

## Capítulo LX

### FIANÇA

- SUMÁRIO: 271. Conceito. Caracteres. Requisitos.  
272. Efeitos.  
273. Extinção.

- BIBLIOGRAFIA: HECTOR LAFAILLE, *Contratos*, vol. III, págs. 164 e segs.; CER-  
RUTI AICARD, *Contratos Civiles*, ns. 349 e segs.; WASHINGTON  
DE BARROS MONTEIRO, *Curso, Obrigações*, vol. II, págs. 283 e  
segs.; EDUARDO ESPÍNOLA, *Dos Contratos Nominados*, ns. 182  
e segs.; SERPA LOPES, *Curso*, vol. IV, ns. 733 e segs.; M. I.  
CARVALHO DE MENDONÇA, *Contratos no Direito Civil Brasi-  
leiro*, ed. atualizada por JOSÉ DE AGUIAR DIAS, vol. II, ns. 375  
e segs.; COLIN et CAPITANT, *Droit Civil*, vol. II, págs. 965 e  
segs.; DE PAGE, *Traité*, vol. VI, ns. 832 e segs.; PLANIOL,  
RIPERT et BOULANGER, *Traité Élémentaire*, vol. II, ns. 1.915  
e segs.; MAZEAUD et MAZEAUD, *Leçons*, vol. III, ns. 7 e segs.;  
RUGGIERO e MAROI, *Istituzioni di Diritto Privato*, vol. II,  
§ 171; TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, n.º 268; GIOR-  
GIO BO, *Fideiussione*, in *Nuovo Digesto Italiano*; REDENTI,  
*Fideiussione*, in *Dizionario Pratico di Diritto Privato di  
Scialoja*; ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, *Tratado, Derecho de  
Obligaciones*, vol. II, §§ 188 e segs.; KARL LARENZ, *Derecho  
de Obligaciones*, vol. II, 58.

#### 271. Conceito, caracteres, requisitos da fiança

No gênero 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 (v. n.º 67, *supra*, vol. II). Pode efetivar-se mediante a separação de um bem determinado, móvel ou imóvel, com o encargo de responder a própria coisa 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* (vol. IV, n.º 346). Mas pode realizar-se, também, mediante a segurança de pagamento oferecida por um terceiro estranho à relação obrigatória,

o qual se compromete a solver *pro debitor*, e desta sorte nasce a garantia pessoal ou *fidejussória*. Esta dualidade que vigora nitidamente no direito moderno é a confluência de duas concepções: a romana, de cunho real ("*Plus cautionis in re est quam in persona*")<sup>1</sup> e a canônica, em que predominou o conteúdo moral, sobressaindo o seu caráter pessoal. Os códigos modernos disciplinam ambos os tipos de garantia. Apenas se observa a tendência ora de imprimir relevância à garantia real, ora de dar preeminência à *fidejussória*.<sup>2</sup>

Como garantia pessoal (*fideiussio*, *cautionnement*, *fideiussione*), ora resulta do acordo livremente ajustado (fiança convencional), ora emana do comando da lei (fiança legal), ora provém de imposição do juiz (fiança judicial). A estas últimas não nos referiremos, mas à primeira, que definiremos como o contrato por via do qual uma pessoa se obriga para com o credor de outra a satisfazer a obrigação, caso esta a não cumpra (Código Civil, art. 1.481).

Em nosso meio, é um contrato muito freqüente, particularmente adjeto à locação, como a contratos bancários.

