

O CONTRATO DE FIANÇA E OS LIMITES AO BENEFÍCIO DE ORDEM*

Leila Cristiani Correia de Freitas e Sousa

Sumário: Introdução. Capítulo I – Meios de garantia de crédito. 1. Garantia geral. 2. Garantias especiais. Capítulo II – Fundamentos básicos da fiança. 1. A fiança no Brasil. 2. Conceito. 3. Elementos tipificadores. 4. Espécies. 5. Estrutura e funcionamento da fiança. 6. Natureza jurídica e características. 7. Figuras correlatas. 7.1 Comissão com cláusula *del credere*. 7.2 Cartas de conforto ou de patrocínio. 7.3 Obrigação solidária. 7.4 Aval. 8. Efeitos da fiança. 9. Causas de extinção da fiança. Capítulo III – Aspectos do benefício de ordem. 1. Noções. 2. Efeito. 3. Requisitos e momentos de oposição. Capítulo IV – Limites ao benefício de ordem. 1. Hipóteses do art. 828 do Código Civil. 1.1 Renúncia expressa do devedor. 1.2 Obrigação do fiador como principal pagador ou devedor solidário. 1.3 Insolvência ou falência do devedor. 2. Fiança em entrega de coisa determinada fungível. 3. Limitação da responsabilidade patrimonial por convenção das partes. 4. Cumulação com garantia real posterior à fiança. 5. Transcurso do prazo para oposição. 6. Cláusula ao primeiro pedido. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO



om base no princípio da responsabilidade patrimonial, o devedor responde com todos os seus bens para o cumprimento das obrigações contraídas. Nesse contex-

* Relatório da disciplina Direito Comercial I e II apresentado ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídicas. Regência: Professor Doutor José Alberto Vieira e Professor Doutor Manuel Januário da Costa Gomes.

to, a fiança se constitui numa importante figura contratual, na medida em que reforça a garantia de crédito do devedor. Na maioria das vezes, não há contraprestação em favor do fiador, até mesmo porque a relação contratual firmada por ocasião da fiança ocorre entre o fiador e o credor.

Sempre foi motivo de temor o instituto da fiança, haja vista a possibilidade que tem o sujeito, em nome de uma garantia, de submeter todo o seu patrimônio penhorável ao cumprimento de uma obrigação que não foi por ele originariamente contraída. Resta-lhe apenas a possibilidade de tentar reaver do devedor o prejuízo patrimonial, o que nem sempre é fácil. Ora, se o devedor não conseguiu saldar a obrigação contraída, sendo necessário que o credor invoque a garantia pessoal, é de subentender-se ser improvável que o fiador obterá junto àquele o que dispendeu, quando do acionamento da garantia fidejussória que sobre ele recaía.

Aspecto importante da fiança é a possibilidade que tem o fiador de invocar o benefício de ordem, evitando que seus bens sejam excutidos antes de esgotado o patrimônio do devedor. No entanto, tal benefício sofre limitações, matéria que será discutida como o objetivo principal deste estudo, sobretudo no que tange às possibilidades que excedem as hipóteses previstas no art. 828 do Código Civil.

Para o atingimento desse objetivo, o estudo está dividido em quatro capítulos. O primeiro cuida dos meios de garantia de crédito, fazendo uma abordagem acerca da garantia geral e das garantias especiais, sejam estas reais ou pessoais, inserindo-se a fiança no âmbito destas últimas.

No segundo capítulo, estuda-se a fiança no Brasil, discorrendo-se sobre seus fundamentos básicos: conceito, elementos tipificadores, espécies, estrutura e funcionamento, natureza jurídica e características. Abordam-se, comparativamente, os institutos afins, sobretudo o aval. O terceiro capítulo traz considerações acerca do benefício de ordem, analisando o concei-

to, seu efeito e o momento em que deve ser arguido.

O quarto capítulo aborda aspectos específicos dos limites ao benefício de ordem, tratando, inicialmente, das hipóteses previstas no art. 828 do Código Civil, a exemplo da renúncia e da insolvência do devedor. Na sequência, são apresentadas outras hipóteses, não previstas no artigo mencionado, tais como: a fiança para entrega de coisa determinada e fungível; a limitação da responsabilidade patrimonial pela convenção das partes; a cumulação com garantia real posterior à fiança; o transcurso do prazo para oposição e a cláusula ao primeiro pedido.

CAPÍTULO I - MEIOS DE GARANTIA DE CRÉDITO

A fiança faz parte do sistema de tutela e de garantia de crédito. Esse sistema se constitui num conjunto de medidas que possibilitam a satisfação efetiva do direito do credor, resultantes diretamente da lei ou da vontade das partes.¹ Ressalte-se que as garantias podem ser gerais ou especiais, enquadrando-se a fiança, neste último caso. Segundo Caio Mário da Silva Pereira², a caução ou garantia, além da garantia genérica que se traduz no patrimônio do próprio devedor, abrange qualquer negócio jurídico que tenha por objetivo oferecer ao credor alguma garantia de pagamento.

Por seu turno, as garantias especiais podem ser de natureza real ou pessoal. Quando existe garantia pessoal, alguém estranho à relação obrigacional vincula-se ao cumprimento da obrigação. Já a garantia real configura-se pela existência de um direito real sobre bens do devedor ou de um terceiro.

1. GARANTIA GERAL

¹ FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de. *Contrato de fiança*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 19.

² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*, vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pp. 455.

A garantia geral implica que o patrimônio do devedor responde pelas suas dívidas. Portanto, salvo exceções legais, como ocorre na hipótese de prisão do devedor de crédito alimentar, o devedor jamais responderá pessoalmente pelas suas dívidas. Estas incidirão sobre seus bens, presentes e futuros, não sobre sua pessoa. É importante ressaltar que, mesmo na hipótese de execução de débito alimentar, a prisão civil não ocorre como punição corporal, a exemplo do que ocorria nos primórdios do direito romano, mas como meio de coagir o devedor a saldar a dívida.

A garantia geral é o que de mais elementar há em termos de garantia, sendo consequência direta da obrigação assumida pelo devedor para com o credor. Traz, em seu conteúdo, o princípio da responsabilidade patrimonial, expressamente previsto nos arts. 391 do Código Civil e 591 do Código de Processo Civil.³

Na legislação portuguesa, essa espécie de garantia geral repousa nos artigos 601º e 817º do Código Civil, como princípio geral.⁴ Assim, há que se separar o dever imposto ao devedor, em razão do vínculo obrigacional, da responsabilidade que é repassada ao seu patrimônio, no caso de se configurar o não cumprimento voluntário da obrigação. Nessa hipótese, os bens do devedor, presentes e futuros, irão responder pelo cumprimento da obrigação, consoante o art. 591 do Código de Processo Civil.

³ Art. 391. Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor.

Art. 591. O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.

⁴ Art. 601º. Pelo cumprimento da obrigação respondem todos os bens do devedor susceptíveis de penhora, sem prejuízo dos regimes especialmente estabelecidos em consequência da separação de patrimônios.

Art. 817º. Não sendo a obrigação voluntariamente cumprida, tem o credor o direito de exigir judicialmente o seu cumprimento e de executar o patrimônio do devedor, nos termos declarados neste código e nas leis de processo.

Trata-se, portanto, de uma garantia mínima, derivada do princípio da responsabilidade patrimonial. Constitui-se em autorização ao credor para invadir o patrimônio do devedor, na busca do efetivo cumprimento da obrigação. Significa dizer que tanto os bens existentes ao tempo em que foi contraída a obrigação como aqueles posteriormente adquiridos pelo devedor vão responder quando da execução. Isto porque o patrimônio se constitui numa universalidade em relação ao titular, *in casu*, o devedor, especificamente, no momento da execução, quando haverá a excussão dos bens, até o que baste para a satisfação da obrigação.⁵

Segundo Pedro Romano Martinez e Pedro Fuzeta da Ponte⁶, a garantia geral assegura o pagamento do que é devido. Todavia, somente se materializa através da penhora, já que não incide sobre bens certos e determinados, mas sobre a generalidade de bens. É justamente esse aspecto que a diferencia das garantias especiais, que incidem sobre bens especificados.

Antônio Menezes Cordeiro⁷ entende que a garantia geral se constitui num conjunto de normas que tutelam o crédito através da responsabilidade patrimonial. Em outras palavras, envolve bens penhoráveis do devedor que respondem por determinadas dívidas. Há uma situação jurídica em que credor e devedor se encontram vinculados por força das regras da responsabilidade patrimonial.

Em consequência, a garantia geral também implica uma faculdade destinada a dar efetiva aplicação ao princípio da responsabilidade patrimonial, através da utilização de meios de conservação do patrimônio do devedor. Ou então são tomadas

⁵ THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência*, vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 188.

⁶ MARTINEZ, Pedro Romano; PONTE, Pedro Fuzeta da. *Garantias de cumprimento*. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 13 e 14.

⁷ CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil português II: direito das obrigações*, tomo IV: cumprimento e não cumprimento. Transmissão, modificação e extinção, garantias. Coimbra: Almedina, 2010. pp. 505/506.

as medidas necessárias para que a responsabilidade patrimonial do devedor seja garantida por meio da ação executiva.

2. GARANTIAS ESPECIAIS

As garantias especiais existem como uma maneira de reforçar o crédito, aumentando, assim, a possibilidade de ser satisfeito. São acréscimos que ultrapassam o patrimônio geral do devedor, alcançando garantias específicas. Nessa modalidade, enquadram-se as garantias reais e as pessoais. Tais garantias derivam de acordo das partes ou, excepcionalmente, de imposição legal.

Através das garantias, a segurança do credor é alargada, no que diz respeito ao cumprimento da obrigação, ficando em posição bem mais confortável em relação ao adimplemento da obrigação. O sistema jurídico brasileiro prevê as garantias reais, quando um bem, seja móvel ou imóvel, é oferecido como garantia pelo próprio devedor ou por terceiro, destacando-se as hipóteses de penhor, hipoteca e anticrese. Essas garantias passam a se constituir num privilégio para o credor, que terá preferência em futura execução.

Em outras hipóteses, as garantias são pessoais, constituindo-se na promessa de terceiros no sentido de que saldarão a dívida, se necessário. Com isso, obrigam-se pessoalmente a garantir o pagamento com o seu próprio patrimônio. Daí dizer-se que a garantia é pessoal, uma vez que o garante, nessa hipótese, é alheio à relação contratual instalada entre o devedor e o credor.

As garantias especiais têm por escopo o reforço no crédito e, muitas vezes, possuem conteúdo obrigacional, constituindo-se, eventualmente, num novo contrato, como ocorre com a fiança.⁸ Assim, não basta a existência do crédito. Mais do que

⁸ VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de. *Direito das garantias*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 16.

isso, é necessário que o credor tenha tutelado o seu direito de crédito, cercando-se de meios de garantia que possibilitem o futuro recebimento. No caso de inadimplemento, o credor terá a certeza inicial de que o patrimônio livre do devedor, através dos bens presentes e futuros, responderá pela dívida ou, então, poderá valer-se de garantias especiais, que reforçam o seu crédito.

Luís Manuel Menezes Leitão⁹ classifica as garantias especiais da seguinte maneira: pessoais (através das quais se institui uma nova obrigação que garante a anterior); reais (afetação de determinado bem como garantia de uma obrigação, hipótese em que é atribuída preferência àquele credor apontado como beneficiário de tal garantia); utilização da propriedade como garantia (reservada para esse fim, como no caso de alienação, a outrem com o mesmo escopo); garantias especiais sobre direitos (incidem sobre créditos, seja na forma de penhor ou de cessão de créditos em garantia); garantias especiais sobre universalidades (abrangem não somente as garantias sobre bens específicos, mas também os casos de gerência de patrimônio ou de garantia sobre um estabelecimento comercial no seu conjunto); garantias especiais atípicas (são as que não se enquadram nas hipóteses anteriores).

