

Ensaio sobre as iniquidades da fiança locatícia gratuita¹

Maria Celina Bodin de Moraes²
Gabriel Schulman³

*La justice doit toujours s'interroger sur elle-même
tout comme une société ne peut vivre que du travail
qu'elle exerce sur elle-même et sur ses institutions*
- M. FOUCAULT

Resumo

Em um ambiente civilista coroadado pelo princípio da dignidade humana e transformado pelo instituto da boa-fé em todas as suas manifestações, o presente ensaio sustenta que o instituto da fiança locatícia gratuita carece de legitimidade. Na atualidade, a fiança locatícia assemelha-se a uma “espada de Dâmocles” a pender sobre a cabeça do fiador, o qual, ao oferecer seu patrimônio pessoal, incluindo seu bem de família, em garantia de dívida alheia, sem qualquer contraprestação, em nome de amizade, generosidade ou ambos, mostra comportamento intrinsecamente ingênuo e inexperiente. Não obstante isso é tratado pelo ordenamento jurídico de modo muito mais rigoroso do que o devedor principal, o que contraria a causa do contrato gratuito de fiança.

Palavras-chave: Fiança locatícia; contrato gratuito; bem de família; interpretação à luz dos princípios constitucionais.

Abstract

In the current private law scene, crowned by principles such as human dignity and good faith in all of their manifestations, this essay sustains that the gratuitous bail tenant contract has no legitimacy. In current times, the bail tenant contract is similar to a Damocles' sword, hovering over the bailer's head, who displays a fundamentally naïve and inexperienced behavior when he offers his personal patrimony, including his homestead, in guarantee of someone else's debt, with no benefits for himself, in the name of friendship, generosity or both. Notwithstanding, the bailer is handled by the legal system with much more rigor than the debtor is, what contradicts the very core of the gratuitous bail contract.

Keywords: Bail tenant contract; gratuitous contract; homestead; constitutionalized Interpretation.

¹ Este artigo, originalmente publicado na *Revista de Direito do Consumidor*, n. 107, set.-out. 2016, foi devidamente atualizado pelos autores para esta publicação. Agradecemos a Eduardo Nunes de Souza, professor de Direito Civil da UERJ, pela preciosa contribuição.

² Professora Titular da Faculdade de Direito da UERJ. Professora Associada da PUC-Rio.

³ Professor de Direito Civil da Universidade Positivo. Mestre em Direito pela UFPR. Doutor em Direito Civil pela UERJ. Advogado.

Introdução

A mais famosa fiança da literatura ocidental nada tem a ver com a locação, mas representa, também ela, um exemplo perfeito de profunda injustiça. Trata-se do célebre contrato realizado entre Shylock, Bassânio e Antonio, em *O Mercador de Veneza*, de Shakespeare. O “bem” que Shylock exige, em garantia ao empréstimo de três mil ducados, é uma “libra exata” de carne, a ser retirada do corpo de Antonio, fiador, se os navios com mercadorias suficientes para o pagamento do empréstimo não aportassem em dois meses. Chega-se a sentir a “leveza” com que o ingênuo amigo Antonio assina o contrato, acreditando com certeza absoluta, própria dos inocentes, que os navios chegarão a tempo e que a oferta de Shylock é, na realidade, generosa.

Bassânio, personagem em favor de quem o empréstimo estava sendo feito, não se exime de demonstrar seu temor. No diálogo com Shylock, este também se mostra bem consciente do perigo – o que, no entanto, muito lhe agrada, tendo ele sempre sido humilhado por Antonio:

(...) minha intenção dizendo que é bom, é fazer-vos compreender que o tenho na opinião de um solvente. Contudo, os recursos dele são hipotéticos: (...) navios não passam de tábuas, marinheiros, são apenas homens. Há ratos na terra e ratos na água, ladrões na terra e ladrões do mar, piratas. Depois, há o perigo das águas, dos ventos, dos recifes. Não obstante, o homem é solvente. Três mil ducados? Penso que posso aceitar a promissória.⁴

