de exonerar-se do encargo quando melhor lhe aprouver, anotando, porém, ser injusta a letra da lei que libera o fiador apenas a partir da prolação da sentença exoneratória. Alvitra como mais justa a liberação do fiador a partir da citação do credor, retrotraindo os efeitos da sentença a partir da data daquela.

Em sentido contrário, caso a obrigação principal possua prazo determinado, o fiador permanecerá responsável pelos aluguéis e acessórios da locação até o término do contrato.

HIPÓTESES DE EXTINÇÃO DA FIANÇA

A fiança poderá ser extinta quando da ocorrência das hipóteses terminativas comuns às obrigações em geral, tais como, pela extinção da obrigação principal assegurada; pelo pagamento direto do débito por parte do fiador; pela compensação; transação; novação e outras modalidades de extinção comuns previstas no código civil.

A fiança também será extinta na hipótese de término do prazo de vigência; pela existência de exceções pessoais ou extintivas da obrigação, que poderão ser apresentadas pelo fiador; situações previstas no artigo 838, I a III, do Código Civil e, finalmente, pelo retardamento do credor na execução, resultando na insolvência do devedor.

ASPECTOS CONTROVERTIDOS DO CONTRATO DE FIANÇA

DA RENÚNCIA AO DIREITO DE EXONERAÇÃO

A problemática reside na dúvida sobre a possibilidade de renúncia ao direito de exoneração da fiança, concretizado na cláusula inserida nos contratos de locação.

Estabelece o art. 835 do Código Civil que o “fiador poderá exonerar-se da fiança que tiver assinado sem limitação de tempo, sempre que lhes convier, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança, durante sessenta dias após a notificação do credor”.

A essência do comando legal é a de facultar ao fiador a exoneração de suas obrigações, sempre que lhes convier, observando-se as formalidades legais, para que não fiquem indefinidamente vinculadas ao negócio principal garantido.

De modo que a estipulação da renúncia do direito de exoneração deve ser considerada destituída de ineficácia jurídica, porquanto, se ainda não venha ser considerada nula "incidenter tantum" a cláusula contratual deve ser considerada anulável de pleno direito, porque de fato, tal procedimento implica na sujeição do fiador a camuflada condição potestativa, na medida em que fica adstrito" ao arbítrio de uma das partes" considerada como ilícita no artigo 122 da legislação civil em vigor por ocasião da propositura da ação.

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento contrário, admite de forma reiterada a cláusula que estipula a renúncia ao direito de exoneração, nesse sentido:

A respeito da validade da cláusula contratual de renúncia à exoneração da fiança, já se manifestaram esta Corte e o Superior Tribunal de Justiça: AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. FIANÇA. CLÁUSULA DE EXONERAÇÃO DE BENEFÍCIO DE ORDEM. VALIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE.

ALÍNEA C. DISSENSO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. FALTA DE COTEJO ANALÍTICO. DECISÃO MANTIDA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A orientação desta Corte Superior de que "É válida a cláusula contratual em que o fiador renuncia ao benefício de origem. Inteligência do art. 1.492, I, do Código Civil de 1916 [art. 828, I, do Código Civil atual" (REsp 851.507/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 8/11/2007, DJ de 7/2/2008). 2. O apelo nobre interposto com fundamento na existência de dissídio pretoriano deve observar o que dispõem os arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ. Na hipótese, contudo, os recorrentes deixaram de mencionar as circunstâncias que identificam ou assemelham os acórdãos confrontados. Não procederam, portanto, ao devido cotejo analítico entre os arestos paradigmas trazidos no especial e a hipótese dos autos, de modo que não ficou evidenciada a sugerida divergência pretoriana. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AgRg no AREsp 174.654/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 20/06/2014)

DIREITO CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LOCAÇÃO. CITAÇÃO. NULIDADE. NÃO-OCORRÊNCIA. BENEFÍCIO DE ORDEM. RENÚNCIA PELO FIADOR. POSSIBILIDADE. FIANÇA. AUSÊNCIA DA OUTORGA UXÓRIA. RECURSO QUE NÃO ATACA OS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 283/STF. NULIDADE DA FIANÇA. ARGÜIÇÃO PELO CÔNJUGE QUE PRESTOU A FIANÇA. ILEGITIMIDADE. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. Não há falar em nulidade da citação do réu

realizada por edital, quando convalidada por posterior citação realizada pelo oficial de justiça. 2. É válida a cláusula contratual em que o fiador renuncia ao benefício de ordem. Inteligência do art. 1.492, I, do Código Civil de 1916. 3. "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles" (Súmula 283/STF). 4. Nos termos do art. 239 do Código Civil de 1.916 (atual art. 1.650 do novo Código Civil), a nulidade da fiança só pode ser demandada pelo cônjuge que não a subscreveu, ou por seus respectivos herdeiros. 5. Dissídio jurisprudencial não comprovado. 6. Recurso especial conhecido e improvido. (STJ - REsp. 851.507/RS, Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, 5ª Turma, DJ 07.02.2008) EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. LOCAÇÃO. FIANÇA. PRORROGAÇÃO. CLÁUSULA DE GARANTIA ATÉ A EFETIVA ENTREGA DAS CHAVES. Continuam os fiadores responsáveis pelos débitos locatícios posteriores à prorrogação legal do contrato se anuíram expressamente a essa possibilidade e não se exoneraram nas formas dos artigos 1.500 do CC/16 ou 835 do CC/02, a depender da época que firmaram a avença. Embargos de divergência a que se dá provimento. (STJ - EREsp 566.633/CE, Relator Ministro PAULO MEDINA, Terceira Seção, DJe 12.03.2008) EMENTA: AÇÃO DE DESPEJO CUMULADA COM COBRANÇA. RESPONSABILIDADE DOS FIADORES SOLIDÁRIOS. ALTERAÇÃO DO QUADRO SOCIETÁRIO DA EMPRESA AFIANÇADA. RETIRADA DE SÓCIA-FIADORA. IRRELEVÂNCIA. FIANÇA PRESTADA À PESSOA JURÍDICA. CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO. RENÚNCIA À FACULDADE DE EXONERAÇÃO. RESPONSABILIDADE MANTIDA. MULTA MORATÓRIA. PERCENTUAL. LEGALIDADE. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PERCENTUAL.

MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. - Consoante regra do art. 835, do Código Civil, a pretensão à exoneração da fiança somente procede nos contratos por prazo indeterminado. - Se a lei que cuida dos contratos de locação prevê que as garantias se estendam até a entrega do imóvel, se no contrato os fiadores assumem a responsabilidade solidária pelo cumprimento do mesmo, renunciando, expressamente à faculdade de exoneração, sem nenhuma ressalva ou limitação, não pode prosperar a pretensão de se eximirem da obrigação. - Inaplicável o Código de Defesa do Consumidor, inexistente óbice à estipulação de multa moratória no patamar de 10%. - Os aluguéis consubstanciam prestação positiva e líquida, sendo que o inadimplemento da obrigação no seu termo já constitui, por si só, em mora o devedor, consoante regra do artigo 397 do Código Civil, razão pela qual os juros moratórios devem ser contados do vencimento das respectivas parcelas. - O valor dos honorários advocatícios deverá ser fixado, observando-se os critérios do artigo 20, § 4º do CPC. (Apelação Cível 1.0024.09.582663-2/001, Relator (a): Des.(a) José Marcos Vieira , 16ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 07/03/2012, publicação da sumula em 16/03/2012)

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE EXTINÇÃO DA FIANÇA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - CONTRATO DE ADESÃO A PRODUTOS E SERVIÇOS DE PESSOA JURÍDICA - FIANÇA - PRORROGAÇÃO SEM ANUÊNCIA DO FIADOR - RESPONSABILIDADE - RENÚNCIA AO ART. 835 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. - Havendo cláusula expressa no contrato de Abertura de Crédito BB Giro Rápido de renúncia ao direito de exoneração de fiança, ou seja, de renúncia ao art. 835 do Código Civil de 2002, deve-se considerar que a responsabilidade dos fiadores permanece por prazo indeterminado, independente de anuência expressa dos fiadores

quanto à prorrogação do contrato. (Apelação Cível 1.0522.08.027370-2/001, Rel. Des. Irmair Ferreira Campos, 06/10/2009 - g.n)

Sendo assim, a divergência é grande sobre a possibilidade de renúncia ao direito de exoneração da fiança, prevalecendo a possibilidade de renúncia ao direito de exoneração.

A PRORROGAÇÃO DA FIANÇA LOCATÍCIA NOS CONTRATOS POR PRAZO INDETERMINADO

A problemática sobre a aplicação da redação anterior do artigo 39 da lei de locações, estava restrita à extensão dos efeitos da fiança quando da prorrogação automática do contrato de locação celebrado por prazo determinado, sem expressa anuência do fiador.

As características do instituto já foram abordadas, deixando claro que a natureza da fiança impõe a interpretação restritiva, não se admite também a presunção da fiança, existindo a necessidade de garantia expressa e escrita.

Sendo assim, a discussão estava circunscrita à cláusula contratual que continha a expressão “até a entrega das chaves” se havia extensão da responsabilidade do fiador por tempo ilimitado, quando da prorrogação legal da locação?⁵⁴

A nova redação do art. 39 da Lei do Inquilinato enfrentou a questão deixou claro que: “salvo disposição contratual em contrário, qualquer das garantias da locação se estende até a efetiva devolução do imóvel, ainda que prorrogada a locação por prazo indeterminado, por força desta Lei”.

A presente alteração resolveu grande parte do problema, mas ainda remanescem controvérsias sobre aplicação do dispositivo aos contratos sob a vigência da lei anterior, conforme será demonstrado abaixo.

A leitura do dispositivo legal leva à conclusão de que será aplicável aos contratos de locação por prazo determinado em curso quando da publicação da lei, e também aqueles que se celebrarem sob sua égide, mas o primeiro problema surge com relação aos contratos com

⁵⁴ ZARIF, C. C. . A prorrogação legal do contrato de locação e a responsabilidade do fiador. In: Rodrigo Barioni; Fabiano Carvalho.. (Org.). Processo Imobiliário, Questões atuais e polêmicas sobre os principais procedimentos judiciais e extrajudiciais referentes a bens imóveis. 1ed.São Paulo: Forense, 2011, v. , p. 1-20.

prazo determinado que sofreram prorrogação legal, antes da vigência do dispositivo, a previsão seria aplicável?

A questão da não prorrogação automática da fiança, quando da prorrogação legal da locação, encontrava-se sanada com a edição da súmula 214 do STJ, “o fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu”, a ementa extraída do Resp. 604.463, consolidou o entendimento:

“Na fiança firmada em contrato de locação, o garante não responde pelas obrigações futuras que não anuiu, advindas após a prorrogação do contrato por tempo indeterminado, sendo irrelevante cláusula contratual prevendo que estará obrigado, até a entrega das chaves. Súmula 214 do STJ. Precedentes.”