*Caracteres jurídicos.* É um contrato: a) *unilateral*, porque gera obrigações somente para o fiador. Alguns escritores (CLÓVIS BEVILÁQUA, M. I. CARVALHO DE MENDONÇA) o inscrevem entre os *bilaterais imperfeitos*, sob a justificativa de que pode surgir o direito do credor contra o afiançado para haver o que pagou e mais acessórios.<sup>3</sup> Não há, porém, bilateralidade eventual de obrigações, senão mera consequência da sub-rogação e simples repercussão dos efeitos do pagamento, o que permite ao fiador proceder contra o devedor, sem que se afetem as relações contratuais estabelecidas entre fiador e credor;<sup>4</sup> b) *gratuito*, porque cria vantagens para uma só das partes, nenhum benefício auferindo o fiador. Mediante estipulação, poderá este haver do afiançado remuneração pela garantia oferecida, como compensação pelo risco assumido.<sup>5</sup> A prática dos negócios, aliás, consagra o princípio, com a instituição freqüente de ajustes que tais, especialmente na vida bancária; c) *intuitu personae*, porque ajustado em função da confiança de que desfruta o fiador;

<sup>1</sup> *Digesto*, liv. L, tit. XVII, fr. 21.

<sup>2</sup> MAZEAUD et MAZEAUD, *Leçons*, vol. III, n° 9; SERPA LOPES, *Curso*, vol. IV, n° 733.

<sup>3</sup> CLÓVIS BEVILÁQUA, *Comentários*, ao art. 1.481.

<sup>4</sup> SERPA LOPES, *ob. cit.*, n° 737; ESPÍNOLA, *Dos Contratos Nominados*, n° 186; ORLANDO GOMES, *Contratos*, n° 317. Mesmo quando remunerada, é unilateral (ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, *Obligaciones*, § 188).

<sup>5</sup> ESPÍNOLA, *loc. cit.*; SERPA LOPES, n° 738; PLANIOL, RIPERT et BOUILLANGER, *Traité Élémentaire*, vol. II, n° 1.918; DE PAGE, *Traité*, vol. VI, n° 839.

d) *accessório*, como todo contrato de garantia, porque pressupõe sempre a existência de obrigação principal, seja esta de natureza convencional, seja de natureza legal. Como contrato *accessório*, e essencialmente *accessório*, mesmo que ajustada a solidariedade,<sup>6</sup> segue a sorte do principal — *sequitur principale* — mas não há identidade entre um e outro: se a fiança não pode ser mais onerosa (*in duriolem causam*), pode ser inferior ao valor da obrigação garantida, como também é possível dar fiança condicional ou a termo a uma obrigação pura e simples.

Procurando uma caracterização especial para a fiança, há os que a tacham de promessa de empréstimo: sem razão, porque inexiste a obrigação de entregar ao mutuário uma soma, porém a de substituir o devedor na solução da obrigação.<sup>7</sup>

Não há confundir fiança e aval. Ambos são tipos de garantia pessoal, mas, enquanto a fiança é uma garantia fidejussória ampla, e hábil a aceder a qualquer espécie de obrigação, convencional, legal ou judicial, o aval é restrito aos débitos submetidos aos princípios cambiários. Em razão da velocidade dos títulos desta espécie, não está sujeito às restrições de que padece a fiança, no tocante à outorga do outro cônjuge. E nos seus efeitos também difere, gerando o aval responsabilidade sempre solidária, ao contrário da fiança,<sup>8</sup> que pode sê-lo, ou não.

Para a sua validade, os requisitos exigidos poucas peculiaridades oferecem:

A — *Subjetivos*. Em linha de princípio, basta a capacidade genérica; mas quem não a tem para contratar não pode afiançar.<sup>9</sup> A regra, enunciada em nosso direito anterior,<sup>10</sup> proibindo às mulheres de prestar fiança, e que era reminiscência romana (*Senatus-consulto Veleiano*), desapareceu. O que vigora neste particular é a restrição para que, na vigência da sociedade conjugal, a mulher dê fiança, qualquer que seja o regime de bens, sem o consentimento do marido. Não vai aí uma incapacidade, porém norma restritiva em favor da boa convivência social. Ao marido, igualmente, não é lícito afiançar sem outorga uxória, pelo mesmo motivo.

Outras restrições vigem ainda. Uma de ordem legal, envolvendo certas pessoas em razão de ofício ou função (ex. gr., agentes fiscais, tesoureiros, leiloeiros, tutores e curadores pelos pupilos e curatelados),

<sup>6</sup> DE PAGE, ob. cit., n° 834-C.