No entanto, adotou-se neste trabalho a classificação clássica trazida pela maior parte da doutrina, que divide as garantias especiais em pessoais e reais.

a) Garantias reais

As garantias reais são gravames constituídos sobre os bens do devedor ou de terceiros, reforçando o crédito e, por via oblíqua, a efetividade da execução. A partir de sua constituição, passa a existir, para o credor, um título de preferência atinente ao bem que foi individualizado na qualidade de garantia. Na hipótese de formação de concurso de credores, o bem indi-

⁹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantias das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 16.

vidualizado terá preferência, observada a ordem legal.

Gabriel Figueiredo¹⁰ aponta as seguintes características da garantia real: tipicidade, já que está sujeita às normas públicas; taxatividade, uma vez que está prevista em lei, sendo admitidos nessa categoria o penhor, a hipoteca, a anticrese e a propriedade fiduciária; eficácia *erga omnes*, porquanto os direitos reais são oponíveis a todas as pessoas; publicidade, como meio de dar conhecimento a terceiros do caráter real, possibilitando a invocação *erga omnes*; aderência, na medida em que o direito real é atrelado ao bem determinado como garantia; direito de sequela, originário, sobretudo, da eficácia *erga omnes*; indivisibilidade, sobretudo no que se refere à liberação parcial da garantia na ocorrência de pagamento parcial do débito, podendo ser derogado por disposição das partes em sentido contrário; acessoriedade, posto que as garantias reais se constituem num reforço ao crédito principal. Assim, sendo extinto este pelo pagamento, a garantia seguirá o mesmo destino.

Admite o citado autor ainda a possibilidade de cumulação das garantias reais e pessoais, por vontade das partes, respeitada a vedação contida nos arts. 37, parágrafo único, e 43, inciso II, ambos da Lei nº 8.245/91.¹¹ Tais dispositivos consideram como contravenção a exigência da cumulação de garan-

¹⁰ FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de. *Contrato de fiança*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 24/28.

¹¹ Art. 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 fundo de investimento.

Parágrafo único. É vedada, sob pena de nulidade, mais de uma das modalidades de garantia num mesmo contrato de locação.

Art. 43. Constitui contravenção penal, punível com prisão simples de cinco dias a seis meses ou multa de três a doze meses do valor do último aluguel atualizado, revertida em favor do locatário:

(...)

II – exigir, por motivo de locação ou sublocação, mais de uma modalidade de garantia num mesmo contrato de locação.

tias pelo locador, com a previsão de pena de prisão e multa, revertendo esta em favor do locatário.

b) Garantias pessoais

Dentro das garantias especiais, existem as garantias pessoais, com as quais ocorre a adição de um novo devedor à obrigação originária, também responsável pelo cumprimento desta. Nesse caso, o garante obriga-se pessoalmente, de maneira que seu patrimônio será chamado a responder pela obrigação originariamente contraída, mesmo sendo pessoa estranha à avença havida entre devedor e credor.

Acerca das garantias pessoais, anota António Menezes Cordeiro ¹²:

Nas garantias pessoais, a obrigação tutelada é garantida através de nova prestação. Pressupõe-se, desta maneira, que além da obrigação, existe outra obrigação que visa garantir a primeira. Naturalmente, as duas obrigações têm, como sujeitos passivos, pessoas diferentes, de tal forma que, em última análise, pelo esquema da garantia real, vamos encontrar, assegurando a obrigação garantida, dois patrimónios: o do devedor e o da pessoa adstrita à garantia. Em primeira linha, as garantias pessoais actuam, no entanto, através de prestações e não de patrimónios.

Trata-se de garantia, cujo objetivo é reforçar a credibilidade, por parte do credor, de que o cumprimento da obrigação ocorrerá. Segundo Gabriel Figueiredo ¹³, as garantias pessoais podem ser típicas, como no caso do aval e da fiança, ou atípicas, quando não têm vinculação com a previsão legal específica. São, portanto, regidas pelo princípio da autonomia da vontade, que possibilita às partes a criação de outras figuras de garantia. As garantias pessoais não se enquadram nos princípios da tipicidade e taxatividade, presentes nas garantias reais.

CAPÍTULO II - FUNDAMENTOS BÁSICOS DA FIANÇA

¹² CORDEIRO, António Menezes. Op. Cit., p. 545.

¹³ FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de. Op. cit., pp. 26/27.

1. A FIANÇA NO BRASIL

Segundo Gabriel Figueiredo ¹⁴, a fiança tem seus registros mais remotos datados de aproximadamente 1.930 a.C, antecedendo em mais ou menos dois séculos o Código de Hamurabi. Foi instituída no Brasil pelas Ordenações Afonsinas, mantendo-se na vigência das duas posteriores. Como instituto das Ordenações Filipinas, vigorou após a Independência, em razão do que foi estabelecido pela lei de 20 de novembro de 1823. Essas ordenações já traziam a preocupação, entre outras, com o benefício de ordem, dedicando dois títulos do livro IV à garantia fidejussória.

Segundo o mesmo autor, o Código Civil de 1916, sem abandonar a base romana, sofreu forte influência da legislação estrangeira, sobretudo de Portugal, França e Espanha. Durante sua vigência, foram editadas normas especiais, a exemplo da fiança locatícia.

Acrescenta que o Código Civil de 2002, que promoveu ampla modificação do direito contratual, não o fez em relação à fiança, que pouco foi modificada. Permaneceram as normas a ela referentes redigidas de maneira quase igual às que constavam na legislação anterior. Houve apenas duas alterações significativas: o fato de poder ser pactuada mesmo contra a vontade do afiançado, hipótese prevista no art. 820 ¹⁵; a dispensa de decisão judicial, na hipótese de fiança sem prazo determinado, constante no art. 835. ¹⁶ No mais, não houve mudanças consideráveis no instituto.

¹⁴ FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de. *Contrato de fiança*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 36/39.

¹⁵ Art. 820. Pode-se estipular a fiança, ainda que sem o consentimento do devedor ou contra a sua vontade.

¹⁶ Art. 835. O fiador poderá exonerar-se da fiança que tiver assinado sem limitação de tempo, sempre que lhe convier, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança, durante sessenta dias após a notificação do credor.

2. CONCEITO

O termo “fiança” deriva do verbo latino *fidere*, que significa fiar, confiar.¹⁷ Trata-se de terminologia empregada para definir o contrato através do qual uma terceira pessoa, estranha à relação contratual inicial, obriga-se pessoalmente a garantir a obrigação, com o seu patrimônio, contraída pelo devedor, caso este não a cumpra. Forma-se, assim, um novo vínculo obrigacional entre o credor e o próprio fiador, sem participação do devedor, uma vez que a garantia fidejussória tem por fim a proteção do crédito.

Previsto nos arts. 818 a 819 do Código Civil, o instituto está definida no art. 818 nos seguintes termos: “pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra”. Resta clara, pela definição legal, a posição de garantidor que tem o fiador, uma vez que se obriga à satisfação de obrigação que não foi por ele contraída, na hipótese de o devedor não adimpli-la.

Para Manuel Januário Costa¹⁸, a fiança é uma estrela de primeira grandeza entre as garantias pessoais, sendo utilizada como referência no estudo das demais. Pressupõe uma relação triangular, na qual cada vértice é ocupado por uma parte diversa. Possibilita o aumento das chances de satisfação do crédito, já que torna mais extenso o conjunto de bens disponíveis.

Nessa nova relação obrigacional, o fiador obriga-se, pessoalmente, a responder com o seu patrimônio, na hipótese de o devedor não adimplir a obrigação. Como se vê, a fiança se constitui em reforço da garantia genérica, diminuindo, sobremaneira, os riscos para o credor de que a obrigação não vá ser satisfeita. Assim, serão bem maiores os riscos existentes para o

¹⁷ ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário acadêmico de direito*. São Paulo: Editora Método, 2013, p. 240.

¹⁸ GOMES, Manuel Januário da Costa. *Assunção fidejussória de dívida: sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 63.

credor, na hipótese de obrigação contraída sem garantia especial.

Nessa situação, contaria apenas com o patrimônio do devedor, o que resultaria na garantia geral, corolário do princípio da responsabilidade patrimonial, segundo o qual o patrimônio do devedor deve responder por suas dívidas. Quando passa a ter uma garantia fidejussória, além do patrimônio do devedor, o credor tem o do garante. Na hipótese de não cumprimento da obrigação por parte do primeiro, passará o fiador a responder com o seu patrimônio, no sentido de solver a obrigação.

Com a fiança, o credor passa a ter dois patrimônios em seu favor, o do devedor e o do fiador, podendo ou não haver solidariedade. Portanto, na hipótese de não ser voluntariamente cumprida a obrigação, existe uma garantia especial, a fiança, que aumenta sobremaneira a garantia de que aquele crédito vai efetivamente ser satisfeito. Isto porque o fiador também é responsável pelo adimplemento da obrigação, embora não se confunda com a figura do devedor.

3. ELEMENTOS TIPIFICADORES

A fiança é, antes de qualquer coisa, uma garantia acessória. Implica dizer que a obrigação do fiador se ajusta de tal forma à obrigação principal, que sua subsistência depende da subsistência desta.¹⁹

A acessoriedade é, provavelmente, a principal característica da fiança. Pressupõe, necessariamente, um outro negócio jurídico, a cujo destino se vincula. Se esse elemento fosse afastado, não existiria fiança, mas sim garantia autônoma. Na legislação civil, vários dispositivos denotam essa característica. Segundo o art. 824 do Código Civil²⁰, na hipótese de nulidade

¹⁹ VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de. *Direito das garantias*. Coimbra: Almedina, 2010, pp. 80/81.

²⁰ Art. 824. As obrigações nulas não são suscetíveis de fiança, exceto se a nulidade resultar apenas de incapacidade pessoal do devedor.

da obrigação principal, também nula será a fiança. Todavia, essa consequência não acontece, quando a nulidade é proveniente de incapacidade pessoal do devedor, exceção que somente será afastada no caso de mútuo feito a menor. Outro caso está previsto no art. 823 do mesmo diploma legal ²¹, ao estabelecer que a fiança pode ser de valor igual ao inferior ao da obrigação principal, sendo vedada a imposição de condições mais onerosas ao fiador.

É também uma garantia pessoal, uma vez que tem em vista qualidades pessoais do fiador. Por esse motivo, o credor, beneficiário da garantia, pode recusá-lo em determinadas situações, a teor do art. 825 do Código Civil. ²² Tal hipótese ocorre quando o fiador não é pessoa idônea, não reside na municipalidade onde deva prestar a fiança ou não possua bens suficientes para cumprir a obrigação.

Confirmando, ainda mais, essa característica, conforme prescreve o art. 836 do Código Civil ²³, está o fato de que a responsabilidade da fiança só se extingue com a morte do fiador. No entanto, não é absoluto o caráter *intuitu personae* da fiança. É que a obrigação, embora limitada à responsabilidade ao momento da morte do fiador, transmite-se aos seus herdeiros.

O terceiro elemento tipificador da fiança reside no fato de ser um contrato de risco. Quando se fala em risco, reporta-se à possibilidade que tem o fiador de sofrer uma perda patrimonial,

Parágrafo único – A exceção estabelecida neste artigo não abrange o caso de mútuo feito a menor.

