

## FIANÇA

SUMÁRIO: 368. Generalidades. 369. Caracteres. 370. Pressupostos e requisitos. 371. Efeitos. 372. Extinção.

**368. Generalidades.**

A garantia do cumprimento de uma obrigação, em reforço do vínculo originário, pode ser oferecida pelo próprio devedor ou por terceiro. Quando o devedor vincula um bem ao pagamento da dívida, concedendo ao credor o direito de obtê-lo com o valor daquele há *garantia real*, mas se a obrigação originária é reforçada por outra, assumida por terceiro, diz-se que há *garantia pessoal*. Oferecida esta garantia, haverá duas obrigações: a *principal* e a *fidejussória*. Deriva, a última, da lei, de uma declaração de vontade, ou de um *contrato*. Quando este é sua fonte, a obrigação fidejussória representa *garantia convencional*.

A *garantia pessoal* deriva do contrato de fiança, cuja função econômico-social consiste, precisamente, em dar nascimento à *obrigação fidejussória*.

Há *contrato de fiança* quando uma pessoa assume, para com o credor, a obrigação de pagar a dívida, se o devedor não o fizer.

Quem contrai essa obrigação chama-se *fiador*. É o devedor da obrigação fidejussória. Denomina-se *afiançado* o devedor da *obrigação principal*.

O *contrato de fiança* trava-se entre o *fiador* e o *credor do afiançado*. 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 de 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.

## 369. Caracteres

*Fiança é contrato unilateral, gratuito e acessório.*  
*Produz obrigações unicamente para o fiador.* Mesmo a fiança

*onerosa é contrato unilateral, pois se efetua entre o fiador e o credor, independentemente do consentimento do devedor da obrigação principal. Sua bilateralidade é defendida, no entanto, pelos que sustentam a existência de um dever de diligência por parte do credor, que seria obrigado a obter o pagamento do devedor principal. Se é certo que deve exigi-lo primeiramente deste, esse comportamento não passa de uma condição para o exercício do seu direito contra o fiador, nunca uma obrigação. Entendem alguns escritores que a fiança é contrato bilateral imperfeito, porque, se o fiador paga a dívida, se sub-roga no direito do credor, mas essa opinião assenta no falso pressuposto de que o contrato se realiza entre o fiador e o devedor. Insustentável, demais disso, porque, cumprida a obrigação do fiador, se extingue o contrato de fiança.*

Nenhuma dúvida quanto à *gratuidade*. Obriga-se o fiador, assumindo a responsabilidade subsidiária ou solidária do pagamento de uma dívida, sem qualquer vantagem. Quem se beneficia é o credor. Contudo, não é proibida a estipulação, em favor do fiador, de vantagens pecuniárias que compensem os riscos.<sup>1</sup> Porque, contrato benéfico, a fiança não admite interpretação extensiva.

A 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. Trata-se, desse modo, de um *contrato acessório*.

Do caráter acessório da fiança decorrem as conseqüências seguintes:

- a) a obrigação fidejussória não sobrevive à obrigação principal;
- b) a obrigação fidejussória tem a mesma natureza e extensão da obrigação principal.

Assim, se a obrigação principal for nula, a fiança desaparece. Se pura e simples, pura e simples será a obrigação fidejussória. Não poderá ter esse caráter se a obrigação principal for condicional. A fiança mais onerosa do que a dívida só vale nos limites da obrigação afiançada. Se esta não render juros, a obrigação do fiador não pode produzi-los. E assim por diante.

<sup>1</sup> EDUARDO ESPÍNOLA, *Contratos Nominados no Direito Civil Brasileiro*, pág. 405.

O contrato de fiança é *intuitu personae* em relação ao fiador. Importa, decisivamente, para a sua celebração a confiança que inspire ao credor.

### 370. Pressupostos e requisitos

Quanto à capacidade dos contratantes, regem as disposições legais de caráter geral, indagando-se apenas se pessoa casada pode afiançar sem o consentimento do cônjuge. A questão é, antes, de *legitimidade* do que de *capacidade*. É nula a fiança dada pelo marido sem outorga uxória, não sendo pacífica, todavia, a interpretação do texto legal proibitivo.

Não é mais proibido à mulher prestar fiança, como de tradição firmada no *senatus-consulto* veleiano. Vigora apenas restrição quanto à mulher casada que, para prestá-la, precisa da autorização do marido.

Certas pessoas não estão legitimadas para assumir as obrigações de fiador, por ser de interesse público que não contraiam tal responsabilidade.<sup>2</sup>

Toda obrigação válida é suscetível de ser afiançada, seja de *dar* seja de *fazer*.

A fiança pode ser prestada para a garantia do cumprimento de obrigação futura ou condicional. A responsabilidade do fiador, nesse caso, firma-se para a eventualidade de que a obrigação venha a ser eficaz. Não poderá ser demandado antes que a obrigação principal se torne líquida e certa. Admite-se, pois, que garanta dívida cuja importância não esteja determinada no momento da celebração do contrato de fiança.

O valor da fiança pode ser inferior ao da obrigação principal. Permite-se, com efeito, que o fiador se responsabilize apenas por uma parte da dívida ou se obrigue em condições menos onerosas que as do afiançado. Proíbe-se, no entanto, que assumam responsabilidade mais extensa, determinando a lei que se reduza ao valor da fiança. Não será, pois, nula a obrigação, mas apenas reajustável.

Conforme os termos do contrato, o fiador responderá pelos *créditos secundários*, que compreendem os juros, as despesas judiciais e as multas.