No final da peça, ao Juiz, como sói acontecer, cumpre o papel de, ao examinar o contrato, verificar se é ele correto, justo e adequado. E eis que, ao sentenciar, ele determina:

Uma libra de carne deste mercador te pertence. O Tribunal te adjudica essa libra e a lei ordena que ela te seja dada (...)
Ainda não é tudo. Esta caução não te concede uma só gota de sangue. Os termos exatos são ‘uma libra de carne’. Toma, pois, o que te concede o documento; pega tua libra de carne. Mas se ao cortá-la, por acaso, derramares uma só gota de sangue cristão, tuas terras e teus bens, segundo as leis de Veneza, serão confiscados em benefício do Estado.⁵

⁴ (SHAKESPEARE. *O mercador de Veneza*. Trad. de F. Carlos de A. C. Medeiros e O. Mendes. São Paulo: Editora Abril, 1978, Ato I, c. III). No original: “(...) *my meaning in saying he is a good man is to have you understand me that he is sufficient. Yet his means are in supposition (...) But ships are but boards, sailors but men: there be land-rats and water-rats, water-thieves and land-thieves, I mean pirates, and then there is the peril of waters, winds and rocks. The man is, notwithstanding, sufficient. Three thousand ducats; I think I may take his bond*”.

⁵ (ID., *ibidem*, Ato IV, c. I). No original: “*A pound of that same merchant’s flesh is thine: The court awards it, and the law doth give it (...) Tarry a little; there is something else. This bond doth give thee here no jot of blood; the words expressly are ‘a pound of flesh’: Take then thy bond, take thou*

Dentre os tantos comentadores que louvaram o brilhantismo dessa passagem de Shakespeare, destaca-se, na direção contrária, a oposição veemente de Ihering, o qual, embora considerasse válido o título de Shylock, ressalta que a única escolha atribuída ao juiz nesse caso era a de declarar o título válido ou nulo. Assim, critica o jurista, ao decidir-se no primeiro sentido, “não podia, fora de tempo, por uma reles velhacaria, esquivar-se à execução da sentença”.⁶ A questão serve a ilustrar o problema subjacente ao contrato gratuito de fiança no direito contemporâneo: se é possível verificar a injustiça no seu cumprimento, como parece, então é a própria validade que lhe deve ser negada, mostrando-se insuficientes os subterfúgios que mitigam a sua execução, como no conto shakespeariano.

À injustiça narrada na peça somam-se muitas outras, como se verá.

A fiança locatícia no direito contratual contemporâneo

O direito contratual contemporâneo sofre os influxos dos valores constitucionais, que têm redesenhado os contornos dos institutos, conferindo-lhes novos significados e funções. Supera-se, dessa forma, o perfil setorizado dos institutos jurídicos, prevalecendo a unidade do ordenamento, ancorado na Constituição.

Assim, na análise da fiança locatícia, tampouco deve limitar-se o intérprete ao exame isolado das normas que regem o contrato de locação e o próprio contrato de fiança. De plano, observa-se que o instituto tem sua base em paradoxos que desafiam a legitimidade de seu regime atual. Em face da imprescindível distinção entre legalidade e legitimidade,⁷ o instituto da fiança está a merecer, há muito, a releitura que, no direito público, costuma-se designar com a expressão “filtragem constitucional”.⁸

thy pound of flesh; but, in the cutting it, if thou dost shed one drop of Christian blood, thy lands and goods are, by the laws of Venice, confiscate unto the state of Venice”.

⁶-(IHERING, Rudolph Von. **A luta pelo direito**. Trad. de J. Vasconcelos. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. XI-XIII).

⁷ Nesse sentido, superada a contratualidade precipuamente calcada no voluntarismo, mostra-se fundamental a distinção entre legalidade e legitimidade. Com efeito, de acordo com PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 950: “A atividade administrativa e a negocial (especialmente a contratual), para terem validade, deverão ser concretizadoras de normas e de princípios que têm força de lei formal”.