²¹ Art. 823. A fiança pode ser de valor inferior ao da obrigação principal e contraída em condições menos onerosas, e, quando exceder o valor da dívida, ou for mais onerosa que ela, não valerá senão até o limite da obrigação afiançada.

²² 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 que prestar a fiança, e não possua bens suficientes para cumprir a obrigação.

²³ Art. 836. A obrigação do fiador passa aos herdeiros; mas a responsabilidade da fiança se limita ao tempo decorrido até a morte do fiador, e não pode ultrapassar as forças da herança.

relacionada à obrigação de outrem, a quem caberia cumprir. Não o fazendo, surge para o fiador, na qualidade de garante, a responsabilidade de adimplir a dívida contratada por aquele. Ressalte-se que, na maioria das vezes, o fiador não obtém nenhuma contraprestação das partes envolvidas na relação obrigacional originária.

Como se observa, a figura contratual da fiança é uma das operações de maior risco. Para o credor, resulta a existência do fiador numa extensão da certeza do cumprimento da obrigação, visto que terá a seu dispor dois patrimônios. Já para o fiador, resulta a grande possibilidade de ter seu patrimônio comprometido com uma obrigação que não contraiu. E é exatamente por conta desse risco que o fiador precisa estar cercado de todas as garantias que lhe são possíveis.

Tais cuidados devem ser tomados, sobretudo, quando, nesta qualidade, figurar nos contratos de adesão. Estes, por vezes, trazem em seu bojo cláusulas que expõem o fiador a risco ainda maior, na medida em que se traduzem em renúncia a direitos amalgamados ao contrato de fiança. Tais direitos, na realidade, constituem-se em proteção mínima ao fiador, a exemplo do benefício de ordem ou benefício de excussão, objeto primordial do presente estudo.

De maneira geral, a fiança tem a característica de subsidiariedade, a qual não se confunde com acessoriedade. Pela subsidiariedade, a obrigação do fiador só surge com o não cumprimento da obrigação principal pelo devedor, já que a fiança se reveste da qualidade de garantia especial. Assim, chamado a responder pela obrigação, o fiador poderá exigir que, antes dos seus, sejam executados os bens do devedor suscetíveis de penhora.

Ressalte-se que a subsidiariedade do contrato de fiança é relativa, uma vez que será afastada nas hipóteses de renúncia ao benefício de ordem, quando então fiador e afiançado se obrigam solidariamente. Acerca da subsidiariedade da fiança,

ênfatiza Luís Manuel Teles de Menezes Leitão²⁴:

A subsidiariedade reconduz-se à possibilidade do fiador invocar o benefício de excussão, conforme resulta do art. 638º, impedindo o credor de executar o patrimônio do fiador enquanto não tiver tentado sem sucesso a execução através do patrimônio do devedor (cfr. Art. 828º C.P.C.). Para além disso, o art. 639º refere que a subsidiariedade da fiança opera mesmo existindo garantias reais constituídas por terceiro antes da fiança, já que o fiador tem igualmente o direito de exigir a execução prévia das coisas sobre que recai garantia real.

A subsidiariedade da fiança constitui, porém, uma característica não essencial, uma vez que o fiador pode renunciar a ela, conforme se prevê no art. 640º a). Para além disso, a subsidiariedade é excluída quando o devedor ou o dono dos bens onerados com a garantia de não poder, em virtude de facto posterior à constituição da garantia ser demandado no território do continente ou ilhas adjacentes (art. 640º b)) ou quando a fiança respeitar a obrigação comercial (art. 101º CCom).

A presença da subsidiariedade implica que o fiador somente será responsável pela obrigação se o patrimônio do devedor for insuficiente para solver a obrigação contraída. Resta claro que a subsidiariedade pode ser afastada da fiança pela vontade das partes.

Quando isto acontece, o credor está autorizado a exigir o pagamento tanto do devedor como do fiador. O mesmo já não poderia ocorrer no que diz respeito à acessoriedade, característica que é inerente à natureza da fiança. Em consequência, as partes sobre ela não podem dispor de forma contrária, o que traria dúvidas sobre a essência do instituto.²⁵

4. ESPÉCIES

As espécies de fiança são observadas pela doutrina à luz

²⁴ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantias das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 98.

²⁵ MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das obrigações*, programa 2010/2011, apontamentos. Lisboa: AAFDL, 2011, pp. 360/361.

dos mais diversos critérios. No entanto, neste trabalho, será adotada a seguinte classificação: legal, judicial e convencional ou voluntária, ressalvando-se que esta última poderá conter a cláusula à primeira solicitação (*on first demand*). A primeira, como a própria terminologia indica, é aquela prestada em observância à ordem legal. Ocorre com a possibilidade de se exigir do usufrutuário a prestação de caução real ou fidejussória, constante no art. 1.400 do Código Civil.²⁶ O outro exemplo de fiança legal está no art. 1.305, parágrafo único, do mesmo diploma legal²⁷, pertinente ao direito de construir.

Por sua vez, a fiança judicial é aquela que advém de imposição judicial, seja de ofício ou a requerimento das partes. Ocorre, por exemplo, nas ações possessórias (art. 925 do Código de Processo Civil)²⁸ e na ação de nunciação de obra nova (art. 940 também do CPC).²⁹ Já a fiança voluntária, abordada no presente estudo no que tange aos seus efeitos, não tem a finalidade de atender a comando legal ou judicial. Perfaz-se com a manifestação da vontade das partes, diante da necessidade de garantir-se uma obrigação junto ao credor.

Na fiança convencional, como já mencionado, poderá es-

²⁶ Art. 1400. O usufrutuário, antes de assumir o usufruto, inventariará, à sua custa, os bens que receber, determinando o estado em que se acham, e dará caução, fidejussória ou real, se lha exigir o dono, de velar-lhes pela conservação, e entrega-los findo o usufruto.

²⁷ Art. 1.305. O confinante, que primeiro construir, pode assentar a parede divisória até meia espessura no terreno contíguo, sem perder por isso o direito a haver meio valor dela se o vizinho a travejar, caso em que o primeiro fixará a largura e a profundidade do alicerce.

Parágrafo único. Se a parede divisória pertencer a um dos vizinhos, e não tiver capacidade para ser travejada pelo outro, não poderá este fazer-lhe alicerce ao pé sem prestar caução àquele, pelo risco a que expõe a construção anterior.

²⁸ Art. 925. Se o réu provar, em qualquer tempo, que o autor provisoriamente mantido ou reintegrado na posse carece de idoneidade financeira para, no caso de decair da ação, responder por perdas e danos, o juiz assinar-lhe-á o prazo de 5 (cinco) dias para requerer caução sob pena de ser depositada a coisa litigiosa.

²⁹ Art. 940. O renunciado poderá, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, requerer o prosseguimento da obra, desde que preste caução e demonstre prejuízo resultante da suspensão dela.

tar presente a cláusula à primeira solicitação ou ao primeiro pedido. É de grande vantagem para o credor, uma vez que obriga o fiador, acaso seja acionado para solver a obrigação, a atender prontamente o chamado do credor. Em consequência, ficará destituído de eventuais garantias existentes em desfavor do credor, postergando a possibilidade de alegação à eventual e futura ação de repetição de indébito contra o credor.

Comum tanto na fiança como na garantia autônoma, trata-se de uma hipótese especial de fiança, sendo que sua presença não afasta o caráter de acessoriedade desta. Na realidade, as partes não renunciavam à acessoriedade. Entretanto, tal característica fica momentaneamente suspensa até o acionamento da fiança. Nesse caso, o fiador renuncia às defesas e exceções que poderia opor, oriundas da relação havida entre devedor e credor, sem que, no entanto, abdique de fazê-lo por via de ação. Assim, realizado o pagamento, poderá o fiador ajuizar, em desfavor do credor, ação de repetição de indébito, pleiteando a restituição da prestação paga, na qual poderá demonstrar, por exemplo, a inexigibilidade ou invalidade da obrigação.³⁰

Segundo Manuel Januário Gomes³¹, conforme as classificações doutrinárias, a fiança pode, de fato, resultar da lei ou de sentença judicial. Para ele, apenas figurativamente é que se pode falar em fiança legal ou fiança judiciária, uma vez que a assunção fidejussória de dívida tem uma base necessariamente voluntária. Essa posição merece acolhida, sobretudo porque, mesmo imposta pela lei, ou por decisão judicial, não há como forçar o fiador a prestá-la. Dessa maneira, recai-se na base essencialmente voluntária do instituto, ainda que não emane diretamente de relação obrigacional, como ocorre nos contratos.

Destaque-se ainda a figura da subfiança, que tem como finalidade garantir a solvência do fiador perante o credor, sen-

³⁰ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Op. cit., pp. 107/108.

³¹ GOMES, Manuel Januário da Costa. *Assunção fidejussória de dívida: sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*. Coimbra: Almedina, pp. 372/373.

do aquela subsidiária em relação à fiança. No entanto, na hipótese de o segundo fiador (abonador) renunciar ao benefício de ordem, sua responsabilidade quanto ao adimplemento da obrigação corresponderá à do fiador, passando a estar envolvidos numa fiança conjunta.³²

5. ESTRUTURA E FUNCIONAMENTO DA FIANÇA

Dos estudos de Manuel Januário Gomes extrai-se que a fiança tem uma estrutura triangular, da qual resultam basicamente três relações: uma interna, uma externa e uma de cobertura. A primeira, um dos vértices do triângulo, se dá entre o credor e o afiançado, dando origem à relação obrigacional que será objeto da garantia.

A relação externa ocorre entre fiador e credor, constituindo-se na relação de fiança *stricto sensu*. É desenvolvida de maneira autônoma, no que se refere à relação entre devedor e fiador. Até porque o objetivo do credor é, tão somente, ampliar a garantia de satisfação da obrigação, não lhe sendo relevante tomar conhecimento da relação firmada entre o fiador e o afiançado.

Já a relação de cobertura ocorre entre o fiador e o afiançado. Tem caráter eventual, podendo nunca ser efetivada. É o que acontece se o afiançado adimplir a obrigação principal, resultando na extinção da garantia. Em casos especiais, poderá também ocorrer no andamento da relação fidejussória, se o afiançado deixar de cumprir a obrigação que tem para com o credor.

Com base na doutrina alemã, o autor em referência divide a relação fidejussória em cinco fases. A primeira é a fase de constituição ou nascimento da garantia, momento em que se alarga para o credor a possibilidade de ser efetivada a obriga-

³²LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil: contratos*, vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 271.

ção. A segunda fase é a de quietude ou de jacência, em que se aguarda o desenvolvimento do direito de crédito e de débito. Situa-se entre as fases de constituição e de exercício.

A terceira fase pode efetivar-se com a extinção da fiança, que se caracteriza pela eventualidade de sua consumação, ou no exercício do instituto. A primeira hipótese acontece quando o credor não utiliza a garantia fidejussória e, conseqüentemente, os bens do fiador, seja em razão do adimplemento da obrigação principal pelo afiançado, seja pela extinção da obrigação principal, seja por outros motivos.

Porém, de maneira alternativa, pode resultar numa fase de exercício, verificada, obviamente, na inocorrência da extinção da fiança, constituindo-se na segunda possibilidade. Nesse caso, a obrigação original não foi extinta, de maneira que o fiador é acionado, na qualidade de garante, para responder com o seu próprio patrimônio pelo cumprimento da obrigação principal existente entre o fiador e o devedor.