Ocorre que, após grande corrente doutrinária sustentar posicionamento contrário, houve modificação do entendimento, conforme trecho expresso no julgado AgRg nos EAg 711699/SP: “Existindo cláusula expressa no contrato de aluguel de que a responsabilidade do fiador perdurará até a efetiva entrega das chaves do imóvel objeto da locação, não há falar em desobrigação automática deste, ainda que o contrato tenha se prorrogado por prazo indeterminado. ”

Sendo assim, houve manutenção da responsabilidade do fiador quando da renovação automática do contrato. A jurisprudência do tribunal apontava que, se o contrato de locação inclui cláusula “até a entrega das chaves”, a fiança será mantida durante a prorrogação do contrato, inclusive sem a anuência do fiador, como decidido no Agravo em Recurso Especial 234.428.

Vale lembrar que, hoje em dia, a interpretação vale apenas para os contratos celebrados antes da entrada em vigor da nova redação do artigo 39 da Lei 8.245/91 (Lei do Inquilinato), introduzida pela Lei 12.112/09. Isto foi decidido durante o julgamento do Recurso Especial 1.326.557.

O posicionamento era sustentado por inúmeros doutrinados de peso, entre eles, Gildo dos Santos⁵⁵, defende que a fiança se estende até a entrega do imóvel, salvo disposição contratual em contrário; prorrogando-se o contrato de locação por prazo indeterminado, prorroga-se igualmente a responsabilidade do garante.

Maria Helena Diniz, esclarece que a fiança pode ser estipulada por qualquer prazo e,

⁵⁵ Santos, Gildo. Locação e despejo: comentários à lei 8241/91. 5. Ed. Ver. Ampl. E atual. De acordo com o código civil de 2002, Revista dos Tribunais, p. 248.

caso não haja convenção, a lei determina sua duração “enquanto se prolongar a situação jurídica que visa garantir”.⁵⁶

Ocorre que, existem posicionamentos em sentido contrário, é o caso de Cláudio Cintra Zarif:

“A espécie prorrogação legal, corresponde ao que Pontes de Miranda denominava de “declaração de vontade presumida por lei. Todavia, se a vontade das partes admite presunção, a do fiador não, conforme consagrado no artigo 819 do Código Civil. Não se pode perder de vista que quando o fiador assinou o contrato com prazo determinado, o fez porque, entre outros motivos, havia um marco temporal de sua responsabilidade. E a antiga redação do artigo 39 não continha disposição sobre a prorrogação legal. Há que se delimitar o alcance da expressão “até efetiva entrega das chaves” ao razoável. A entrega das chaves dar-se no tempo contratado e não em momento posterior. A intenção do fiador não era a de anuir indefinidamente.”⁵⁷

Desta forma, para o autor, a expressão “até a entrega das chaves” não prorrogaria a responsabilidade do fiador quando da prorrogação do contrato de locação, pois não se pode dizer que a cláusula “equivale à anuência tácita do fiador às prorrogações que sequer foram cogitadas quando firmado o contrato de locação”⁵⁸

No mesmo sentido, José Fernando Simão esclarece que:

“Ademais, a ideia de perpetuidade da obrigação do fiador é inaceitável. De fato, o fiador assume a obrigação pelo período contratado. Não imagina que, em hipótese de prorrogação, sua responsabilidade pode durar ad eternum, tendo em vista que, pela simples inércia do inquilino e do proprietário, a locação poderá perdurar por anos a fio, e quiçá, por uma vida toda.

Se assim não fosse, a tendência seria o desaparecimento da própria fiança como instituto, já que na prática, o fiador não arriscaria assinar um contrato que, em última análise,

⁵⁶ Diniz, Maria Helena. Lei de Locações de Imóveis Urbanos Comentada. 8. Ed. Ver. Atual. E aum. Conforme o código civil de 2002, Saraiva, 2006.

⁵⁷ ZARIF, C. C. . A prorrogação legal do contrato de locação e a responsabilidade do fiador. In: Rodrigo Barioni; Fabiano Carvalho.. (Org.). Processo Imobiliário, Questões atuais e polêmicas sobre os principais procedimentos judiciais e extrajudiciais referentes a bens imóveis. 1ed.São Paulo: Forense, 2011, v. , p. 1-20.

⁵⁸ ZARIF, C. C. . A prorrogação legal do contrato de locação e a responsabilidade do fiador. In: Rodrigo Barioni; Fabiano Carvalho.. (Org.). Processo Imobiliário, Questões atuais e polêmicas sobre os principais procedimentos judiciais e extrajudiciais referentes a bens imóveis. 1ed.São Paulo: Forense, 2011, v. , p. 1-20.

significaria sua completa destruição.”⁵⁹

Mas o entendimento do Superior Tribunal de Justiça permanece o mesmo, admitindo a prorrogação automática da fiança quando da existência da cláusula “até a entrega das chaves”.

Ante o exposto, conforme análise realizada, levando-se em conta posicionamentos da doutrina e jurisprudência sobre a responsabilidade do fiador nos contratos prorrogados automaticamente, considerando a modificação do disposto no artigo 39 da lei de locação, concluímos que: o dispositivo legal aplica-se aos contratos de locação por prazo determinado prorrogados sob a sua vigência. Porém, os contratos por prazo determinado que se renovaram sob a vigência da lei anterior, sem a expressa menção da prorrogação, não serão abarcados pela modificação da redação da lei.

DA PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR

O bem de família foi instituído pela Lei 8.009/1990, passando a ser impenhorável o domicílio da família do devedor, bem como os bens que o guarnecem, contra qualquer tipo de dívida. Dispõe o art. 1º da referida lei:

Art. 1º - O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

O presente dispositivo pretende proteger o direito à moradia, incluído como um direito social pela Emenda Constitucional n.º 26/2000, garantindo o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana ao preservar a habitação familiar. Senão vejamos o artigo 6º da Constituição Federal:

São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição." (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 26, de 14/02/2000).