⁸ (SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional** – construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999). Conforme SCHIER: “todo o ordenamento jurídico estatal deve ser lido sob a ótica da axiologia, materialidade e juridicidade constitucional. Tal processo de filtragem constitucional, decorrente da força normativa da Constituição, inaugura, certamente, no âmbito infraconstitucional, um momento de releitura do direito [...] surge a necessidade de buscar uma inter-relação axiológica visando à unidade sistemática e a efetiva realização dos valores estabelecidos [...] fenômeno conhecido como constitucionalização do direito infraconstitucional” (p. 25).

É voz corrente a afirmação de que o fiador na fiança locatícia ocupa a pior posição contratual de que se tem notícia – pior mesmo que a do próprio devedor. A modalidade pauta-se por poucos benefícios efetivos, os quais, de todo modo, são sempre renunciados pelo fiador. Por que alguém haveria de querer contratá-la? Quais são as razões do fiador?⁹ Sabe-se bem quais são os benefícios para o afiançado e para o credor, mas o fiador, em nossa prática jurídica, acaba por corresponder, na acepção do termo, à figura do “bode expiatório”¹⁰ – aquele que suporta todos ônus e não se beneficia de qualquer bônus.

Segundo dispõe o art. 818 CC, entende-se que, por meio do contrato de fiança, um terceiro (dito fiador) se obriga a satisfazer ao credor a dívida assumida pelo devedor, “*caso este não a cumpra*”. Da própria definição legal decorre uma ordem de responsabilidade, inerente à natureza do contrato, vez que toda e qualquer garantia é necessariamente subsidiária e acessória: primeiro deve-se cobrar a dívida de quem a criou; em seguida, obtido o insucesso, caberá investir contra o garantidor.¹¹

Essa ordem, fruto tanto da equidade quanto da lógica, foi primeiramente enunciada por uma constituição expedida por Justiniano, em razão da qual se passou a exigir que o credor demandasse antes o devedor porque “foi quem recebeu e contraiu a dívida”.¹² No direito romano anterior, cabia ao credor escolher a quem executar; depois de Justiniano, o “benefício de ordem” ou o “benefício de excussão” tornou-se a regra. Essa ordem de exequibilidade chegou às Ordenações Filipinas, que também estipulavam: “O fiador não deve ser demandado em algum caso, até que o devedor principal seja primeiro demandado, e condenado, e feita a dita execução; no que se não pode haver pelos bens do principal, poderá ser demandado o fiador”.¹³ E tal continua a ser até hoje, em tese, o direito brasileiro, na previsão do art. 827 do Código Civil: “o fiador demandado pelo pagamento da dívida *tem direito a exigir*, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor”.¹⁴ No entanto, na prática jurídica, como é sabido, não se celebra contrato de fiança locatícia em que o credor não exija a renúncia do fiador à ordem.

⁹ A questão parece passar despercebida pelo Judiciário, que deixa de considerar a relação entre os envolvidos na apreciação da (suposta) liberdade contratual que conduz a ousar ser fiador. Ilustrativamente, no STJ. Resp. 594.502, no qual se discutia “validade ou não da fiança dada pelo autor em mútuo tomado por sua filha, além do prazo inicialmente previsto no contrato celebrado pelas partes, do qual constava cláusula de prorrogação automática”. A fiança, todavia, restou afastada por fundamentos relevantes, como “respeito à plena ciência e consciência do fiador, e a regra limitativa da interpretação – veda-se a extensiva – bem norteia o escopo do legislador, de não se poder onerar o garante rigorosamente além do que ele expressamente assinou e conhece”.

¹⁰ Em uma das definições registradas no Dicionário Houaiss, “bode expiatório” significa justamente: “pessoa ou coisa sobre que(m) se faz recair as culpas de outros”.

¹¹ É o que denota também o CPC 2015, art. 794.

¹² Novela 4, cap. I: “*sed veniat primum ad eum qui aurum accepit debitum contraxit*”.

¹³ Ordenações Filipinas, liv. 4.

¹⁴ Grifou-se.