<sup>7</sup> SERPA LOPES, n° 738.

<sup>8</sup> MAGARINOS TORRES, *Nota Promissória*, ns. 118 e segs.; SARAIVA, *Cambial*, § 13; WHITAKER, *Letra de Câmbio*, n° 108; JOÃO EUNÁPIO BORGES, *Aval*, n° 14.

<sup>9</sup> GIORGIO BO, in *Nuovo Digesto Italiano*, verb. *Fideiussione*.

<sup>10</sup> *Ordenações*, liv. IV, tit. 61.

ou atingindo as entidades públicas — *ex. gr.*, o governador não pode prestar fiança sem autorização da Assembléa Legislativa; as autarquias não podem ser fiadoras, salvo as instituições de previdência social na locação de casa ocupada pelos seus associados (Decreto-lei n.º 1.258, de 31 de maio de 1939); ou as unidades militares em favor dos oficiais e praças que as compõem. Outras, de ordem convencional, mediante ajuste expresso, como nos contratos constitutivos de sociedades, mediante dizer aos seus gerentes e administradores assumir esta responsabilidade em negócios estranhos aos interesses sociais. No mútuo feito a menor, a fiança dada a este é inválida, e não é lícito ao credor recobrar o empréstimo, nem do fiador nem dos abonadores (Código Civil, art. 1.258).

B — *Objetivos.* A fiança pode ser dada a toda espécie de obrigação, legal ou convencional, e de qualquer natureza, de dar, de fazer ou de não fazer.

Como contrato acessório, sua eficácia depende da validade da obrigação principal: se esta for nula, nula será a fiança; se for inexigível, como a dívida de jogo, incobrável será do fiador; se anulável não pode ser eficazmente afiançada, salvo se a anulabilidade provier de incapacidade pessoal do devedor (Código Civil, art. 1.488), presumindo-se neste caso que foi dada com o objetivo específico de resguardar o credor do risco de não vir a receber do incapaz.<sup>11</sup> O Código suíço ressalva a garantia dada à dívida prescrita ou anulável por erro, desde que se prove que o fiador tinha ciência do defeito ou da causa extintiva.

Via de regra, a fiança é dada a obrigações atuais, mas nada obsta a que tenha por objeto dívidas futuras, ficando todavia a sua exigibilidade na dependência de que estas se façam certas e líquidas; sem embargo do prestígio dos que o defendem, não se trata de fiança condicional, explicando-se a subordinação de sua eficácia ao nascimento da obrigação afiançada pelo princípio da acessoriedade.<sup>12</sup> Os códigos suíço (art. 492) e italiano (art. 1.938) aludem à fiança dada à obrigação condicional, o que é cientificamente certo e traduz relação jurídica incensurável, ainda na falta de texto expresso.

Predomina a regra da acessoriedade na determinação do valor da fiança, que, desembaraçadamente, pode ser inferior à dívida principal, mas não pode ultrapassá-lo, nem ser mais onerosa do que ela (*in diu-riorem causam*); a sanção não será, contudo, a nulidade, mas a redução ao nível do débito afiançado (Código Civil, art. 1.487).

<sup>11</sup> PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, *ob. cit.*, n. 1.924.

<sup>12</sup> DR. PAGE, *ob. cit.*, n.º 855.

Formais. Sendo a fiança um contrato unilateral e gratuito, não deve suscitar dúvidas, quer quanto à efetividade de sua prestação, quer quanto à sua extensão. Daí ser assente que só vale expressa. A fim de fixá-lo, o Código Civil brasileiro impõe-lhe a forma escrita *ad solemnitatem*. Uma pessoa pode, por algum motivo, honrar o compromisso do devedor e por ele pagar. Mas esta solutio espontânea nunca presumirá a fiança, se a declaração de vontade não revestir forma escrita, ainda que particular.