Sobre o tema, discorre o renomado doutrinador Rolf Madaleno⁶⁰:

⁵⁹ Simão, José Fernando. Novamente a fiança. Para falar de espinhos. http://professorsimao.com.br/artigos_simao_regime_bens_novamenteAfeto2.htm, acesso em 25/08/2016

A finalidade do bem de família é proteger a habitação, o lugar comum dos membros da família, fortalecendo o direito ao teto familiar, sem o qual é impensável o desenvolvimento e crescimento das relações familiares.

E continua:

A proteção da impenhorabilidade do bem de família da Lei n. 8.009/1990 amplia o rol de bens impenhoráveis dos artigos 649 e 650 do Código de Processo Civil, com a impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor, como imposição da lei e independente da vontade do titular do bem, no propósito de salvaguardar a sua moradia familiar.

Sendo assim, a Lei 8.009/1990 institui a impenhorabilidade do bem de família como um dos instrumentos de tutela do direito constitucional fundamental à moradia e, portanto, indispensável à composição de um mínimo existencial para vida digna, sendo certo que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui-se em um dos baluartes da República Federativa do Brasil (art. 1º da CF/1988), razão pela qual deve nortear a exegese das normas jurídicas, mormente aquelas relacionadas a direito fundamental.⁶¹

Perder um bem de família significa ferir a dignidade de quem o possuía, sendo a ruína de tudo quanto foi possível conseguir construir como patrimônio essencial.⁶²

Os artigos 1º e 5º, da Lei nº 8.009/90 estabelecem requisitos para a configuração do bem de família:

Art. 3º - A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

I - em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias;

II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;

III - pelo credor de pensão alimentícia;

60 Rolf Madaleno in Curso de Direito de Família, 4ª edição, 2011, página 1001/1002

61 STJ - RECURSO ESPECIAL : REsp 950663 SC 2007/0106323-9

IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;

V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;

VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.

VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação . Grifou-se.

O disposto no inciso VII, do artigo 3º, da Lei nº 8.009/1990, possibilita a penhora do bem de família do fiador, o dispositivo deixa claro que a impenhorabilidade poderá ser apresentada em processos de natureza civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, excetuada a hipótese de obrigação oriunda de fiança concedida em contrato de locação.

A penhorabilidade dos bens de família destacada no referido inciso VII, art. 3º, da Lei nº 8.009/1990, não leva em conta a natureza do crédito, mas sim, a qualidade de fiador. Não diz a lei que os bens são penhoráveis na execução de créditos decorrentes da locação; diz que são penhoráveis aqueles bens do fiador – e é só dele – na execução de créditos decorrentes deste contrato.

Cumprido salientar ainda que muito se discute acerca da constitucionalidade do inciso VII, art. 3º da Lei n. 29 de março de 1990.

No entendimento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal há de ser afirmada, finalmente, a inconstitucionalidade do inciso VII, art. 3º, da Lei n. 8.009/1990, acrescentado pela Lei n. 8.245/1991 – Lei de Locações de Imóveis Urbanos, por violar o princípio da isonomia, tratando desigualmente duas obrigações que têm o mesmo fundamento.⁶³

...de fato, parece ter havido um grave equívoco legislativo ao permitir que fosse penhorado o bem de família por conta da fiança prestada em contrato de locação de imóvel

⁶³ FARIAS, Cristiano Chaves de & ROSENTHAL, Nelson. **Direito das Famílias**, Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008. p. 717.

urbano. É que os bens – móveis ou imóveis, eventualmente existentes – do locatário (o devedor principal) não poderão ser penhorados, uma vez que incidirá sobre eles a impenhorabilidade legal, em conformidade com o art. 1º da lei protetiva. Ora, se a lei, que não permite a penhora do bem de família do devedor principal vai permitir (inciso VII, art. 3º) a penhora do imóvel que serve de moradia para o fiador, viola flagrantemente a igualdade substancial constitucional, maculando na inteireza o inciso referido. Por isso, há total incompatibilidade da norma legal com a Constituição Federal, seja porque a mesma é incompatível com a proteção jusfundamental à moradia, seja em razão da quebra da igualdade substancial, tratando diferentemente devedores originados pela mesma causa.⁶⁴

Com este pensar, Eliane Maria Barreiros ainda⁶⁵ espanca qualquer dúvida destacando inexistir “fundamentos para que sejam tratados de forma diversa pelo legislador, o que vem ocorrendo, uma vez que o locatário não perderá seu bem de família pela sua própria dívida, mas o seu fiador sim”.

Flávio Tartuce argumenta a inconstitucionalidade do dispositivo legal em epígrafe com base na Constitucionalização do Direito Civil, “essa é a interpretação que se espera de nossos tribunais, visando consubstanciar um Direito Civil renovado, mais justo e solidário. O contrato não pode fugir dessa concepção, sendo certo que a interpretação de inconstitucionalidade do art. 3º, VII da Lei 8.009/90 mantém relação direta com o princípio da função social dos contratos. Por esse princípio, os contratos devem ser interpretados de acordo com o contexto da sociedade, o que constitui um regramento de ordem pública e com fundamento constitucional, o que pode ser retirado dos artigos 421 e 2.035, transcritos abaixo, do novo Código Civil e da tríade DIGNIDADE – SOLIDARIEDADE – IGUALDADE. ⁶⁶

O Supremo Tribunal Federal possuía posicionamento contrário à penhora do bem de família do fiador, conforme exposto no Recurso extraordinário 352.940-4 São Paulo; Relator: min. Carlos Velloso:

⁶⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de & ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**, Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008. p. 705.