Parece necessário, pois, repensar o tratamento injustificadamente leniente que se tem conferido ao instituto da fiança e aos efeitos exorbitantes que pode acarretar ao patrimônio do fiador. Com efeito, o contrato seria caracterizado pelos chamados benefícios – de ordem e de divisão – que são, na prática, inexistentes, já que sistematicamente renunciados pelo fiador. Afrontando a sua natureza, que se coaduna com uma interpretação restritiva (Código Civil, art. 819), identificam-se ainda outros exageros, como a prorrogação do contrato de fiança até a entrega das chaves, sem a comunicação ao fiador (Código Civil, art. 366).

A propósito, por força do dever de informação decorrente da boa-fé, da tutela constitucional e legal da função social e do dever de mitigar o dano, seria imprescindível noticiar ao fiador o atraso do afiançado – seja em relação aos alugueres, seja em relação à saída do imóvel¹⁵. Permitir que o credor possa, a seu bel prazer, aguardar o aumento da dívida é consagrar o abuso do direito e, eventualmente, até mesmo o benefício com a própria malícia – supondo-se, por exemplo, uma relação de amizade entre credor e devedor, que pode fazer com que o credor queira deixar o devedor morando, tudo à custa do fiador –, conduta que desconhece o caráter imperativo da boa-fé objetiva.

Tampouco se pode ignorar a contundente e profunda crítica sobre possibilidade da perda do bem de família do fiador, que constitui retrocesso incompatível com a normatividade dos preceitos constitucionais e com o estado da arte do direito contratual. A expropriação do bem de família do fiador, concluir-se-á, é inconstitucional.¹⁶

¹⁵ A mesma lógica se aplica na fiança prestada como acessório a outros contratos, justificando-se a ênfase à locação diante dos efeitos ainda mais duros em relação ao fiador.

¹⁶ Assim, doutrina e jurisprudência. Entre os tantos, confira-se: (FACHIN, Luiz Edson. **Sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 50, 93; AINA, Eliane Maria Barreiros. **O fiador e o direito de moradia**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004; SILVA, Sérgio André Rocha Gomes da. **Da inconstitucionalidade da penhorabilidade do bem de família por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação**. **Revista de Direito Privado**, vol. 2. São Paulo: RT, abril-junho/2000, p. 50-56; SLAIBI FILHO, Nagib. **Impenhorabilidade de bem do fiador em decorrência do direito à moradia**. **Revista da EMERJ**, n. 33, 2006, p. 117-135; HORA NETO, João. **O bem de família, a fiança locatícia e o direito à moradia**. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe**, Aracaju: ESMESSE, n. 9, 2006, p. 48; SARLET, Ingo Wolfgang. **Supremo Tribunal Federal, o direito à moradia e a discussão em torno da penhora do imóvel do fiador**. **Revista da AJURIS**, ano XXXIV, n. 107, set. 2007, p. 123-144; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; ISAGUIRRE, Katya. **O direito à moradia e o STF: um estudo de caso acerca da impenhorabilidade do bem de família do fiador**. In: G. TEPEDINO; L. E. FACHIN, (Orgs.). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, v. 2, p. 131-164; TEIXEIRA, José Elaeres Marques. **Direitos humanos civis no Brasil: violações e caminhos para que sejam promovidos e respeitados**. In: J. C. de C. ROSCHA *et al* (Coord.). **Direitos humanos: desafios humanitários contemporâneos**. Belo Horizonte, Del Rey, 2008, p. 193; POLETTO, Sandra. **Novos paradigmas ao contrato de fiança locatícia**. **Revista do Curso de Direito da FSG**. Caxias do Sul, ano 2, n. 4, jul./dez. 2008, p. 133-138. Favoráveis à constitucionalidade da penhora do único bem de família do fiador são SEGALLA, Alessandro. **Contrato de fiança**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 128 e ss.; CASTRO NEVES,

O STF e a admissão de penhora do bem de família do garante

A Lei n. 8.009/1990 é exemplo legislativo concreto do potencial de uma leitura do direito à luz do princípio da dignidade da pessoa.¹⁷ Não exclui a proteção do credor, mas torna ilegal a penhora do bem de família, em sintonia com a proteção da dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais.