A quarta fase é a de satisfação, ocasião em que o direito de garantia já foi exercido pelo credor, estando, portanto, cumprida a obrigação pelo fiador. Veja-se que o devedor já se utilizou da garantia fidejussória, antes somente alargadora da possibilidade patrimonial que tinha de satisfazer o seu crédito. A quinta fase é a da liquidação da obrigação. Ocorre quando o fiador procura restabelecer seu patrimônio, após a perda que teve em razão da garantia, exercendo os direitos do antigo credor contra o afiançado, de maneira que se sub-roga nos direitos daquele, para tentar reaver do devedor original o que dispendeu quando foi acionado pelo credor.³³

6. NATUREZA JURÍDICA E CARACTERÍSTICAS

Não há qualquer dúvida de que a fiança se constitui num contrato, até mesmo por ser qualificada como atividade de ris-

³³ GOMES, Manuel Januário da Costa. Op. cit., pp. 362/373 e 394/399.

co. Dessa maneira, jamais poderia ser prestada por declaração unilateral da vontade. Mesmo que a aceitação do fiador se dê de forma tácita, ainda assim, mantém-se sua natureza contratual.

Para Pedro Romano Martinez e Pedro da Ponte³⁴, existe controvérsia acerca da admissão da fiança como contrato ou como negócio jurídico unilateral, Nesse sentido, admitem o fato de que, mesmo sendo constituída sem o conhecimento do devedor, isto não lhe subtrai a natureza contratual, sobretudo porque o acordo de fiança ocorre entre credor e devedor.

No Brasil, entende-se como pacífica a natureza contratual da fiança. O já citado art. 818 do Código Civil textualmente assim a considera, quando conceitua o instituto. Dentro da classificação geral dos contratos, segundo Gabriel Figueiredo³⁵, o contrato de fiança tem as seguintes características, observando-se os contratos em geral: é acessório, solene, consensual, *intuitu personae*, gratuito e unilateral.

É acessório porque se vincula a negócio jurídico principal, sem o qual não existe. Como acontece em qualquer contrato de natureza acessória, trata-se de característica que se constitui, como já assinalado, em elemento essencial do contrato de fiança, diferenciando-o de outros institutos, a exemplo da garantia autônoma.

É solene, porque tem forma prescrita em lei, de acordo com o art. 819 do Código Civil³⁶, somente podendo ocorrer por escrito. Nesse ponto, o ordenamento jurídico brasileiro tem diferença da legislação portuguesa. Nessa matéria, exige, conforme o art. 628º, 1, do Código Civil, que a fiança tenha a mesma forma que o contrato principal.³⁷ Nesse aspecto, o

³⁴ MARTINEZ, Pedro Romano; PONTE, Pedro Fuzeta da. *Garantias de cumprimento*. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 94/95.

³⁵ FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de. *Contrato de fiança*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 51/71.

³⁶ Art. 819. A fiança dar-se-á por escrito, e não admite interpretação extensiva.

³⁷ Art. 628º. Requisitos:

sistema brasileiro oferece maior garantia para o fiador. Isto porque, ao vincular a forma da fiança à do contrato principal, gera uma situação temerária para o fiador, sobretudo em se tratando de contratos em que a forma é livre, por não estar prescrita ou defesa em lei.

É consensual, porque se aperfeiçoa com o encontro de duas vontades, a do credor e a do fiador. Porém, já que é garantia destinada ao credor, existe a possibilidade de ser firmada, ainda que contra a vontade do devedor ou sem o seu consentimento, conforme dispõe o art. 820 do Código Civil.³⁸

Ressalte-se, ainda, a possibilidade de haver multiplicidade de fiadores, nos termos do art. 829 do Código Civil. A fiança também se caracteriza por ser *intuitu personae*, na medida em que tem em vista qualidades específicas da pessoa do fiador. Como foi visto, este pessoalmente garante que se responsabilizará com seus bens pela obrigação principal contraída pelo devedor, na hipótese de não ser honrada a avença.

A fiança é naturalmente gratuita, na medida em que a garantia é prestada sem nenhuma contraprestação. Por esse motivo, trata-se de contrato unilateral, uma vez que somente gera obrigações para o fiador. Em algumas situações, a fiança pode ser onerosa, quando então assume a feição de bilateralidade. Ocorre, sobretudo, nos contratos bancários, em que há vantagens econômicas tanto para o credor como para o fiador. Portanto, observando-se a relação fidejussória propriamente dita, nada obsta que haja o pagamento de remuneração pelo próprio credor, quando então haverá mutualidade de ônus e de vantagens patrimoniais para ambos.

Convém esclarecer que, mesmo na hipótese de solidariedade entre o garantidor e o garantido, a fiança não perde a característica de acessoriedade, que com aquela não se confunde.

1. A vontade de prestar fiança deve ser expressamente declarada pela forma exigida para a obrigação principal.

³⁸ Art. 820. Pode-se estipular a fiança, ainda que sem consentimento do devedor ou contra a sua vontade.

A fiança é acessória porque prescinde de um contrato principal, cujo destino seguirá. Não tem, portanto, nenhuma relação com a solidariedade, que está vinculada diretamente aos efeitos do contrato, sem retirar-lhe a natureza acessória. Nesse norte, o que diferencia o fiador do devedor solidário é exatamente a acessoriedade. Como é cediço, a dívida do fiador é sempre decorrente do contrato principal havido entre devedor e credor, de maneira que deste sempre dependerá a fiança, independentemente da solidariedade.

7. FIGURAS CORRELATAS

Existem muitos institutos que apresentam afinidade com o contrato de fiança, por vezes chegando a com ele confundir-se. A seguir, serão analisados quatro desses institutos.

7.1. COMISSÃO COM CLÁUSULA *DEL CREDERE*

Prevista no art. 698 do Código Civil ³⁹, é aquela através da qual o comissário garante a solvabilidade daqueles com quem trata, responsabilizando-se pelo cumprimento das obrigações assumidas por terceiros. Não se confunde com a fiança porque não é contrato, mas simples elemento do contrato de comissão. Em consequência desse vínculo, o comissário adquire ou vende bens em seu próprio nome, por conta do comitente, consoante o art. 693 do Código Civil. ⁴⁰

A inserção da cláusula *del credere* faz com que o comissário assuma o ônus da solidariedade, juntamente com as pessoas com quem contratou. Passa, então, a ser inserido no rol

³⁹ Art. 698. Se no contrato de comissão constar a cláusula *del credere*, responderá o comissário solidariamente com as pessoas com que houver tratado em nome do comitente, caso em que, salvo estipulação em contrário, o comissário tem direito a remuneração mais elevada, para compensar o ônus assumido.

⁴⁰ Art. 693. O contrato de comissão tem por objeto a aquisição ou a venda de bens pelo comissário, em seu próprio nome, à conta do comitente.

dos garantes, já que reforça a possibilidade do comitente quanto ao cumprimento da obrigação, ressaltando-se que o ônus dará ao comissário direito à remuneração mais elevada.

Inicialmente, poder-se-ia enxergar uma confusão entre a inserção de tal cláusula no contrato de comissão e a fiança, sobretudo quando nesta há renúncia ao benefício de excussão. Todavia, tal dúvida é facilmente dissipada pelo fato de ser esta um contrato, embora de natureza acessória. Já a comissão *del credere*, apesar das solidariedade, será sempre cláusula contratual, a ser inserida, dependendo da vontade das partes, no contrato de comissão.

Por outro lado, a fiança não se confunde com a assunção de dívida, prevista no art. 299 do Código Civil ⁴¹, embora tenham traço coincidente. Reside este no fato de o assuntor, da mesma forma que o fiador, assumir uma dívida contraída por terceira pessoa, bem como de passar, tal qual o fiador, pelo crivo do credor. É que, na assunção de dívida, diferentemente da fiança, há mudança de relação jurídica.

No caso em análise, o assuntor passa a integrar a lide principal, ficando exonerado o devedor primitivo. Na fiança, diferentemente, o fiador, em relação contratual distinta da principal, obriga-se a garantir a dívida, no caso de inadimplemento da obrigação, em contrato acessório com relação ao havido entre devedor e credor.

7.2. CARTAS DE CONFORTO OU DE PATROCÍNIO

A fiança assemelha-se também às cartas de conforto. Tal instituto vem tendo, cada vez mais, aceitação no Brasil, sobretudo em negócios que envolvam grupos societários, embora

⁴¹ Art. 299. É facultado a terceiro assumir a obrigação do devedor, com o consentimento expresso do credor, ficando exonerado o devedor primitivo, salvo se aquele, ao tempo da assunção, era insolvente e o credor ignorava.

Parágrafo único. Qualquer das partes pode assinar prazo ao credor para que consinta na assunção da dívida, interpretando-se o seu silêncio como recusa.

sua aplicação seja bem mais ampla. As cartas de conforto têm o objetivo de despertar a confiança do credor quanto ao efetivo cumprimento da obrigação, de maneira que influirão na realização do negócio jurídico. Podem ser fracas ou fortes. As primeiras são aquelas em que o declarado na carta não está vinculado com a garantia de pagamento. Já nas cartas fortes, existe uma vinculação da sociedade, no sentido de, na falta da sociedade menor, a controladora passa a pagar ou fornecer os meios para tal junto ao destinatário.⁴²

Segundo Manuel Menezes Leitão⁴³, as cartas de conforto (*comfort letter*), também denominadas de carta de patrocínio, são utilizadas nos casos em que alguém presta um conforto ao credor, no sentido de que determinada obrigação vai ser cumprida por outrem. Nos grupos de sociedade, existe um comprometimento da sociedade-mãe no que concerne às obrigações contraídas pela sociedade-filha. O citado autor aponta exemplos de declarações que podem se constituir carta de conforto. São elas: conhecimento da concessão do crédito à sociedade-filha; empenho em manter a integridade patrimonial da patrocinada; empenho para que a sociedade-filha cumpra a obrigação.

Questão um pouco complexa é estabelecer a diferença entre as cartas de conforto e a fiança. Quando se trata de cartas de patrocínio fracas não se vê muita dificuldade nessa diferenciação, sobretudo porque elas não contêm em si uma garantia de cumprimento imediato da obrigação, na hipótese de inadimplemento da sociedade-filha. É que seu comprometimento se resume a fazer o possível para que haja adimplemento. Todavia, no caso de cartas fortes, a diferença é muito sutil, sobretudo quando a vinculação existente é de resultado e não somente de meios, como nas anteriores.

⁴² FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de. *Contrato de fiança*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 83/85.

⁴³ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Op. cit., pp. 132/135.

Manuel Januário Gomes⁴⁴ estabelece clara diferença entre as cartas de conforto e a fiança. Quanto às fracas, entende que são desprovidas de qualquer valor jurídico, a exemplo daquelas em que a sociedade-mãe limita-se a informar sua participação na sociedade-filha. No caso das cartas de conforto fortes, a sociedade-mãe se compromete a fazer com que as sociedades-filhas tenham condições de cumprir ou prover as condições necessárias para tal. No entanto, apesar da similitude com a garantia fidejussória, com esta não se confunde, porque não fica a sociedade-mãe vinculada ao pagamento direto ao credor. Ademais, fica ao seu arbítrio a escolha do meio que coloque a sociedade-filha em condições de cumprir a obrigação.

As cartas de conforto têm como interessados uma sociedade-mãe, uma sociedade-filha e aquele que virá a ser credor, na hipótese de ofertar financiamento à sociedade-filha. Portanto, têm como finalidade precípua propiciar a aceitação da segunda como beneficiária do financiamento.

Como se observa, não há como confundi-las com a fiança, visto que nesta o fiador se obriga a satisfazer exatamente a obrigação assumida pelo devedor. Para o surgimento desse efeito, basta o não cumprimento da obrigação pelo devedor, obrigação esta que de plano está individualizada, o que não ocorre nas cartas de conforto, como já explicado.