⁶⁵ AINA, Eliane Maria Barreiros. **O fiador e o direito à moradia**, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, pp. 124 – 6.

⁶⁶ TARTUCE, Flávio. “A penhora do bem de família do fiador de locação – abordagem atualizada”, *In* ADV - Advocacia Dinâmica, São Paulo: COAD – Informações Confiáveis. Ano 2007, p. 348/319.

“Posto isso, veja-se a contradição: a Lei 8.245, de 1991, excepcionando o bem de família do fiador, sujeitou o seu imóvel residencial, imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, à penhora. Não há dúvida que ressalva trazida pela Lei 8.245, de 1991, inciso VII do art. 3º feriu de morte o princípio isonômico, tratando desigualmente situações iguais, esquecendo-se do velho brocardo latino: ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositivo, ou em vernáculo: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito.

Isto quer dizer que, tendo em vista o princípio isonômico, o citado dispositivo inciso VII do art. 3º, acrescentado pela Lei 8.245/91, não foi recebido pela EC 26, de 2000. Essa não recepção mais se acentua diante do fato de a EC 26, de 2000, ter estampado, expressamente, no art. 6º, C.F., o direito à moradia como direito fundamental de 2ª geração, direito social. Ora, o bem de família - Lei 8.009/90, art. 1º - encontra justificativa, foi dito linha atrás, no constituir o direito à moradia um direito fundamental que deve ser protegido e por isso mesmo encontra garantia na Constituição. Em síntese, o inciso VII do art. 3º da Lei 8.009, de 1990, introduzido pela Lei 8.245, de 1991, não foi recebido pela CF, art. 6º, redação da EC 26/2000. Do exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, invertidos os ônus da sucumbência.

Sérgio Iglesias Nunes de Souza liga o direito à habitação ao direito à moradia. Segundo ele, a finalidade do dispositivo é a preservação e a facilitação do direito à moradia. Entendemos que o direito à moradia é aquele estabelecido pela atual Constituição Federal de 1988, no art. 6º, mas não só direito constitucional, como também um dos direitos humanos à luz do ordenamento jurídico internacional e, sob o enfoque do direito civil, um direito da personalidade, pertencente ao plano da integridade pessoal, com caráter extrapatrimonial, irrenunciável, indisponível, universal, indivisível, interdependente, autônomo, intransmissível e imprescritível. O bem “moradia” é inerente à pessoa e independe do objeto físico para a sua existência e proteção jurídica, tratando-se de uma qualificação legal reconhecida como direito inerente a todo o ser humano, que, destarte, deverá ser preservado, facilitado e respeitado não só por particulares (daí o caráter de direito da personalidade, posto que deve ser obedecido por todos), mas também pelo Estado democrático de direito.... O direito de habitação é exercido e aplicado com a finalidade de preservação e proteção da dignidade do ser humano através do bem da personalidade que concebemos: a moradia. ”

Sendo assim, os principais fundamentos pela inconstitucionalidade do dispositivo são pautados na questão da isonomia, pois o tratamento dispensado ao fiador é diferente e muito desigual ao ofertado ao devedor, inobservância ao direito social à moradia, pois viola a finalidade do bem de família e inobservância à função social do contrato.

Ocorre que, embora posicionamento contrário de grande parte dos doutrinadores, o entendimento pacífico dos Tribunais admite a penhora do único imóvel destinado à moradia do fiador, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça no julgamento de recurso repetitivo da 2ª Seção, ou seja, todos os recursos que tratam da mesma questão jurídica que estavam sobrestados no STJ, nos tribunais de Justiça dos estados e nos tribunais regionais federais terão, agora, andamento com aplicação do mesmo entendimento.

Posicionamento que culminou com a edição da súmula 549 que estabelece o seguinte:

"É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação."

O Recurso Especial nº 1.363.368-MS, que deu origem à súmula, fez uma análise histórica da oscilação de entendimento da corte, conforme segue:

“a teor do artigo 1º da Lei n. 8.009/1990, o bem imóvel destinado à moradia da entidade familiar é impenhorável e não responderá pela dívida contraída pelos cônjuges, pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas no artigo 3º da aludida norma. Nessa linha, o acima mencionado dispositivo excetua, em seu inciso VII, tido por ofendido, a obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação, isto é, autoriza a constrição de imóvel de propriedade do fiador de contrato locatício, considerado bem de família.

Infere-se, pois, que a legislação pátria, a par de estabelecer como regra a impossibilidade de impor a penhora sobre bem imóvel destinado à moradia do indivíduo e de sua família, excetuou a hipótese do fiador em contrato de locação, permitindo que tal gravame seja lançado sobre o referido imóvel.

Convém ressaltar, para logo, que a norma em testilha estabelece, expressamente, as hipóteses de exceção à regra da impenhorabilidade do bem de família, o que impede sua aplicação mediante interpretação extensiva. Confira : AgRg no AREsp 537.034/MS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 01/10/2014;

REsp 1.115.265/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012).

Não se pode deixar de destacar a divergência existente em sede doutrinária acerca do tema em discussão.

De um lado, autores como José Rogério Cruz e Tucci, Carlyle Popp, dentre outros, entendem que o bem de família do fiador não pode ser penhorado para satisfação de débito em contrato de locação. Por outro lado e em conformidade com a pacífica jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça e também do Supremo Tribunal Federal, doutrinadores como Álvaro Villaça Azevedo, Alessandro Segalla e Araken de Assis defendem ser legítima a penhora sobre bem de família de fiador em contrato de locação, a teor do inciso VII do artigo 3º da Lei n. 8.009/1990, acrescentado pelo artigo 82 da Lei n. 8.245/1991, inclusive para os pactos anteriores à vigência deste diploma legal.