Assim, mostra-se injustificada a exceção imposta ao fiador no art. 82 da Lei de Locações, que alterou a Lei do Bem de Família para prever a possibilidade da penhora do bem do fiador na relação locatícia. À luz da Constituição, admitir a alteração de legislação infraconstitucional para retroceder na proteção de direitos fundamentais é medida que não se compatibiliza com o sistema jurídico nacional.

Renovam-se, pois, as críticas à penhora do bem de família do fiador na relação locatícia, exceção que ofende o direito à moradia consagrado na Emenda Constitucional nº 26/2000, bem como a função social da propriedade e a proteção do patrimônio mínimo¹⁸. Após a promulgação da referida emenda constitucional, o Min. Carlos Velloso, no julgamento do Recurso Extraordinário 352.940, assim se manifestou:

Ora, o bem de família – Lei 8.009/90, art. 1º – encontra justificativa, foi dito linha atrás, no constituir o direito à moradia um direito fundamental que deve ser protegido e por isso mesmo encontra garantia na Constituição. Em síntese, o inciso VII do art. 3º da Lei 8.009, de 1990, introduzido pela Lei 8.245, de 1991, não foi recebido pela CF, art. 6º, redação da EC 26/2000.¹⁹

José Roberto. O Contrato de fiança. In: T. F. C. NEVES. **Direito & Justiça Social**. Estudos em homenagem ao professor Sylvio Capanema de Souza. São Paulo: Atlas: 2013, p. 367; AZEVEDO, Álvaro Villaça. Bem de família: penhora em fiança locatícia e direito de moradia. In: R. M. A. NERY e R. DONNINI (Coords). **Responsabilidade civil**: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Vianna. São Paulo: RT, 2009, p. 71 e ss.; AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de Família**. Comentários à Lei 8009/90. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 218). Para AZEVEDO, a penhorabilidade pressupõe que a garantia esteja registrada à margem da matrícula a qual “não se cuida de mera garantia fidejussória, que vincula, mais a pessoa do garantidor. Trata-se de direito real sobre coisa alheia”.

¹⁷ (Cf. FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006).

¹⁸ Confira-se a fundamentação Projeto de Lei nº 987/2011, que revoga os dispositivos que autorizam a penhora do bem de família do fiador em contrato de locação.

¹⁹ (STF RE 352940/SP. Rel. Min. Carlos Velloso. Informativo do STF nº 385. 25 a 29 de abril de 2005). Com igual compreensão, sob a relatoria do Min. Carlos Velloso, no mesmo ano foram julgados diversos recursos extraordinários: RE 449.657 - DJe 09.05.2005; RE 41.556 DJe 30.05.2005; RE 349.370. DJe de 13.05.2005; RE 415.626 - DJe de 09.05.2005; RE 352.940. DJe de 09.05.2005).

A própria previsão constitucional do princípio da igualdade impediria tal discrepância entre os regimes do fiador e do devedor. Mais do que isso: é parte intrínseca da causa do contrato (acessório) de fiança não caber ao fiador obrigar-se a mais do que o devedor principal, nem em condições mais onerosas; cumprindo-lhe, ainda, poder usar todas as defesas que a este competirem.²⁰

Permita-se resgatar a ideia já frisada no julgado de que os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicação da pobreza colocaram a pessoa humana – isto é, os valores existenciais – no vértice do ordenamento jurídico brasileiro. Como aponta o voto do Min. Velloso:

Veja-se a contradição: a Lei 8.245, de 1991, excepcionando o bem de família do fiador, sujeitou o seu imóvel residencial, imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, à penhora. Não há dúvida que a ressalva trazida pela Lei 8.245, de 1991, inciso VII do art. 3º feriu de morte o princípio isonômico, tratando desigualmente situações iguais, esquecendo-se do velho brocardo latino: *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, ou em vernáculo: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Isto quer dizer que, tendo em vista o princípio isonômico, o citado dispositivo inciso VII do art. 3º, acrescentado pela Lei 8.245/91, não foi recebido pela EC 26, de 2000.