A fiança conclui-se entre fiador e credor. O contrato principal, entre o credor e o afiançado, constitui outra relação jurídica. Se é freqüente o devedor procurar e solicitar quem lhe garanta a solvência, e se não é raro conter-se a fiança no corpo do contrato principal, como cláusula deste, não se descaracteriza subjetivamente. Pode, mesmo, ser estipulada na inciência e até contra a vontade do devedor, sem sofrer degradação, e não tem o afiançado a liberdade de recusá-la sob invocação do princípio *invito non datur beneficium*, mesmo porque o beneficiário é o credor e não devedor. Não há, também, na fiança uma relação contratual tripartite, porém dois negócios jurídicos distintos, que se ligam pela idéia de acessoriedade.<sup>13</sup>

Como todo contrato benéfico, interpreta-se restritivamente, não comportando extensão objetiva (*de re ad rem*), como no caso de ser dada a uma parte da dívida, e pretender-se abranger outra parte; nem extensão subjetiva (*de persona ad personam*), como na hipótese de a dívida ser novada, e o credor postular a subsistência da fiança pelo descumprimento do novo devedor; nem extensão temporal (*de tempore ad tempus*), pois se for dada a termo certo, não é legítimo que o credor sustente a cobertura de obrigações posteriores ao vencimento dele, nem protrair o compromisso do fiador, ainda que ocorra o vencimento antecipado da obrigação afiançada, em razão da insolvência ou da falência do devedor.<sup>14</sup>

Sem embargo deste princípio de hermenêutica, admite-se que se a fiança não for limitada, compreenderá os acessórios da obrigação garantida, como os juros do capital mutuado, ou os acréscimos legais do aluguel mensal. Entre as despesas acessórias, prevê a lei (Código Civil, art. 1.486) as despesas judiciais na ação movida pelo credor, para haver do devedor o pagamento, porém condicionadas à citação do fiador, o qual, no caso contrário, tem a seu favor a defesa, segundo a qual não pode ser onerado com um encargo desnecessário, pois se fosse convocado à lide não deixaria marchar o processo, pagando.

<sup>13</sup> DE PAGE, ob. cit., n° 834.

<sup>14</sup> CLÓVIS BEVILÁQUA, *Comentários*, ao art. 1.483; SERPA LOPES, ns. 748 e 756.

No caso de ser o devedor obrigado a oferecer fiador, ou por ser exigência legal, ou por se ter comprometido a fazê-lo, o credor tem a liberdade de recusar, se o indigitado não for: a) pessoa idônea, compreendendo-se neste requisito tanto a idoneidade financeira, que se avalia confrontando o valor do débito com a estimativa dos bens livres; quanto a idoneidade moral, apurada pela honorabilidade do fiador e seu conceito no meio em que vive. Um indivíduo rixoso, demandista habitual, pode ser enjeitado,<sup>15</sup> não obstante a robustez de seu patrimônio, pois o que o credor procura na fiança é a perspectiva de uma fácil liquidação, e não os tormentos de um litígio; b) residente no município, o que facilita ser procurado e avisado pelo credor, no inadimplemento do devedor garantido.

Quando o fiador tiver quem lhe abone a solvência, ao abonador (*fideiussor fideiussoris*) têm aplicação as normas relativas à fiança. Mas o abonador do fiador somente será chamado a solver no inadimplemento do devedor principal e do fiador,<sup>16</sup> pois se fosse chamado a prestar juntamente com o abonado, tratar-se-ia de co-fiança, que é figura diversa.

## 272. Efeitos da fiança

O fiador garante o adimplemento do afiançado, e firma o compromisso de solver, se o não fizer o devedor. Não estabelece mera afetação patrimonial a benefício do credor, senão que se obriga verdadeiramente ao pagamento.<sup>17</sup> É com este objetivo que existe a garantia fidejussória, e como o contrato vincula o fiador ao credor, os primeiros efeitos passam-se, direta e imediatamente, neste plano. Num outro defluem consequências entre o fiador e o devedor. No desenvolvimento do tema, dividiremos a sua exposição em dois itens:

A — *Relações entre fiador e credor.* O credor tem o direito de exigir do fiador o pagamento da dívida garantida. Demandado, tem o fiador o benefício de ordem, em virtude do qual lhe cabe exigir, até a contestação da lide, que seja primeiramente executado o devedor, e, para que se efetive, deverá ele nomear bens a este pertencentes, sitos no mesmo município, livres e desembargados, suficientes para suportar a solução do débito (Código Civil, art. 1.491). Este *beneficium*, que era desconhecido no Direito Romano antigo e no período clássico, em que vigia o princípio da solidariedade, independentemente de convenção, somente veio a integrar-se no sistema, ao tempo de JUSTINIANO, que o introduziu no *Corpus*

<sup>15</sup> CLÓVIS BEVILÁQUA, *Comentários*, ao art. 1.489.

<sup>16</sup> RUGGIERO e MAROL, *loc. cit.*

<sup>17</sup> ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, *ob. cit.*, § 188.

*Juris.* <sup>18</sup> Irradiou-se depois, sobrevivendo nos Códigos da atualidade. Mas a prática dos negócios, generalizando a estipulação da fiança solidária, acabou por obter a restauração convencional da primitiva concepção romana da fiança sem o *beneficium excussionis*. <sup>19</sup>

O benefício de ordem é recusado: 1) se não forem observados os requisitos de sua concessão, relativos à oportunidade da indicação, à situação dos bens e à sua liberação; 2) se a ele houver o fiador renunciado expressamente, seja no instrumento mesmo da fiança, seja em documento apartado; 3) se se houver declarado *solidário* ou *principal* pagador: as duas expressões costumam figurar geminadas, porém desnecessariamente, porque a lei as equipara na acepção de traduzirem uma renúncia ao benefício; é da essência da *solidariedade* que o devedor possa ser demandado pela totalidade da dívida (*totum et totaliter*) e sem benefício de ordem (v. n.º 142, *supra*, vol. II), e se for estipulado que o fiador é *principal* pagador, assumirá a posição de devedor em primeiro plano; 4) se for aberta a *falência* do devedor ou contra ele instaurado *concurso de credores*, porque em ambos os casos fica afastada a possibilidade de ser feita indicação de bens livres e desembargados, como requisito do favor; <sup>20</sup> 5) se for comercial, será a fiança *ex vi legis solidária* (Código Comercial, art. 258).

O outro benefício instituído para o fiador demandado é o da *divisão*, que remonta ao tempo do imperador Adriano, e somente pode ocorrer na pluralidade de fiadores ou co-fiança. É de princípio que os co-fiadores se *presumem solidários*, admitido, porém, que se ilida a presunção pela estipulação contrária, e neste caso cada um responderá *pro rata* (Código Civil, art. 1.493). Poderá a convenção desde logo determinar a parte da dívida que toma cada fiador sob a sua responsabilidade, e então ao credor não é lícito exigir senão de cada qual a sua quota viril. Mas, nas relações entre os co-fiadores entre si, a regra é a *divisão*, cabendo ao fidejussor solvente da dívida inteira demandar dos demais co-fiadores *pro parte*. E se algum deles for insolvente, partilha-se entre os demais a sua cota.

B — *Relações entre fiador e devedor.* O fiador que paga sub-roga-se na qualidade creditória, e tem direito a exigir do devedor que o reembolse do que despendeu, e mais os juros pela taxa estipulada na

<sup>18</sup> VAN WETTER, *Pandectes*, vol. III, § 313; FRÉDÉRIC GIRARD, *Droit Romain*, pág. 798.

<sup>19</sup> COLIN et CAPITANT, *Droit Civil*, vol. II, n.º 977; MAZEAUD et MAZEAUD, *Leçons*, vol. III, ns. 9 e 3.

<sup>20</sup> ENNECERUS, KIPP y WOLFF, *ob. cit.*, § 190; KARL LARENZ, *ob. cit.*, pág. 451.

obrigação, ou pela legal, se não tiverem sido ajustados. Responde, ainda, o devedor pelas perdas e danos que o fiador pagar, e pelos prejuízos que este sofrer, porque, se a fiança é contrato que beneficia ao credor, não importa em doação ao devedor, o qual continua obrigado até que, pela *solutio*, obtenha a extinção da obrigação.