7.3 OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA

Pelo próprio conceito de fiança, constante no art. 818 do Código Civil, observa-se que a obrigação do fiador somente surge na ausência de adimplemento por parte do devedor, já que em regra é subsidiária. Porém, questionamentos surgem a partir do momento em que o fiador abre mão do benefício de

⁴⁴ GOMES, Manuel Januário da Costa. *Assunção fidejussória de dívida: sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*. Coimbra: Almedina, 2000, pp. 411/412.

ordem, situação que o torna cada vez mais próximo da obrigação solidária.

O art. 264 do Código Civil ⁴⁵ aponta como solidária aquela obrigação na qual existe mais de um devedor ou mais de um credor, cada um com direito ou obrigação envolvendo a totalidade da dívida. Dessa forma, na solidariedade entre devedores, tratada a partir do art. 275 do mesmo diploma legal ⁴⁶, o credor poderá exigir a dívida, no todo ou em parte, de um ou de alguns dos devedores.

Como em tantas outras situações, o que diferencia o fiador do devedor solidário é a natureza acessória do contrato de fiança. O fiador é responsável pela obrigação, não sendo propriamente devedor, uma vez que não participa da obrigação principal. Assim, dada a acessoriedade, a dívida do fiador é sempre decorrente do contrato principal, já que assume a dívida em ótica fidejussória, sem existir qualquer comunicação entre a relação interna (credor e devedor) e a externa (credor e o afiançado).

Embora se admita a possibilidade de o fiador se obrigar como devedor solidário (art. 828 do Código Civil), é preciso não perder de vista que a solidariedade diz respeito ao cumprimento da obrigação, já que o fiador não poderá indicar os bens do devedor para serem executados antes dos seus. Portanto, não deve ser confundida a figura do fiador com a do devedor solidário propriamente dito, sob pena de retirar o caráter de acessoriedade, peculiar a toda fiança, uma vez que o contrato de fiança será sempre dependente do principal. Já o devedor propriamente solidário posiciona-se como figurante de uma obrigação

⁴⁵ Art. 264. Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda.

⁴⁶ Art. 275. O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto.

Parágrafo único. Não importará renúncia da solidariedade a propositura de ação pelo credor contra um ou alguns devedores.

na qual concorrem vários devedores.

7.4 AVAL

Sem dúvida alguma, a figura que mais se assemelha à fiança é o aval. Ambos são garantias típicas, cada vez mais utilizadas no mundo dos negócios. Portanto, sendo necessário, pois, traçar as principais diferenças entre os dois institutos. Acerca do aval, Manuel Januário Gomes ⁴⁷ afirma que, independentemente das controvérsias sobre sua natureza, através dele, existe a adição de um novo obrigado ao obrigado avalizado, aumentando as chances de satisfação do crédito para o credor cambiário.

Quanto à natureza jurídica, verifica-se que a fiança é um contrato, ao passo que o aval se constitui em negócio jurídico unilateral. A fiança é acessória em relação à obrigação a que visa garantir. Em consequência, o fiador pode opor todas as exceções que competem ao devedor principal e, ainda que o garante se obrigue solidariamente, não perde a fiança a característica de acessória. Já o aval se constitui em garantia autônoma, somente podendo ser afastado por vícios de forma na obrigação garantida, não contando o avalista com as exceções oponíveis ao credor pelo avalizado.

Acrescente-se ainda que a fiança é aplicável a todos os negócios jurídicos com conteúdo obrigacional, enquanto o aval somente se aplica aos títulos de crédito. O fiador pode invocar o benefício de ordem, salvo hipóteses legais, como é o caso de renúncia a este. O avalista, por sua vez, assume sempre uma obrigação solidária, não se aplicando ao aval o benefício de excussão. A fiança, para a qual a lei exige, tão somente, a forma escrita, pode ser contratada em instrumento apartado do qual foi firmada a obrigação principal ou então vir inserida como cláusula deste. Já o aval será sempre inserido no título de

⁴⁷ GOMES, Manuel Januário da Costa. Op. cit., pp. 75.

crédito a que visa garantir.

8. EFEITOS DA FIANÇA

No capítulo dedicado à fiança, na seção II, o Código Civil trata dos efeitos desta. O primeiro deles, que requer estudo mais aprofundado, é o benefício de ordem, como já assinalado. Consiste no direito que tem o fiador, demandado para pagar a dívida, de exigir que sejam executados primeiramente os bens do devedor. O tema será abordado no próximo capítulo deste trabalho.

Precisamente no art. 829⁴⁸, trata da fiança prestada conjuntamente, mas referente a uma só obrigação, havendo, portanto, pluralidade de fiadores. Nessa hipótese, abrem-se duas situações: a primeira ocorre quando não for estabelecido o benefício da divisão, ou seja, não se determinou por qual parte da dívida responde cada fiador (art. 830⁴⁹). Em tal hipótese, todos responderão de maneira solidária no que tange à garantia do cumprimento da obrigação, podendo, para tal, ser demandado um, alguns ou todos os fiadores. A segunda situação acontece quando, no contrato, está fixado por qual parte da dívida responde cada um dos fiadores, limitando-se o seu acionamento à fração pela qual responde.

Seja na fiança prestada conjuntamente, seja na situação de fiador unitário, o fato é que o garante, ao pagar a dívida que caberia ao devedor, fica sub-rogado nos direitos do credor. Porém, na hipótese de fiadores múltiplos, o credor somente poderá demandar os demais fiadores pela respectiva quota, confor-

⁴⁸ 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.

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

⁴⁹ 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.

me dispõe o art. 831 do Código Civil.⁵⁰

Os arts. 832 e 833 do Código Civil⁵¹ prescrevem que a sub-rogação do fiador nos direitos do credor também se estende aos juros e a eventuais perdas e danos que pagou. Convém salientar que o devedor também responderá pelas perdas e danos que o fiador sofreu em razão da fiança.

9. CAUSAS DE EXTINÇÃO DA FIANÇA

O Código Civil destina à extinção da fiança a seção III do capítulo XVIII, que compreende os arts. 837 a 839.⁵² No entanto, há uma hipótese prevista no art. 835, já mencionada, que trata da rescisão unilateral, bem como das causas gerais de extinção. A seguir, serão analisadas sucintamente as diversas situações que extinguem a fiança.

a) Exoneração voluntária pelo fiador

A hipótese prevista no art. 853 do Código Civil traz para o fiador a possibilidade de liberar-se da fiança quando lhe convier, na hipótese de ter sido esta prestada sem limitação de

⁵⁰ 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.

⁵¹ 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. Art. 833. O fiador tem direito aos juros do desembolso pela taxa estipulada na obrigação principal, e, não havendo taxa convencionada, aos juros legais da mora.

⁵² Art. 837. O fiador pode opor ao credor as exceções que lhe forem pessoais, e as extintivas da obrigação que competem ao devedor principal e não provierem simplesmente de incapacidade pessoal, salvo o caso do mútuo feito à pessoa menor. Art. 838. O fiador, ainda que solidário, ficará desobrigado: I – se, sem consentimento seu, o credor conceder moratória ao devedor; II – se, por fato do credor, for impossível a sub-rogação nos seus direitos e preferências; III – se o credor, em pagamento de dívida, aceitar amigavelmente do devedor objeto diverso do que era obrigado a lhe dar, ainda que depois venha a perdê-lo por evicção. Art. 839. Se for invocado o benefício de excussão e o devedor, retardando-se a execução, cair em insolvência, ficará exonerado o fiador que o invocou, se provar que os bens por ele indicados eram, ao tempo da penhora, suficientes para a solução da dívida afiançada.

tempo. Mesmo com essa decisão, ficará obrigado a todos os efeitos da fiança, pelo prazo de sessenta dias após a notificação do credor.

Como se sabe, a garantia fidejussória tem como base a voluntariedade, constituindo-se, pois, em contrato de natureza acessória em reação à obrigação principal. Portanto, o fiador não pode ser compelido a permanecer vinculado contratualmente ao credor, com o fito de garantir o cumprimento de obrigação, se assim não mais desejar.

O dispositivo legal mencionado faz uma ressalva apenas quanto ao período de vinculação do fiador aos efeitos da fiança, após a notificação do credor, cujo prazo é de sessenta dias. Dessa maneira, a denúncia não isenta o garante das situações constituídas até o termo final daquele lapso temporal, mas somente de novas situações.

b) Causas extintivas das obrigações em geral

Extingue-se a fiança pelas causas gerais de extinção das obrigações. A forma mais elementar de extinção de uma obrigação é, sem dúvida, o adimplemento. Assim, se o devedor satisfizer a obrigação, a fiança, que segue o destino da obrigação principal, automaticamente estará extinta. Essa consequência ocorre, ainda quando o pagamento é feito através de consignação, a teor do art. 334 do Código Civil.⁵³

A título meramente exemplificativo, extingue-se a fiança quando há confusão, hipótese prevista no art. 381 do Código Civil.⁵⁴ Acontece nas seguintes hipóteses: quando se misturam as figuras de devedor e credor; quando ocorre compensação, prevista no art. 368 do Código Civil⁵⁵, em que as obrigações se extinguem até o ponto onde se compensam; quando há remis-

⁵³ Art. 334. Considera-se pagamento, e extingue a obrigação, o depósito judicial ou em estabelecimento bancário da coisa devida, nos casos e forma legais.

⁵⁴ Art. 381. Extingue-se a obrigação, desde que na mesma pessoa se confundam as qualidades de credor e devedor.

⁵⁵ Art. 368. Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem.

são das dívidas (art. 385 do Código Civil ⁵⁶), constituindo-se na dispensa do cumprimento da obrigação pelo credor, aceita pelo devedor. Como se percebe, o fato de a fiança também extinguir-se reforça o caráter acessório que tem em relação à obrigação principal. Constitui-se, portanto, em elemento distintivo da maioria dos institutos a ela similares.

c) Prática de determinados atos pelo credor

O art. 838 do Código Civil relaciona os casos em que a extinção da fiança ocorre em razão da prática de determinados atos pelo credor, no âmbito da obrigação principal. Tais fatos desobrigam o fiador ante a impossibilidade de se fazer uma interpretação extensiva do contrato de fiança.

A primeira hipótese é a concessão de moratória pelo credor ao afiançado, sem o consentimento do fiador. A moratória ocorre quando o credor estende o tempo que teria o devedor para cumprimento da obrigação. Com tal medida, os riscos para o fiador são aumentados, na medida em que a possibilidade de dilapidação patrimonial do devedor também aumenta. Funda-se, sobretudo, no fato de que a fiança não admite interpretação extensiva, a teor do art.836 do Código Civil.

Carlos Roberto Gonçalves ⁵⁷ salienta que a simples inércia do credor em receber o débito vencido não implica a concessão de moratória, quando não foi expressamente concedido novo prazo por este ao garante.

Também se extingue a fiança se, por ato do credor, for impossível a sub-rogação do fiador. Maria Helena Diniz ⁵⁸ menciona a hipótese do credor que, além da garantia fidejussória, tem também penhor ou hipoteca prestada pelo devedor. Se renunciar à garantia real, automaticamente desobriga o fiador,

⁵⁶ Art. 385. A remissão da dívida, aceita pelo devedor, estingue a obrigação, mas sem prejuízo de terceiro.

⁵⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*, vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 539.

⁵⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*, vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 600.

considerando que se constitui em elemento que o onera sobremaneira, dificultando a sub-rogação.