No entanto, em julgamento subsequentemente, por maioria, o plenário do STF rejeitou tal entendimento em que pese os importantes votos discordantes dos ministros Eros Grau, Ayres de Brito e Celso de Mello.²¹

No voto vencedor, o Min. Peluso considerou, em síntese, que o direito à moradia previsto na Constituição “comporta *redução teleológica* que, para acomodar [e] assegurar o pagamento forçado de todo o crédito do locador”.²² Trata-se de grave inversão do sistema axiológico do ordenamento, que mitiga as transformações promovidas pela constitucionalização do direito civil, ao negar claramente vigência a direito fundamental.

Alheio à realidade concreta, aponta o Min. Peluso para a (suposta) liberdade de assumir a posição de fiador, assim como o risco de que a decisão pela impenhorabilidade “romperia equilíbrio do mercado, despertando exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, com conseqüente desfalque do campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia”.²³

Em forte oposição, o Min. Eros Grau sustentou que o argumento enunciado no sentido de afirmar que a impenhorabilidade do bem de família

²⁰ (PERLINGIERI, Pietro, **O direito civil na legalidade constitucional**, *cit.*, p. 741).

²¹ STF, Tribunal Pleno, RE 407.688, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 13.10.2006.

²² Grifou-se.

²³ STF, RE 407.688, *cit.*

causaria impacto no mercado das locações imobiliárias “não me parece possa ser esgrimido para o efeito de afastar a incidência de preceitos constitucionais, o do artigo 6º e a isonomia. Não hão de faltar políticas públicas, adequadas à fluência desse mercado, sem comprometimento do direito social e da garantia constitucional”.²⁴

É notável que se considere que o fiador é responsável, enquanto o locatário permanecer no imóvel mesmo sem sua ciência, mas, sob o argumento da segurança jurídica (*rectius*, creditória), admite-se a penhora do bem de família do garante²⁵ sem esclarecer que tipo de segurança poderá haver sem sequer o conhecimento do débito.²⁶

O tema voltou à apreciação do Supremo Tribunal Federal em sede de Repercussão Geral no RE 612.360, em que prevaleceu a tese da penhorabilidade de bem de família de fiador de contrato de locação.²⁷ A mesma posição foi adotada pela Segunda Seção do STJ, reformando acórdão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul.²⁸ Dessa decisão decorreu o enunciado sumular: “É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação”.²⁹

A conclusão que decorre de todos esses casos é a de que penhorabilidade do bem de família do fiador marca contradição que precisa ser afastada.³⁰

²⁴ STF, RE 407.688, *cit.*

²⁵ Salienta o paradoxo da disparidade entre fiador e devedor também: (CAPANEMA, Sylvio. **Da locação do imóvel urbano**: direito e processo. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p. 646).

²⁶ Nada trataram as Cortes Superiores sobre os fiadores que ofereceram a garantia com lastro na jurisprudência dos próprios tribunais que assentavam a impenhorabilidade, o que desprestigia o argumento da segurança jurídica, tão valorizado na argumentação em favor da penhorabilidade do bem de família do fiador. Vale lembrar, a propósito, que nos termos da Súmula 205 do STJ: “A Lei 8.009/90 aplica-se à penhora realizada antes de sua vigência”.

²⁷ (STF, Tribunal Pleno, RE 612.360, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 02.09.2010, vencido o Min. Marco Aurélio).

²⁸ (STJ, 4ª T., REsp 1.363.368, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, DJe de 21.11.2014). O acórdão reformado assim consignou: “A pretensão de expropriação do imóvel residencial do fiador ganha maiores contornos de inadmissibilidade quando, em comparação com o direito posto ao devedor principal, percebe-se que a garantia negada ao garantidor é amplamente assegurada ao afiançado. Ora, evidentemente que o consentimento desta circunstância acabaria por afrontar o princípio constitucional da igualdade, porquanto estar-se-ia ofertando ao credor o bem residencial daquele que prestou obrigação acessória e, por outro lado, deixando incólume de qualquer constrição o imóvel de residência do contratante, que se obrigou diretamente pelo adimplemento da obrigação principal”.