Mas, para que lhe compita a sub-rogação, deverá pagar integralmente a dívida, pois que, sendo garante do afiançado, não pode concorrer com o credor, não totalmente satisfeito, na execução dos bens do devedor.

Nega-se-lhe ainda o direito regressivo contra o afiançado: a) se, por sua omissão, o devedor, não informado da prestação feita, houver novamente pago o mesmo débito; b) se tiver prestado a fiança cum animo donandi; c) se tiver pago o indébito total ou parcial, isto é, se a prestação não for devida ou for maior do que o valor da obrigação; d) se tiver pago sem ser demandado (pagamento espontâneo), omitindo a informação ao devedor principal, que teria uma causa extintiva a opor ao pagamento.<sup>21</sup>

O fiador tem o direito de ver clareada a sua situação, e de não permanecer indefinidamente sujeito às conseqüências do compromisso assumido. Com esse objetivo cabe-lhe promover o andamento da execução iniciada pelo credor contra o devedor, se ficar injustificadamente paralisada; e, ainda, no caso de vencer-se a obrigação, ou haver decorrido o prazo dentro do qual o devedor obrigou-se a desonerá-lo, faculta-se-lhe exigir que o devedor satisfaça a obrigação, ou o exonere da fiança (Código Civil, art. 1.498). O princípio tem sido criticado como excessivo, em razão de colocar nas mãos do fiador uma arma que o habilita a ser mais severo do que o credor, antecipando-se a este na exigência, e forçando um desfecho danoso ao afiançado, em contraste com a tolerância do credor. Conciliando o interesse do fiador, que não deseja permanecer na perspectiva indefinida de ter de pagar, e do afiançado que não pretende ser compelido a fazê-lo na falta de exigência do credor cordato, será conveniente adotar um meio-termo razoável, como faz o novo Código italiano (art. 1.953), que abre ao fiador a faculdade de agir contra o devedor, para que este lhe dê a liberação, ou forneça as garantias necessárias a assegurar-lhe a satisfação no caso de proceder regressivamente. Tais garantias tanto poderiam ser reais, como pessoais, isto é, a outorga de hipoteca, penhor ou anticrese, ou a indicação de um subfiador.

Com a morte do fiador, as obrigações oriundas da fiança, até aquela data, passam aos herdeiros, que por elas podem ser demandados dentro das forças da herança, e não mais. Responsabilidades que advenham

<sup>21</sup> DE PAGE, ob. cit., n° 933; COLIN et CAPITANT, ob. cit., n° 985; SERPA LOPES, ob. cit., n° 766; TRABUCCHI, ob. cit., n° 268.

após o óbito, ainda que cobertas pela garantia fidejussória, não podem atingir os sucessores: por exemplo, os herdeiros do fiador por alugueres abertura da sucessão, mas não são obrigados pelos subseqüentes.

### 273. Extinção da fiança

A fiança pode cessar por três ordens de causas: fato do fiador, fato do credor, extinção da obrigação garantida.

1 — *Fato do fiador.* Dada a fiança sem limitação de tempo, o fiador tem o direito de exonerar-se quando lhe convier, já que prazo indeterminado não induz perpetuidade. É intuitivo o princípio (CLÓVIS BEVILÁQUA). Mas a solução do Código Civil não é a melhor, pois que libera o fiador somente a partir da sentença, se o credor não anuir em desonerá-lo. Justo será que o fiador fique livre a partir da citação, retroagindo os efeitos da sentença até a sua data. Em caso contrário, o credor que maliciosamente procrastinar o andamento do feito estenderá no tempo os efeitos da garantia, e tirará proveito da própria má-fé, o que é contra a moral e o direito. Em qualquer caso, porém, o fiador exonerado responde pelos débitos existentes até a data da liberação.