A fiança pode ter por objeto outra fiança. Chama-se *subfiança* o contrato pelo qual alguém afiança a obrigação do fiador. O fiador

<sup>2</sup> Estão nesse caso: os agentes fiscais, leiloeiros, tesoureiros, dentre outros.

do fiador denomina-se *abonador*. Se o fiador exige do devedor outro fiador para o caso que venha a exercer seu direito regressivo, diz-se que há *retrofiança*.

Algumas legislações exigem que o contrato de fiança se celebre por escrito. Outros admitem a *fiança verbal*. Entre nós a de dar-se por escrito, seja em instrumento público, seja em instrumento particular. Não é necessário, porém, que o contrato se realize em instrumento à parte. Pode ser celebrado no instrumento do contrato principal, como ocorre freqüentemente no de locação. Haverá, então, *coligação de contratos, sob a forma de união meramente externa*.<sup>3</sup>

O *pré-contrato* de fiança deve obedecer à mesma forma do contrato.

### 371. Efeitos

A fiança produz duas ordens de efeitos, a saber:

- a) relações entre o credor e o fiador;
- b) relações entre o afiançado e o fiador.

Na primeira ordem, compreendem-se as *exceções* que são concedidas ao *fiador*, sob nome de *benefícios*. Tais são:

- a) o *benefício de ordem*;
- b) o *benefício de divisão*.

O *benefício de ordem* consiste no direito assegurado ao fiador de exigir do credor que acione em primeiro lugar o devedor principal. É uma *exceção* que deve ser oposta até a contestação da lide. Invocando o *benefício*, o fiador recusa-se legitimamente a pagar a dívida antes que o credor tenha executado, sem êxito, os bens do afiançado.

*benefício de ordem*

O fiador tem de invocá-lo tempestivamente na ação a que responde, opondo a exceção dilatória até a contestação da lide e deve nomear bens do devedor, livres e desembaraçados, quantos bastem para solver o débito.

O *benefício de ordem* pode ser renunciado *expressa* ou *tacitamente*. De regra é excluído no contrato pela cláusula de que o fiador se obriga como *principal pagador*. Nada impede, porém, que a renúncia se dê posteriormente. Enfim, importa renúncia a inércia

<sup>3</sup> Vide n.º 77. *supra*.

do fiador que, acionado, não opõe a exceção até a contestação da lide.

O fiador não aproveita o *benefício de ordem*, se o devedor for insolvente ou falido.

*benefício de divisão* A obrigação principal pode ser garantida *conjuntamente* por vários fiadores. É o que se chama *co-fiança*. Presume-se a *solidariedade* entre os *co-fiadores*. O credor, nesse caso, pode executar os bens de qualquer dos fiadores, pois cada qual responde pela dívida toda. Mas 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.

Na segunda ordem de relações, deve-se considerar, em primeiro lugar o *benefício de sub-rogação*.

*benefício de sub-rogação* Se o fiador paga a dívida, sub-roga-se nos direitos do credor. Passa a ser credor do afiançado, investindo-se nos mesmos direitos do credor da obrigação principal, por ele cumprida. Há, portanto, simples substituição de credor.

Ao fiador que paga asseguram-se as seguintes *pretensões* contra o devedor:

- a) obter o ressarcimento de todas as perdas e danos resultantes do pagamento;
- b) ser indenizado dos prejuízos sofridos em razão da fiança;
- c) ser reembolsado dos juros correspondentes ao capital que desembolsou para pagar a dívida.

Assistem-lhe os seguintes direitos:

- a) promover andamento da execução iniciada contra o devedor pelo credor, se este, sem justa causa, a retardar;
- b) exigir que o devedor satisfaça a obrigação, ainda antes de haver pago;
- c) exigir que o devedor o exonere da fiança, desde que tenha decorrido o prazo dentro do qual se obrigou a libertá-lo.

A *fiança* pode ter *duração limitada* ou *ilimitada*. Se for dada sem limitação de tempo, o fiador pode exonerar-se da obrigação a todo tempo. A exoneração de responsabilidade não se dá por força de declaração unilateral de vontade, mas por efeito de mútuo con-

senso, ou de sentença judicial. A exoneração de responsabilidade dá-se *ex nunc*, ficando obrigado o fiador por todos os efeitos da fiança anteriores ao acordo extinto ou à sentença exoneratória.

Embora a fiança seja contrato *intuitu personae* em relação ao fiador, suas obrigações transmitem-se *mortis causa*, desde que nascidas antes da abertura da sucessão. Por outras palavras: os efeitos *intra vires hereditates*.

### 372. Extinção

A fiança extingue-se *por via de consequência* ou *diretamente*. De sua natureza *accessória* decorre a extinção quando a obrigação principal é cumprida. Pouco importa o modo por que se extingue a obrigação do afiançado. Tanto faz que cesse pelo modo ordinário, como pela dação em pagamento, pela novação, ou pela remissão. Em qualquer hipótese, verifica-se a extinção *por via de consequência*.

*Diretamente* ou *por via principal* dá-se a extinção quando a causa extintiva afeta a obrigação fidejussória. Qualquer dos modos de extinção das obrigações em geral determina o fim da fiança, sem que desapareça a obrigação principal.

Extingue-se ainda mediante *revogação*. A fiança prestada para a garantia de *dívida futura* pode ser revogada pelo fiador quando a situação financeira do devedor da obrigação principal agravar-se a ponto de desaconselhá-la.

#### Desobriga-se o fiador:

- a) se sem seu consentimento o credor conceder moratória ao devedor;
- b) se for impossível ao fiador sub-rogar-se nos direitos de credor, por fato deste;
- c) se houver substituição do objeto do pagamento e vier o credor a perder, por evicção, a coisa recebida;
- d) se o credor, a quem forem indicados bens do devedor pelo fiador ou alegar o benefício de ordem, retardar a execução, deixando o devedor cair em insolvência.