²⁹ (Súmula 549, Segunda Seção, julgado em 14.10.2015, DJe 19.10.2015).

³⁰ Aqui vale citar Zagrebelsky, segundo o qual “*C’è oggi certamente una grande responsabilità dei giudici nella vita del diritto, sconosciuta negli ordinamenti dello Stato di diritto legislativo. Ma i giudici non sono i padroni del diritto nello stesso senso in cui il legislatore lo era nel secolo scorso. Essi sono più propriamente i garanti della complessità strutturale del diritto nello Stato costituzionale, cioè della necessaria, mite coesistenza di legge, diritti e giustizia. Potremmo anzi dire conclusivamente che tra Stato costituzionale e qualunque ‘padrone del diritto’ c’è una radicale incompatibilità. Il diritto non è oggetto in proprietà di uno ma deve essere oggetto delle cure di tanti e, come non ci sono ‘padroni’ così simmetricamente non ci sono ‘servi’ del diritto*” (ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mitte**. Legge, diritto, giustizia. Nuova edizione. Torino: Giulio Editore, 1992. p. 213).

Pela sub-rogação, terceiro paga a dívida e assume a posição de credor, com os mesmos direitos. Nos termos dos arts. 349 e 831, do Código Civil, após o pagamento da dívida, o fiador se sub-roga nos direitos do credor. Contudo, não se autoriza a penhora do bem de família do afiançado,³¹ o que reitera a posição de desvantagem do fiador, de excessiva onerosidade e de desigualdade de direitos,³² desafiando-se a própria natureza do contrato de fiança, no sentido de ser inadmissível permitir que o fiador se obrigue a mais que o afiançado.

Sublinhe-se, mais uma vez, a disparidade entre o tratamento a quem efetivamente utiliza o bem e a quem o garante, cujo risco é imensamente superior:³³ trata-se de situação incompatível com a leitura funcionalizada do direito civil, atentatória contra a igualdade,³⁴ e proporcionalidade e razoabilidade, princípios que, conjuntamente, são indispensáveis no direito contratual contemporâneo.

³¹ O tema foi enfrentado no REsp 1.081.963, que assim restou fundamentado: “1. A teor do artigo 1º da Lei n. 8.009/90, o bem imóvel destinado à moradia da entidade familiar é impenhorável. Excetua-se a obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação, isto é, autoriza-se a constrição de imóvel pertencente a fiador. 2. Sub-roga-se o fiador nos direitos do locador tanto nos privilégios e garantias do contrato primitivo quanto nas limitações (art. 346 e 831, CC; art. 3º, VII, Lei n. 8.009/90). 3. A transferência dos direitos inerentes ao locador em razão da sub-rogação não altera prerrogativa inexistente para o credor originário. O locatário não pode sofrer constrição em imóvel que reside, seja em ação de cobrança de débitos locativos, seja em regressiva” (STJ. REsp 1081963. Rel. Min. JORGE MUSSI. 5ª T. DJe de 03.08.2009).

³² Tal sentido pode ser extraído do Código Civil, art. 832. No TJSP: “paga a dívida pelos fiadores, estes se sub-rogam nos direitos do locador podendo, inclusive, requerer a penhora do imóvel, bem de família” (TJSP. Agravo de Instrumento n. 0451206-42.2010.8.26.0000. 33ª Câmara de Direito Privado. Rel. Luiz Eurico. Registro: 10/12/2010). Com igual sentido: TJSP. 992.06.032387-5. 33ª Câmara de Direito Privado. Rel. Sá Duarte, julg. 12.07.2006. Pontua Rosane Vieira de Castro: “uma vez acionado o devedor principal, na qualidade de afiançado, pelo fiador, no exercício dos direitos acima expostos, o primeiro não poderá invocar a impenhorabilidade de seu bem de família por dever tais prestações, ou obrigação perante o fiador, em razão ou decorrência da realização e efetivação da fiança em seu benefício” (CASTRO, Rosane Vieira de Castro. **Análise econômica do direito e fiança locatícia**. Dissertação de Mestrado. PUC-Minas, 2011, p. 106).