2 — *Fato do credor.* O credor tem o direito de exigir do fiador o pagamento da dívida garantida, mas carece do poder de agravar-lhe a situação, sob a cominação de cessar a garantia. Assim é que se extingue a fiança e exonera-se o fiador, ainda que seja este solidário ou principal pagador: a) se o credor conceder *moratória* ao devedor, prorrogando-lhe o prazo além do vencimento da obrigação, sem a anuência do fiador, porque tal concessão poderá ter como conseqüência a piora na situação econômica do devedor, cujos bens já poderão ser insuficientes para suportar o direito regressivo do fiador-solvente. Mas a moratória, a que se alude, não é a simples inércia no receber o débito vencido, porém a concessão de prazo de graça, expressa e positiva, mediante o qual o devedor obtém uma dilação da pretensão creditória;<sup>22</sup> b) se *impossibilitar*, inutilizando-a, a *sub-rogação* do fiador nos seus direitos creditórios, porque o credor, numa situação de *mandatarius pecuniae credendae*, tem o dever de conservar as suas garantias e cedê-las ao fiador, e se procede em termos de impedir que efetive o direito de regresso, comete um ilícito cuja sanção é perder ele o poder de demandar do afiançado o pagamento; inscrevem-se nesta hipótese a renúncia ao penhor ou à hipoteca, como ao direito de retenção ou a privilégios, ou o consentimento para que

<sup>22</sup> JOÃO LUIS ALVES, *Código Civil Anotado*, observação ao art. 1.502.

o devedor disponha de bens substanciais de seu patrimônio; 23 c) se receber dação em pagamento do devedor, pois que a aceitação de coisa diversa da devida — *aliud pro alio* — tem o efeito extintivo da obrigação, e, por via de consequência, da fiança. Vindo o *accipiens* a perder por evicção a coisa recebida em substituição à *res debita*, a dívida se reabilita, mas a fiança resta definitivamente perempta; d) feita a nomeação de bens livres e desembargados do afiançado (benefício de ordem), se a ação sofrer retardamento, e por este motivo o devedor cair em insolvência, desonera-se o fiador provando que os bens apontados eram, ao tempo da penhora, suficientes para a solução da obrigação garantida (Código Civil, art. 1.504) e o credor, que, por negligência ou má-fé, contribua para que o pioramento da situação do devedor o impeça de haver o crédito, assumirá os riscos, e suportará as consequências.

3 — *Extinção da obrigação garantida.* a) uma vez pago o credor, e extinta a obrigação principal, cessa a fidejussória, que lhe acede; b) se a obrigação terminar por qualquer das causas extintivas sem pagamento (v. ns. 162 e segs., supra, vol. II), cessa a fiança; c) demandado o fiador, pode opor ao credor as exceções pessoais que contra este tenha (novação, confusão, compensação, transação, remissão), como ainda as que são próprias do afiançado, mesmo que este a elas renuncie,<sup>24</sup> porque, se a dívida é perempta em razão delas, o credor não as poderia mais reclamar. Mas o devedor principal não pode opor ao credor a exceção pertinente ao fiador, que lhe não aproveita. Assim é que a remissão da dívida concedida ao devedor principal extingue a fiança; mas se for dada ao fiador, libera-o, sem fazer cessar a relação obrigatória fundamental. Se ocorre na pessoa do credor confundir-se a situação do devedor, extingue-se a fiança; mas se, por sucessão, o fiador receber a qualidade creditória, não será obrigado à *solutio* como garante, embora tenha ação contra o mesmo devedor, na qualidade de *reus credendi* que fica sendo, sucedendo ao credor.

<sup>23</sup> PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, ob. cit., n° 1.978; WINDSCHEID, *Pandette*, vol. II, n° 487, nota 10; DERNBURG, *Pandette*, vol. II, § 82, n° 3, notas 7 e 8; GIRARD, *Droit Romain*, pág. 808; COLIN et CAPITANT, ob. cit., n° 992; ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, ob. cit., § 192.

<sup>24</sup> DE PAGE, ob. cit., n° 827