Contudo, como antes afirmado, a jurisprudência da Suprema Corte firmou-se no sentido da constitucionalidade do dispositivo impugnado. De fato, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 407.688, em 8/2/2006, assentou a constitucionalidade do artigo 3º, inciso VII, da Lei n. 8.009/1990, com a redação dada pela Lei n. 8.245/1991, em face do artigo 6º da Constituição Federal, que consagra o direito à moradia a partir da edição da Emenda Constitucional n. 26/2000.

O aludido julgado possui a seguinte ementa:

"FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art.3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República." (RE 407.688, Rel. Min. CEZAR PELUSO, TRIBUNAL PLENO, DJ 06.10.2006).

Posteriormente, em 13/8/2010, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 3º da Lei 8009/1990, na Repercussão Geral em Recurso

Extraordinário (RE) n. 612.360/SP, advindo da discussão do RE n. 407.688. Confira-se a ementa do julgado, que teve como relatora a eminente Ministra Ellen Gracie:

CONSTITUCIONALIDADE DA PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR. RATIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA FIRMADA POR ESTA SUPREMA CORTE. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. (RE 612360 RG, Relatora Min. ELLEN GRACIE, TRIBUNAL PLENO, julgado em 13/08/2010, DJe 03-09-2010).

Nas razões de decidir do Recurso Extraordinário n. 407.688, asseverou o eminente Ministro Cezar Peluso:

[...]. Não me parece sólida a alegação de que a penhora do bem de família do recorrente violaria o disposto no art. 6º da Constituição da República, que, por força da redação introduzida pela EC nº 26, de 15 de fevereiro de 2000, não teria recebido a norma do art. 3º, inc. VII, da Lei 8.009, de 29.03.1990, a qual, com a redação da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, abriu exceção à impenhorabilidade do bem de família. A regra constitucional enuncia direito social, que, não obstante suscetível de qualificar-se como direito subjetivo, enquanto compõe o espaço existencial da pessoa humana, "independentemente da sua justiciabilidade e exequibilidade imediatas", sua dimensão objetiva supõe provisão legal de prestações aos cidadãos, donde entrar na classe dos chamados "direitos a prestações, dependentes da actividade mediadora dos poderes públicos". Isto significa que, em teoria, são várias, se não ilimitadas, as modalidades ou formas pelas quais o Estado pode, definindo-lhe o objeto ou o conteúdo das prestações possíveis, concretizar condições materiais de exercício do direito

social à moradia. Ao propósito dos direitos sociais dessa estirpe, nota a doutrina: [...]. Daí se vê logo que não repugna à ordem constitucional que o direito social de moradia - o qual, é bom observar, se não confunde, necessariamente, com o direito à propriedade imobiliária ou direito de ser proprietário de imóvel - pode, sem prejuízo de outras alternativas conformadoras, reputar-se, em certo sentido, implementado por norma jurídica que estimule ou favoreça o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional, mediante previsão de reforço das garantias contratuais dos locadores. A vigente Constituição portuguesa é, aliás, ilustrativa ao propósito, ao dispor, no nº 2 do art. 65º: "2. Para assegurar o direito à habitação, incumbe ao Estado: (...). c) Estimular a construção privada, com subordinação ao interesse geral, e o acesso à habitação própria ou arrendada" (Grifei). A respeito, não precisaria advertir que um dos fatores mais agudos de retração e de dificuldades de acesso do mercado de locação predial está, por parte dos candidatos a locatários, na falta absoluta, na insuficiência ou na onerosidade de garantias contratuais licitamente exigíveis pelos proprietários ou possuidores de imóveis de aluguel. Nem, tampouco, que acudir a essa distorção, facilitando celebração dos contratos e com isso realizando, num dos seus múltiplos modos de positivação e de realização histórica, o direito social de moradia, é a própria ratio legis da exceção prevista no art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 1990. São coisas óbvias e intuitivas. Daí, só poder conceber-se acertada, em certo limite, a postura de quem vê, na penhorabilidade de imóvel do fiador, regra hostil ao art. 6º da Constituição da República, em "havendo outros meios de assegurar o pagamento do

débito", porque essa constitui a única hipótese em que, perdendo, diante de particular circunstância do caso, a função prática de servir à prestação de garantia exclusiva das obrigações do locatário e, como tal, de condição necessária da locação, a aplicação da regra contradiria o propósito e o alcance normativo. Aí, não incidiria, não porque, na sua generalidade e eficácia, seja desconforme com a Constituição, senão porque o fato (*fattispecie concreta*) é que se lhe não aperfeiçoaria ao modelo normativo (*fattispecie abstrata*). [...]. Nem parece, por fim, curial invocar-se de ofício o princípio isonômico, assim porque se patenteia diversidade de situações factuais e de vocações normativas - a expropriabilidade do bem do fiador tende, posto que por via oblíqua, também a proteger o direito social de moradia, protegendo direito inerente à condição de locador, não um qualquer direito de crédito -, como porque, como bem observou José Eduardo Faria, "os direitos sociais não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento uniforme; são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios". Não admira, portanto, que, no registro e na modelação concreta do mesmo direito social, se preordene a norma subalterna a tutelar, mediante estímulo do acesso à habitação arrendada - para usar os termos da Constituição lusitana -, o direito de moradia de uma classe ampla de pessoas (interessadas na locação), em dano de outra de menor espectro (a dos fiadores proprietários de um só imóvel, enquanto bem de família, os quais não são obrigados a prestar fiança). Castrar essa técnica legislativa, que não pré-exclui ações estatais concorrentes doutra ordem, romperia

equilíbrio do mercado, despertando exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, com conseqüente desfalque no campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia.