O inciso III do art. 838 trata da hipótese em que o credor aceita amigavelmente do devedor, como pagamento da dívida, objeto diverso do que este estava obrigado a lhe dar. Esse fato também ocasiona a extinção da fiança, independentemente de vir o credor a perder o novo objeto por evicção. É caso típico de dação em pagamento, prevista a partir do art. 356 do Código Civil.⁵⁹

O art. 359 do mesmo diploma legal⁶⁰ prevê a possibilidade de ser o credor evicto da coisa recebida em pagamento. Desobriga-se, portanto, o fiador porque, quando o credor voluntariamente recebe objeto diverso do originariamente contratado, sai da esfera jurídica da relação entre o credor e o fiador a obrigação que pessoalmente era garantida por este.

d) Morte do fiador

Como já assinalado, a morte do fiador é causa de extinção da fiança, embora, pela interpretação do art. 836 do Código Civil, possa parecer que a fiança continua em relação aos herdeiros. Na verdade, o que tem continuidade é a responsabilidade da fiança, no sentido de que se limita ao tempo decorrido até a morte do fiador, não podendo ultrapassar as forças da herança.

Aos herdeiros do fiador é que são repassadas as obrigações contraídas até a data da morte deste, sendo demandados por elas até o limite do acervo hereditário. Dessa maneira, mesmo cobertas pela garantia fidejussória, as responsabilidades que advierem após o óbito do fiador não atingem os sucessores.

⁶¹

⁵⁹ Art. 356. O credor pode consentir em receber prestação diversa da que lhe é devida.

⁶⁰ Art. 359. Se o credor for evicto da coisa recebida em pagamento, restabelecer-se-á a obrigação primitiva, ficando sem efeito a quitação dada, ressalvados os direitos de terceiros.

⁶¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*, vol. 3. Rio

e) Insolvência do devedor posterior à invocação do benefício de excussão

Trata-se do caso em que o fiador, acionado pelo credor, invoca o benefício de ordem ou de excussão e indica bens penhoráveis do devedor. Porém, a execução é retardada por este, que vem a se tornar insolvente. Como os bens indicados pelo fiador existiam no patrimônio do devedor, não pode ser ele penalizado pela conduta do devedor no processo de execução. Em consequência será exonerado da fiança, desde que prove que os bens indicados eram, ao tempo da penhora, suficientes para a solução da dívida.

CAPÍTULO III – ASPECTOS DO BENEFÍCIO DE ORDEM

1. NOÇÕES

O benefício de ordem ou benefício de excussão é um dos principais efeitos da fiança. Consiste na possibilidade que tem o fiador, na hipótese de não cumprimento da obrigação principal pelo devedor, de exigir que os bens deste sejam executados antes dos seus. Ao fazer isso, aciona a garantia geral respaldada pelo princípio da responsabilidade patrimonial, segundo o qual o patrimônio do devedor responde por duas dívidas.

Funda-se, sobretudo, no caráter subsidiário que tem a fiança quando comparada com a obrigação principal. Dessa maneira, para a exigência da garantia, pressupõe-se o exaurimento dos bens do devedor passíveis de serem executados, uma vez que sua responsabilidade é elementar.

O benefício de ordem está previsto a partir do artigo 827 do Código Civil⁶², guardando muita similitude com o Código

de Janeiro: Forense, 2012, p. 462.

⁶² Art. 827. O fiador demandado pelo pagamento de dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor.

Parágrafo único. O fiador que alegar o benefício de ordem, a que se refere este artigo, deve nomear bens do devedor, sites no mesmo município, livres e desembar-

Civil português, que o prevê a partir do artigo 638º.⁶³ Possibilita ao fiador demandado pelo credor, ao invocar a garantia fidejussória, exigir que antes sejam executados os bens do devedor. Nesse ponto, convém, mais uma vez, lembrar que a fiança tem caráter acessório quando comparada com a obrigação principal. É que a obrigação foi contraída pelo devedor junto ao credor, justificando-se a invocação do benefício de ordem.

O Código de Processo Civil também o prevê no art. 595.⁶⁴ Segundo dispõe, uma vez invocado o benefício de ordem os bens do fiador somente se sujeitarão à execução se os bens do devedor forem insuficientes. Além disso, mesmo depois de paga a dívida pelo fiador, este poderá executar o afiançado nos autos do mesmo processo.

Alessandro Segalla⁶⁵ assim define o instituto: “A exceção deferida ao fiador demandado para pagamento da dívida do devedor principal para que obtenha a paralisação momentânea da demanda até que sejam executados, por primeiro, os bens do devedor principal”. Sem dúvida, o benefício de ordem é a prova maior da subsidiariedade da fiança no campo obrigacional.

2. EFEITO

O principal efeito da invocação do benefício de ordem é a justificável recusa do fiador ao cumprimento da obrigação, respaldado principalmente no caráter acessório e subsidiário

gados, quantos bastem para solver o débito.

⁶³ Art. 638º. Benefício da excussão

1. Ao fiador é lícito recusar o cumprimento enquanto o credor não tiver executado todos os bens do devedor sem obter a satisfação do seu crédito.

2. É lícita ainda a recusa, não obstante a excussão de todos os bens do devedor, se o fiador provar que o crédito não foi satisfeito por culpa do credor.

⁶⁴ Art. 595. O fiador, quando executado, poderá nomear à penhora bens livres e desembargados do devedor. Os bens do fiador ficarão, porém, sujeitos à execução, se os do devedor forem insuficientes para a satisfação do credor.

Parágrafo único. O fiador, que pagar a dívida, poderá executar o afiançado nos autos do mesmo processo.

⁶⁵ SEGALLA, Alessandro. *Contrato de fiança*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 39.

que tem a fiança. Em consequência, o credor torna a voltar-se para o patrimônio do devedor. Ressalte-se que, ainda quando invocado o benefício de ordem, na hipótese de ser o patrimônio do devedor insuficiente para o adimplemento da obrigação, o fiador será acionado pela eventual diferença, até a satisfação total do crédito.

Assim, após acolhido o requerimento de benefício de ordem, será determinada a suspensão da execução contra o fiador, passando-se à excussão aos bens do devedor nomeados pelo fiador. Cumpre esclarecer que a invocação do instituto encontra óbice na inexistência de bens exequíveis do devedor⁶⁶, conforme se verá adiante. Na hipótese de o fiador ser compelido a saldar a dívida, poderá executar regressivamente o devedor, nos mesmos autos da ação onde cumpriu a obrigação, sub-rogando-se nos direitos do credor.⁶⁷

3. REQUISITOS E MOMENTO DE OPOSIÇÃO

Os requisitos do benefício de ordem estão elencados no parágrafo único do art. 827 do Código Civil. Para sua invocação, é necessário que o fiador nomeie bens do devedor, localizados no mesmo município, livres e desembargados, quantos bastem para solver o débito.

O momento de oposição do benefício de ordem varia, a depender da natureza da ação. Isso faz com que o citado dispositivo conviva em perfeita harmonia com o art. 595 do Código de Processo Civil. Quando o fiador é acionado pelo credor através do processo de conhecimento, o momento é o da contestação, por meio do chamamento ao processo, previsto no art. 77, I, do Código de Processo Civil.⁶⁸ Por outro lado, quando se

⁶⁶ SANTOS, Gildo dos. *Fiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 52/53.

⁶⁷ THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência*, vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 202.

⁶⁸ Art. 77. É admissível o chamamento ao processo:

tratar de ação executiva, o fiador deve alegar o benefício de ordem até o final do prazo para apontar bens à penhora.⁶⁹

CAPÍTULO IV - LIMITES AO BENEFÍCIO DE ORDEM

É certo que o benefício de ordem se constitui numa grande defesa para o garante, na medida em que, até mesmo em razão da subsidiariedade da fiança e do princípio da responsabilidade patrimonial, os bens do devedor, que de fato se obrigou por força de sua relação jurídica com o credor, sejam chamados a responder pela obrigação. Percebe-se que tal exceção terá lugar, com êxito, quando, embora se verifique a mora do devedor no adimplemento da obrigação, possua bens penhoráveis.

No entanto, o benefício de ordem sofre limitações, de maneira que o seu exercício nem sempre poderá ocorrer de forma plena, como certamente seria pretensão do garante. As limitações mais primárias são previstas de forma textual pelo ordenamento jurídico brasileiro, no art. 828 do Código Civil, como se estudará em seguida. Por vezes, entretanto, há situações em que o benefício de ordem é exercido de maneira limitada, como ocorre na fiança em obrigação de entrega de coisa determinada fungível.

1. HIPÓTESES DO ART. 828 DO CÓDIGO CIVIL

1.1 RENÚNCIA EXPRESSA DO FIADOR

Hodiernamente, sobretudo com a crescente difusão dos contratos de massa, percebe-se que, cada vez mais, vem caindo em desuso o benefício de excussão, ou melhor, a real oportuni-

I – do devedor, na ação em que o fiador for réu;

⁶⁹ FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de. *Contrato de fiança*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 151.

dade de ser utilizado pelo garante. Isso ocorre porque os contratos, em regra, trazem em seu bojo a renúncia ao benefício, ficando sujeito o fiador a ser demandado e ter seus bens subtraídos do patrimônio antes mesmo que o devedor seja acionado para tal.

Quando o fiador faz uso do benefício de excussão, o credor, até então direcionador da execução contra o fiador, se volta para o devedor, a quem originariamente cumpre adimplir a avença. Porém, quando o fiador renuncia ao benefício de ordem, automaticamente, fica desprovido da possibilidade de, no caso de ser acionado pelo credor, exigir que os bens do devedor sejam executados antes dos seus, mesmo que este tenha patrimônio livre superior ao do fiador.

Os dois julgados a seguir confirmam essa assertiva. O primeiro, referente à apelação julgada no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, claramente estabelece a validade da renúncia, ainda que o devedor possua bens penhoráveis:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. FIADOR. BENEFÍCIO DA EXCUSSÃO. ART. 839 DO CC. RENÚNCIA EXPRESSA. INOCORRÊNCIA DE EXTINÇÃO DA FIANÇA. Ainda que o fiador indique bens do devedor principal passíveis de penhora e permaneça o credor inerte, não poderá ser utilizado o benefício da excussão, nos termos do art. 839 do Código Civil, se este tiver sido expressamente renunciado. (Apelação Cível 1.0079.10.015482-6/001, Relator: Des. José de Carvalho Barbosa, 13ª Câmara Cível. Julgamento em 25/04/2013. Publicação em 03/05/2013).