O Ministro Joaquim Barbosa, por sua vez, acompanhando o relator, fez importantes considerações em seu voto acerca do "confronto" entre o direito à moradia e o direito à liberdade:

[...] aparentemente, a questão posta nos presentes autos centra-se no embate entre dois direitos fundamentais: de um lado, o direito à moradia (art. 6º da Constituição Federal), que é direito social constitucionalmente assegurado e, em princípio, exige uma prestação do Estado; de outro, o direito à liberdade, em sua mais pura expressão, ou seja, a da autonomia da vontade, exteriorizada, no caso concreto, na faculdade que tem cada um de obrigar-se contratualmente e, por conseqüência, de suportar os ônus dessa livre manifestação de vontade. Ambos os direitos merecem igual tutela em nossa Constituição, de modo que é tarefa complexa estabelecer os parâmetros e limites de sua aplicação, em especial neste tema da penhorabilidade do bem de família do fiador nos contratos de locação. [...].

A norma é muito clara: o fiador que oferece o único imóvel de sua propriedade para garantir contrato de locação de terceiro pode ter o bem penhorado em caso de descumprimento da obrigação principal pelo locatário. Sustenta-se que essa penhora seria contrária ao disposto na Constituição federal, sobretudo após a Emenda Constitucional 26, que incluiu o direito à moradia no rol dos direitos sociais descritos no art. 6º da Constituição. Entendo, porém, que esse não deve ser o desenlace da questão. Como todos sabemos, os direitos fundamentais não têm caráter absoluto. Em determinadas situações, nada impede que um direito fundamental ceda o passo em prol da afirmação de outro, também em jogo numa relação jurídica concreta. É precisamente o que está em jogo no presente caso. A decisão de prestar fiança, como já disse, é expressão da liberdade, do direito à livre contratação. Ao fazer uso dessa franquia constitucional, o cidadão, por livre e espontânea vontade, põe em risco a incolumidade de um direito fundamental social que lhe é assegurado na Constituição. E o faz, repito, por vontade própria. Por via de conseqüência, entendo que não há incompatibilidade entre o art. 3º, VII, da Lei 8.009/1990, inserido pela Lei 8.245/1991, que prevê a possibilidade de penhora do bem de família em caso de fiança em contrato de locação, e a Constituição federal.

6. No mesmo diapasão, a jurisprudência desta Corte Superior é tranquila, estando há muito superado o precedente do STJ invocado no acórdão recorrido.

.....

7. Assim, o entendimento a ser firmado para efeitos do art. 543-C do CPC, que ora encaminho, é o seguinte:

É legítima a penhora de apontado bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, ante o que dispõe o art. 3º, inciso VII, da Lei n. 8.009/1990.

8. No caso concreto, o aresto atacado, ao ter por inválida a penhora sobre bem de família de fiador de pacto locatício, contrariou o aludido inciso VII do art. 3º da Lei n. 8.099/1990, introduzido pelo art. 82 da Lei n. 8.245/1991, bem como divergiu do entendimento ora proposto e já pacificado nesta Corte Superior de Justiça e também do Supremo Tribunal Federal, razão pela qual deve ser reformado.

9. Ante o exposto, conheço do presente recurso especial e dou-lhe provimento para firmar a legitimidade da penhora realizada sobre o bem de família do recorrido.”

Nessa ordem de ideias, a presente divergência jurisprudencial e doutrinária, revela que o tema reclama estudos acurados, considerando as garantias constitucionais e demais dispositivos aplicáveis à espécie.

CONCLUSÃO

O presente trabalho abordou questões imprescindíveis para compreensão do instituto da fiança como instrumento de garantia aos contratos de locação, tratou das consequências jurídicas de sua aplicação e levantou diversos pontos polêmicos e entendimentos divergentes sobre a extensão da responsabilidade do fiador.

O estudo acurado de conceitos e definições é elemento essencial para a resolução das controvérsias existentes sobre a garantia da fiança.

Nesse esteio, o primeiro capítulo demonstrou que a necessidade da criação de mecanismos de garantia aos contratos surgiu após uma crise sistêmica no cumprimento das obrigações, sendo assim, aumentou a preocupação com a redução dos riscos de inadimplência e máxima eficácia do contrato. Dentro deste pressuposto, foram criados diversos mecanismos de garantia contratual, sendo a fiança o mais utilizado dentro da cultura brasileira.

O segundo capítulo analisou conceitos do contrato de locação como o contrato através do qual, uma parte, nomeada locador, concede à outra, que se denomina de locatário, o uso e gozo temporário de bem, infungível, mediante determinada retribuição, que é chamada de aluguel, foram apresentadas as características do contrato, sua natureza jurídica, objeto e âmbito de aplicação da lei, terminando com a indicação das espécies de garantia admitidas pela legislação.

O mesmo capítulo abordou o contrato de fiança, colacionando diversas definições de renomados autores conhecedores do instituto, analisou suas características jurídicas, classificando-o como um contrato acessório, esclareceu que não poderá ter valor inferior ao da obrigação principal, não podendo, entretanto, ter valor superior, pois o acessório não pode exceder o principal; um contrato subsidiário, pois o fiador só responderá pelo pagamento da dívida no caso de inadimplência do devedor principal; houve indicação da possibilidade de Limitação da fiança, conforme disposição do art. 822 do Código Civil.

Foram abordadas questões referentes à outorga uxória ou marital, concluindo que a sua ausência, possibilita o ajuizamento de ação de anulação do contrato de garantia, nos termos do artigo 1642, inciso III, e seguintes do Código Civil. Também houve apontamento dos requisitos subjetivos, requisitos objetivos, requisitos formais, e possibilidade de substituição do fiador.

O terceiro capítulo estudou os efeitos da fiança, considerando as características de acessoriedade e gratuidade, geram efeitos restritos ao tempo, objeto, e às pessoas, não podendo ultrapassar o valor da dívida garantida, nem lhe exceder em onerosidade. Houve estudo aprofundado sobre o benefício de ordem do fiador, direito que possibilita ao fiador o requerimento de subsidiariedade, ou seja, a tentativa de execução dos bens do devedor principal, antes do seu patrimônio. A monografia esclareceu a possibilidade de prestação de fiança por mais de uma pessoa, sendo aplicável o benefício da divisão, sendo aplicável na hipótese de pluralidade de fiadores, possibilitando a estipulação no contrato da divisão proporcional da responsabilidade entre os fiadores. Caso inexista previsão de divisão proporcional, os fiadores serão responsáveis solidários pela dívida integral.

O benefício de exoneração da fiança, também foi estudado, modalidade que autoriza a exoneração da obrigação, a qualquer momento, sem a necessidade de motivação, o fiador ficará responsável pelo prazo de sessenta dias subsequentes. Além disso, foram especificadas as hipóteses de extinção da fiança.

O quarto capítulo abordou as questões polêmicas da aplicação do instituto, começando pela renúncia ao direito de exoneração, concluímos que a divergência é grande, prevalecendo a possibilidade de renúncia ao direito de exoneração.

O próximo aspecto polêmico foi sobre a problemática da extensão dos efeitos da fiança quando da prorrogação automática do contrato de locação celebrado por prazo determinado, sem expressa anuência do fiador. Houve conclusão no sentido de que: o dispositivo legal aplica-se aos contratos de locação por prazo determinado prorrogados sob a sua vigência. Porém, os contratos por prazo determinado que se renovaram sob a vigência da lei anterior, sem a expressa menção da prorrogação, não serão abarcados pela modificação da redação da lei.

O próximo tema abordado foi sobre a possibilidade de penhora do bem de família do fiador, com a conclusão de que, embora posicionamento contrário de grande parte dos doutrinadores, o entendimento pacífico dos Tribunais admite a penhora do único imóvel destinado à moradia do fiador, posicionamento que culminou com a edição da súmula 549 do STJ.

Diante dessas considerações, conclui-se que a fiança, embora não seja a mais eficaz, é uma das modalidades de garantia mais utilizada na modernidade, por diversas razões, dentre elas pelo fato da facilidade e gratuidade do contrato.

Sendo assim, a fiança deverá continuar sendo adotada em larga escala nos contratos de locação, pois contribui para efetividade do pagamento da obrigação e, confere segurança jurídica ao sistema normativo.

Concluindo, é incontestável que nenhum estudo poderá ser capaz de esgotar todas as dúvidas e controvérsias sobre o tema proposto. Desta forma, o presente trabalho se propôs a apresentar as principais características e consequências da garantia da fiança aplicada aos contratos de locação de imóveis.

BIBLIOGRAFIA

Avvad, Pedro Elias. Direito Imobiliário, Rio de Janeiro, Forense, 2012.

AZEVEDO, Gilmar Alves de. Lei do Inquilinato comentada: residencial e comercial. 1. ed. 2002.

AINA, Eliane Maria Barreiros. O fiador e o direito à moradia, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, pp. 124 – 6.

CAPANEMA, Sylvio. A lei do inquilinato comentada artigo por artigo. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: 4. Direito das coisas. 25. ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: 3. São Paulo: Saraiva, 2010.

Francisco Carlos Rocha Barros, comentários à lei do Inquilinato, apud. SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Direito Imobiliário: Teoria e prática. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 910

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2013. 7 v, p. 558.

GOMES, Orlando. Direitos Reais, apud GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro – volume V. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 491.

GOMES, O. Contratos. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 536-537.

Rodolfo Pamplona. Novo Curso de direito civil: contratos em espécie. São Paulo: Saraiva. 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: contratos em espécie. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 589.

LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. Vol. 38. Campinas: bookseller, 2005, p. 201.

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 406.

NERY JÚNIOR, N.; NERY, R. M. de A. Código civil comentado. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 660

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – volume IV. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 324.

Rolf Madaleno in Curso de Direito de Família, 4ª edição, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de & ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias, Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008

Rodrigues, Silvio. Direito Civil. Ed. São Paulo, 2003. V.3. Pag.222

RIZZARDO, Arnaldo. Contratos.

SANTOS, Gildo dos. Fiança. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 24.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Direito Imobiliário: Teoria e prática. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 1033.

Simão, José Fernando. Novamente a fiança. Para falar de espinhos.http://professorsimao.com.br/artigos_simao_regime_bens_novamenteAfeto2.htm, acesso em 25/08/2016

TARTUCE, Flávio. “A penhora do bem de família do fiador de locação – abordagem atualizada”, In ADV - Advocacia Dinâmica, São Paulo: COAD – Informações Confiáveis. Ano 2007, p. 348/319.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil, V. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 5.

VENOSA, Silvio de Salvo. Lei do Inquilinato Comentada: doutrina e prática: Lei 8.245 de 18-10-1991, 2010, p.164

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. 7 v.(Coleção Direito Civil).

ZARIF, C. C. . A prorrogação legal do contrato de locação e a responsabilidade do fiador. In: Rodrigo Barioni; Fabiano Carvalho.. (Org.). Processo Imobiliário, Questões atuais e polêmicas sobre os principais procedimentos judiciais e extrajudiciais referentes a bens imóveis. 1ed.São Paulo: Forense, 2011, v. , p. 1-20.