A segunda hipótese ocorreu em relação a agravo de instrumento julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Da mesma forma, o órgão julgador entendeu pelo descabimento de diligências no sentido de encontrar bens penhoráveis do devedor. É que, expressamente, houve renúncia ao benefício de ordem, quando a execução recaiu sobre os bens do fiador:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ENSINO PARTICULAR. EMBARGOS À EXECUÇÃO. FIADOR. RE-

NÚNCIA AO BENEFÍCIO DE ORDEM. CABE AO CREDOR ESCOLHER O DEVEDOR SOLIDÁRIO QUE IRÁ PAGAR A DÍVIDA. 1- O fiador que se obriga como devedor solidário não possui direito a ver os bens do devedor principal excutidos antes dos seus. Inteligência do artigo 828, III, do Código Civil. 2- Desse modo, descabe a realização de diligências para localização de bens do devedor principal ou mesmo para o bloqueio das contas bancárias deste, na medida em que o credor pode escolher contra qual dos devedores solidários irá direcionar a execução. Negado provimento ao agravo de instrumento. (TJRS – AI 70046867388 – 5ª C.Cív. – Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto – Julgamento em 28/03/2012. Publicação em 28/03/2012)

A renúncia se constitui, portanto, na abdicação do fiador de requerer o benefício constante no art. 827 do Código Civil. Torna-se, assim, acionável o garante, através de seu patrimônio, verificada a inadimplência, ainda que não tenham sido perseguidos bens do devedor, por parte do credor. Decisão interessante é a tratada no acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo, cuja ementa está transcrita a seguir. Na decisão, entendeu-se que é nula a cláusula de renúncia ao benefício de ordem se esta ocorrer no âmbito de contrato de adesão:

PROCESSO CIVIL E CIVIL. 1º APELO. PRELIMINAR DE OFÍCIO. IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. NÃO CONHECIMENTO. 2º APELO. AÇÃO DE COBRANÇA EM CONTRATO DE ARRECADAÇÃO DE NOTAS FISCAIS E CONTAS DE ENERGIAS ELÉTRICAS. ESCELSA. INADIMPLENTO DA FIANÇA. CLÁUSULA DE RENÚNCIA AO BENEFÍCIO DE ORDEM NULIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE RENÚNCIA ANTECIPADA EM CONTRATO DE ADESÃO. ENUNCIADO Nº 364 DA IV JORNADA DE DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. RECURSO PROVIDO. 3º APELO. MOMENTO DA INCIDÊNCIA DOS ENCARGOS MORATÓRIOS. OBRIGAÇÃO LÍQUIDA. VENCIMENTO. ART. 397 DO CC. RECURSO PROVIDO. 1- 1º Apelo. Preliminar de ofício. Irregularidade de representação processual. Havendo renúncia ex-

pressa por parte dos patronos dos apelantes e, intimados nos termos do art. 13 do Código de Processo Civil, deixam de regularizar a sua representação processual, é de rigor o não conhecimento do recurso. 2- 2º Apelo. Versa a presente hipótese sobre contrato de arrecadação de notas fiscais de Serviço de Energia Elétrica celebrado no qual o agente arrecadador restou inadimplente, autorizando a interposição da presente demanda em face do devedor principal e do seu fiador. 3- A despeito de haver previsão no referido contrato de cláusula de renúncia antecipada ao benefício de ordem do fiador, restou pacificado no Enunciado nº 364 da IV Jornada de Direito Civil, relativamente aos artigos 828 e 424 do Código Civil, que "No contrato de fiança é nula a cláusula de renúncia antecipada ao benefício de ordem quando inserida em contrato de adesão". 4- Destarte, remanesce apenas a obrigação subsidiária do fiador em face do inadimplemento contratual, conforme previsto no artigo 821 do Código Civil. Recurso conhecido e provido. 5- 3º Apelo. Considerando-se que a obrigação contratualmente prevista é líquida, nos exatos termos do artigo 397 do Código Civil, eis que possui data certa de vencimento (mora ex re), considera-se o devedor em mora desde a data do vencimento da obrigação, momento a partir do qual passam a incidir os encargos decorrentes de seu inadimplemento. Recurso conhecido e provido. (TJES – AC 0007978-74.2011.8.08.0024 – Rel. Des. Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon – Julgamento em 11/12/2012. Publicação em 18/12/2012 – p. 202)

Como se observa, foi declarada nula a cláusula de renúncia antecipada ao benefício de ordem, já que estava inserida num contrato de adesão. Na decisão, observou-se a decisão o conteúdo do art. 424 do Código Civil⁷⁰, que considera nulas todas as cláusulas inseridas no contrato de adesão que resultem em renúncia antecipada a direito inerente à natureza do negócio. Em consequência, o tribunal determinou que remanescesse apenas a obrigação subsidiária do fiador, em face do inadimplemento contratual, como ocorre normalmente.

Feitas estas considerações, é importante esclarecer que

⁷⁰ Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

contrato de adesão é aquele em que as cláusulas são dispostas unilateralmente, ou seja, por apenas uma parte contratante, não havendo participação da outra parte em sua elaboração. Dessa forma, a autonomia da vontade, norteadora dos contratos, embora presente, cinge-se à aceitação ou não das cláusulas ali apresentadas.

Quando se fala em nulidade de cláusula contratual, inserida em contrato de adesão, estabelece-se a renúncia antecipada de direito relativo à natureza do negócio, aplicando-se à fiança o art. 424 do Código Civil. Nesse caso, é imprescindível esclarecer que, no mesmo contrato, estão presentes dois vínculos jurídicos: um relativo à obrigação principal estabelecida entre o credor e o fiador; o outro, referente à garantia fidejussória, estabelecida entre o fiador e o credor.

Malgrado a garantia pessoal possa seguir a mesma natureza de adesão que tem o contrato principal, no Brasil, diferentemente do que ocorre na legislação portuguesa, não tem o instituto da fiança, necessariamente, que seguir a forma da obrigação principal, exigindo a lei (art. 819 do Código Civil) apenas que se dê por escrito. Assim, é questionável que a fiança prestada como garantia de obrigação contratada através de contrato de adesão necessariamente tenha essa natureza, sobretudo porque poderá ser feita em instrumento em apartado.

1.2 OBRIGAÇÃO DO FIADOR COMO PRINCIPAL PAGADOR OU DEVEDOR SOLIDÁRIO

Essa hipótese, constante no inciso II do art. 828 do Código Civil, refere-se à situação em que o fiador se obriga como principal pagador da obrigação principal ou como devedor solidário. Assim, ainda que não tenha renunciado ao benefício de excussão, não o poderá invocar. Ressalte-se que a fiança não perde sua característica de acessoriedade, mantendo-se a distinção entre o fiador e o devedor solidário, conforme anota

Alessandro Segalla⁷¹:

Ressalte-se que a eventual clausulação das hipóteses em questão não torna o fiador codevedor, pois a sua única finalidade vem a ser a de pré-excluir a faculdade do garante manejar o benefício de ordem. A solidariedade, na fiança, é atípica, pois não torna o fiador devedor solidário, mas apenas pré-exclui o benefício de ordem.

De fato, quando se diz que o fiador se obriga como principal pagador ou devedor solidário, está se fazendo uma referência ao cumprimento da obrigação propriamente dito, da qual voluntariamente é afastada a regra da subsidiariedade da fiança, podendo o adimplemento ser exigido também do fiador. No entanto, o garante não figura como devedor na avença havida entre este e o credor, até mesmo porque a fiança é vínculo estranho à relação principal, figurando nela como partes o credor e o devedor.

1.3 INSOLVÊNCIA OU FALÊNCIA DO DEVEDOR

A garantia fidejussória tem como finalidade precípua alargar a segurança do credor, que originariamente conta apenas com a garantia genérica, fundada no princípio da responsabilidade patrimonial. Significa que o patrimônio do devedor responderá pelas suas dívidas, até a satisfação do crédito.

Sob essa angulação, é certo que o próprio garante poderá valer-se da garantia genérica. Nessa hipótese, sendo acionado, tem a faculdade de invocar o benefício de excussão, exigindo que os bens do devedor sejam executados antes dos seus. Para tanto, deve indicar bens deste, situados no mesmo município, livres e desembargados, quantos bastem para solver o débito.

Assim, é bastante óbvia a inclusão da insolvência ou falência do devedor, prevista no inciso III do art. 828 do Código Civil, como hipótese em que o fiador não pode usufruir do benefício de ordem. Ora, se a consequência imediata do benefício

⁷¹ SEGALLA, Alessandro. *Contrato de fiança*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 39.

em análise é a excussão de bens do afiançado antes dos bens do credor, seria inócua sua invocação quando não há bens penhoráveis. Tratando-se de devedor insolvente ou falido, o fiador jamais teria como indicá-los.

2. FIANÇA EM ENTREGA DE COISA DETERMINADA FUNGÍVEL

Essa hipótese é tratada por Manuel Januário Gomes.⁷² Afigura-se quando o fiador, de forma acessória, se obriga a garantir a entrega de coisa determinada fungível. É o caso de alguém que se compromete a entregar uma obra de arte de determinado pintor, sem, contudo, precisar o quadro. Nessa situação, a fungibilidade se materializa no fato de ser o fiador capaz de adimplir a obrigação, entregando um quadro do mesmo artista, embora diverso do que seria entregue pelo afiançado.

Questão interessante é a possibilidade de o fiador, ao ser acionado, quando seja impossível ao devedor entregar a coisa determinada, invocar o benefício de excussão. Em tal hipótese, aponta bens outros do afiançado, que não tenham sido objeto da avença inicial.

Nesse ponto, merece ser transcrita a solução apontada pelo referido autor⁷³:

Se pudesse forçar o credor à prévia excussão de todos os bens do devedor, impediria aquele (contra a sua própria vinculação) de obter um Malhoa. Neste tipo de situações – em que o interesse específico (primário) do credor tanto é passível de ser satisfeito, ao mesmo nível, pelo devedor, quanto pelo fiador – é de se presumir que as partes, sendo a fiança simples, quiseram convencionar um benefício da prévia execução específica. No nosso entender, o benefício da execução específica não prejudica a existência e o funcionamento do

⁷² GOMES, Manuel Januário da Costa. *Assunção fidejussória de dívida: sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*. Coimbra: Almedina, 2000, pp. 1089/1090.

⁷³ GOMES. Manuel Januário da Costa Gomes. Op. cit., pp. 1090/1091.

benefício da excussão “geral”. Assim, se a pós a invocação do benefício da prévia execução específica, o credor, realiza uma infrutífera diligência junto do devedor na satisfação específica do seu crédito, “regressar” ao fiador e este não puder também satisfazer aquele interesse (c.g. porque vendera os quadros que tinha), pode invocar, então, o benefício da excussão “geral”, a que se refere o art. 638/1, já que, claramente, a satisfação do interesse do credor irá agora ter lugar por equivalente.

Assim, quando a obrigação afiançada é de coisa determinada fungível, presume-se que as partes tiveram a intenção de convencionar um benefício de prévia execução específica, como assevera o autor acima mencionado. Nesse caso, a inadimplência do devedor não traz, de início, a possibilidade de suscitação pelo garante do benefício de ordem genérico, envolvendo todos os bens penhoráveis do patrimônio do devedor. Mas isso não significa dizer que não poderá fazê-lo. Ocorre que a garantia reporta-se à obrigação de entrega de coisa determinada fungível. Em consequência, quando o devedor não a cumpre, ela se volta ao fiador, no mesmo formato.

Em outras palavras, o não cumprimento da obrigação pelo devedor gerará a mesma obrigação ao fiador, na qualidade de garante. Dessa forma, o benefício que vier inicialmente suscitado deve dizer respeito à possibilidade de o devedor cumprir aquela obrigação, entregando a coisa anteriormente determinada.

Se não o fizer, cabe ao fiador satisfazer a obrigação e, somente na hipótese de impossibilidade, é que poderá invocar o benefício de excussão de ordem geral. Este, sim, referente a todos os bens do devedor, o que obviamente resultará no cumprimento da obrigação, embora por prestação diversa da inicialmente contratada, mas proporcional ao seu valor.

3. LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL POR CONVENÇÃO DAS PARTES

As partes podem convencionar que a responsabilidade do

devedor pelo cumprimento da obrigação será com relação a bens específicos deste. Dessa maneira, que o princípio da responsabilidade patrimonial terá aplicação restrita, a depender da situação, quando então a convenção poderá ou não ter eficácia em relação ao fiador. Se a cláusula de limitação for posterior à fiança, não terá eficácia se for oposta ao fiador.

O contrário certamente resultaria em intensa instabilidade na situação patrimonial do devedor existente na época em que foi prestada a fiança. Em tal situação, de maneira que o fiador seria exposto a risco não assumido quando da assunção fidejussória. Hipótese diversa ocorre quando o fiador, mesmo sendo a cláusula limitativa posterior à fiança, decide aderir a ela, utilizando-se simplesmente da autonomia da vontade.

Em outra situação, a cláusula de limitação pode ser anterior ou simultânea à fiança. Nesse caso, faz-se necessária uma avaliação acerca da ciência do fiador, para que produza efeitos em relação a este. Se o garante tinha conhecimento da limitação da responsabilidade do devedor e ainda assim, assentiu em prestar a fiança, assumiu os riscos advindos de um eventual inadimplemento.⁷⁴

4. CUMULAÇÃO COM GARANTIA REAL POSTERIOR À FIANÇA

Neste caso, também tratado por Manuel Januário Gomes⁷⁵, além da fiança, há uma garantia real instituída por terceiro, sendo duplo o reforço à satisfação do crédito. Mais uma vez, a consequência pode ser diversa, a depender do momento em que foi instituída a garantia real. Saliente-se que a limitação ao benefício de ordem aqui é vista no que concerne à possibilidade de invocá-lo em face da existência de uma garantia real.

Ainda segundo o mesmo autor, se a garantia real foi dada

⁷⁴ GOMES, Manuel Januário da Costa. Op. cit., pp. 1091/1093.

⁷⁵ GOMES, Manuel Januário da Costa. Op. cit., pp. 1094/1095.

antes da fiança ou simultaneamente a esta, presume-se que o fiador quis obrigar-se. Portanto, assumiu o risco na hipótese de os bens que constituem a garantia real serem insuficientes ao cumprimento da obrigação.

Se o fiador obrigou-se anteriormente à constituição da garantia real, com esta não contava quando assumiu os riscos de afiançar. Nesse caso, não poderá estar sob o manto da garantia real e eximir-se da excussão proveniente da fiança. Saliente-se, como já foi assinalado, que o art. 37 da Lei nº 8.245/91 considera nula a cumulação de garantias especificamente na hipótese de um único contrato de locação de imóvel urbano.

5. TRANSCURSO DO PRAZO PARA OPOSIÇÃO

Outra limitação à invocação do benefício de ordem é, sem dúvida, o transcurso do prazo para tal. A depender da natureza da ação na qual pode ser invocado o benefício de ordem, o momento da arguição, como já visto, poderá ser o prazo de contestação, quando o fiador tiver sido acionado em ação de conhecimento. Ou então o prazo para nomeação de bens à penhora, quando demandado em ação executiva.

Gabriel Figueiredo⁷⁶ ressalta divergência doutrinária no que diz respeito à hipótese do devedor que não possui bens no momento em que o fiador poderia arguir o benefício de ordem, mas que depois vem a adquiri-los. Entretanto, acosta-se ao entendimento de que, passado o momento da arguição, o fiador não mais poderá fazer uso do benefício de excussão. Acho perfeitamente aceitável tal posição.

Trata-se de uma posição coerente e, portanto, defensável. Ora, se a fiança se constitui numa garantia para o credor, não há sentido em retroceder todo um processo em andamento para os bens do devedor. Tal medida tornaria sem eficácia todas as

⁷⁶ FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de. *Contrato de fiança*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 152/153.

práticas processuais contra o patrimônio do fiador, fato que comprometeria, inclusive, a eficácia da prestação jurisdicional.

6. CLÁUSULA AO PRIMEIRO PEDIDO

A cláusula ao primeiro pedido, já tratada neste trabalho, gera para o fiador a obrigação de, na hipótese de ser acionado pelo credor, atender de plano o seu chamado. Assim, naquele momento, fica privado de exercer eventuais garantias que teria em desfavor do devedor, razão pela qual se constitui numa limitação ao benefício de ordem. Em consequência, mesmo na hipótese de ter o devedor patrimônio penhorável, a vinculação à cláusula afasta a possibilidade de arguição do benefício de excussão.

Na fiança ao primeiro pedido, as partes não dispensam a acessoriedade, mas simplesmente a suspendem até que a fiança venha a ser acionada. Nesse caso, o fiador renuncia às exceções a que teria direito o devedor contra o credor. Somente depois de realizado o pagamento é que poderá ser intentada pelo fiador uma ação de repetição de indébito contra o credor, na qual poderá judicialmente questionar a exigência de cumprimento da obrigação.⁷⁷

CONCLUSÃO

Após uma atenta análise sobre a matéria objeto deste estudo, nas esferas legal, doutrinária e jurisprudencial, chega-se aos seguintes pontos conclusivos:

1. As garantias de crédito se constituem num conjunto de medidas que possibilitam a satisfação do crédito. Podem ser de duas espécies: geral, quando baseada no princípio da responsabilidade patrimonial, de modo que o patrimônio do devedor

⁷⁷ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantias das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 107/109.

garante o adimplemento de suas obrigações; especiais, que aumentam ainda mais a possibilidade de satisfação do crédito, enquadrando-se nessa categoria tanto as garantias reais como as pessoais.

2. Dentre as garantias pessoais, destaca-se a fiança. Trata-se de um contrato através do qual uma terceira pessoa, estranha à relação obrigacional havida entre credor e devedor, obriga-se pessoalmente, com base em seu patrimônio, a adimplir a obrigação, se não o fizer o devedor. Forma-se, portanto, um novo vínculo entre o fiador e o credor. É uma relação essencialmente acessória, pessoal, de risco e subsidiária. Saliente-se que este último elemento tipificador pode ser removido, por exemplo, caso o fiador renuncie ao benefício de ordem ou se obrigue solidariamente pelo débito. Embora várias figuras contratuais possam surgir a partir dessa garantia, a exemplo da subfiança e da fiança ao primeiro pedido, optou-se neste trabalho pela classificação clássica, que a divide em legal, judicial e voluntária.

3. A fiança tem uma estrutura triangular, visto que nela se verificam três relações: uma interna, estabelecida entre o credor e o devedor; outra externa, a fiança propriamente dita, que se desenvolve entre o fiador e o credor; e a terceira, de natureza eventual, firmada entre o fiador e o afiançado. Quanto ao funcionamento, a doutrina reconhece cinco fases: de constituição, de jacência, de extinção da fiança ou de seu exercício, de satisfação e de liquidação da obrigação.

4. A garantia fidejussória tem natureza contratual, possuindo as seguintes características: acessória, solene, consensual, *intuitu personae* e, a princípio, gratuita. Guarda semelhança com a comissão *del credere*, com as cartas de conforto ou de patrocínio, com a obrigação solidária e com o aval. Um dos principais efeitos da fiança é o benefício de ordem. Tendo o requerido o fiador, uma vez acionado e adimplido a obrigação que competia ao devedor, se sub-roga nos direitos do cre-

dor.

5. Extingue-se a fiança pela exoneração voluntária por parte do próprio fiador, nas seguintes hipóteses: quando a fiança é contratada sem limitação de tempo de duração; pelas causas extintivas das obrigações em geral; por força de determinados atos praticados pelo credor; pela morte do fiador; pela insolvência do devedor posterior à invocação do benefício de ordem. Os requisitos desse benefício estão previstos no art. 827 do Código Civil. Funda-se no caráter subsidiário que tem a fiança, constituindo-se em prerrogativa conferida ao fiador. Assim, quando acionado na hipótese de não cumprimento da obrigação pelo devedor, pode exigir que os bens deste sejam executados antes dos seus, uma vez que a responsabilidade do afiançado é elementar.

6. O momento da oposição do benefício de ordem é variável, a depender do tipo de ação em curso. Se o processo é de conhecimento, o benefício deve ser suscitado até o prazo final para contestar. Tratando-se de ação executiva, o fiador poderá requerer esse benefício até o prazo final de indicação de bens à penhora. Se o fiador expressamente renunciou ao benefício de ordem, ainda que, no momento em que for acionado a adimplir a obrigação, o devedor tenha patrimônio superior ao seu, não vai poder suscitar o benefício de excussão, obrigando-se a cumprir a obrigação.

7. Também é afastada a possibilidade de invocação do benefício de ordem quando o fiador se obriga solidariamente ou como principal pagador. Nesse sentido, é importante ressaltar que não há como confundir a fiança com a obrigação solidária. É que, na fiança, existe uma solidariedade atípica, apenas aplicável ao cumprimento da obrigação propriamente dita, não desvirtuando o caráter de acessoriedade, que é da essência de qualquer fiança.

8. A falência ou insolvência do devedor é caso elementar de afastamento do benefício de ordem. Nessa hipótese, não é

possível ao fiador invocar a garantia genérica, traduzida no fato de que o patrimônio do devedor responde por suas dívidas, o que implicaria a submissão do credor à execução coletiva.

9. A fiança prestada em obrigação de entrega de coisa determinada fungível é outra limitação à invocação do benefício de ordem, ao menos momentaneamente. É que o não cumprimento da obrigação pelo devedor gerará para o fiador a mesma obrigação específica a que aquele se vinculou. Dessa maneira, não poderá, de antemão, requerer que a execução se volte a todo o patrimônio do devedor. Este somente poderá ser alcançado, se comprovadamente também não houver como executar a entrega de coisa determinada fungível no patrimônio do fiador.

10. As partes também podem limitar a responsabilidade patrimonial, que será restrita a apenas alguns dos bens do devedor. Todavia, para que seja afastado o benefício de ordem no que tange ao restante do patrimônio do devedor, o fiador deve ter ciência da limitação avençada entre as partes na obrigação principal.

11. Se a fiança estiver cumulada com garantia real prestada por terceiro, ela somente poderá ser invocada, através do benefício de excussão, se foi constituída posteriormente à fiança. Portanto, com esta não poderá contar o fiador. A cláusula ao primeiro pedido também limita o exercício do benefício de ordem. Isto porque quando inserida no contrato de fiança, obriga o fiador a atender a solicitação de pagamento feita pelo credor, independentemente de anteriormente ter sido acionado o devedor.

12. Conclui-se, portanto, que, embora consista numa faculdade do credor, inerente à própria fiança, a invocação do benefício de ordem sofre limitações, estas que exorbitam as hipóteses constantes no art. 828 do Código Civil, cujo elenco é, aparentemente, taxativo.



REFERÊNCIAS:

A) DOCTRINA:

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário acadêmico de direito*. São Paulo: Editora Método, 2013.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português II: Direito das obrigações*, tomo IV: Cumprimento e não cumprimento. Transmissão, modificação e extinção, garantias. Coimbra: Almedina, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*, vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2009.

FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de. *Contrato de fiança*. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Manuel Januário da Costa. *Assunção fidejussória de dívida: sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*. Coimbra: Almedina, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*, vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantias das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2012.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: contratos*, vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINEZ, Pedro Romano; PONTE, Pedro Fuzeta da. *Garantias de cumprimento*. Coimbra: Almedina, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:*

- contratos, vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- SEGALLA, Alessandro. *Contrato de fiança*. São Paulo: Atlas, 2013.
- SANTOS, Gildo dos. *Fiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de. *Direito das garantias*. Coimbra: Almedina, 2010.
- THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil:: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência*, vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

B) JURISPRUDÊNCIA:

- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, 13ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 1.0079.10.015482-6/001. Relator: Desembargador José de Carvalho Barbosa. Belo Horizonte, 25.04.2013. DJ de 03.05.2013. Disponível em www.jtmg.jus.br. Acesso em 11.11.2013.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 5ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 70046867388/. Relator: Desembargador Jorge Luiz Lopes do Canto. Decisão unânime. Porto Alegre, 28.03.2012. DJ de 28.03.2012. Disponível em jtrs.jus.br. Acesso em 11.11.2013.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO, Segunda Câmara Cível. Apelação Cível nº 0007978-74.2011.8.08.0024. Relator: Desembargador Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon. Vitória, 11.12.2012. DJ de 18.12.2012. Disponível em www.tjes.jus.br. Acesso em 11.11.2013.