³³ Vale resgatar a comparação proposta por Eros Grau por ocasião do julgamento do acórdão: “se o benefício da impenhorabilidade viesse a ser ressalvado quanto ao fiador em uma relação de locação, poderíamos chegar a uma situação absurda: o locatário que não cumprisse a obrigação de pagar aluguéis, com o fito de poupar para pagar prestações devidas em razão de aquisição de casa própria, gozaria da proteção da impenhorabilidade. Gozaria dela mesmo em caso de execução procedida pelo fiador cujo imóvel resultou penhorado por conta do inadimplemento das suas obrigações, dele, locatário” (STF RE 407.688-8. Tribunal Pleno. Rel. Min. Cezar Peluso. DJ: 13.10.2006). De modo objetivo salientou considerações que conduzem a reflexão: “o que acontece é que não estou me apegando a lógica do mercado no meu voto, mas sim, ao que diz a constituição”. A contradição entre a gratuidade da fiança e a posição do locatário já havia sido destacada antes pelo Min. Carlos Velloso (STF RE 352940/SP. Informativo do STF n. 385. 25 a 29 de abril de 2005).

³⁴ “Outra aplicação da igualdade, assim entendida, aflorou na alteração das circunstâncias: o modificar das conjunções ambientais relevantes para um contrato, exige, em contradição com a autonomia privada, e, daí, em fractura intra-sistemática, o alterar da regulação pactuada, sob pena de desigualdade. Tudo isso assenta numa vivência jurídica possibilitada pela boa fé e com ela justificada” (MENEZES CORDEIRO, António. **Da boa fé no direito civil**. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1277).

Limites à renúncia de direitos fundamentais

Há muito a liberdade formal isoladamente considerada, de matiz estritamente econômica, deixou de ser apta a explicar (e conferir legitimidade constitucional) aos contratos. Entre outros elementos, é preciso acrescentar ao seu fundamento o princípio da solidariedade social (CF, art. 3º, inc. I), conferindo uma perspectiva de altruísmo, reflexo da passagem do indivíduo considerado em si mesmo, para a pessoa inserida na comunidade e integrada em suas relações.³⁵

À luz da axiologia constitucional, parece a autolegitimação da autonomia negocial, fundada em si própria³⁶ ou na simplista noção de liberdade individual, formal, que limita o sentido da liberdade a uma conotação estritamente econômica. Nas palavras de ilustre doutrina, na interpretação do STF pela penhorabilidade do bem de família do fiador, “prevaleceu a exceção legal e o sentido de liberdade que pode afrontar a própria liberdade tutelada constitucionalmente”.³⁷

Nessa perspectiva, cumpre indagar os limites da autonomia no que diz respeito à renúncia de direitos fundamentais, com a qual convivemos em nosso cotidiano, na proteção do consumidor, na intensa pressão dos meios digitais para sufocar a privacidade por meio de bancos de dados e aplicativos invasivos.³⁸

Na direção oposta à tutela da pessoa humana, no caso específico da fiança se verifica que a autonomia (tomada em sentido restrito de liberdade contratual) tem sido empregada como elemento suficiente inclusive para a renúncia de direitos fundamentais. O equívoco de tal leitura é ainda mais evidente nesse caso, em que o contratante é parte vulnerável³⁹ e o direito protegido é o direito de morar.

³⁵ (BODIN DE MORAES, Maria Celina. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, ano 95, v. 854, dez. 2006, p. 35).

³⁶ (PERLINGIERI, Pietro. Il principio di legalità nel diritto civile. **Rassegna di diritto civile**. anno 31, n. 1, 2010, p. 184). Ensina o autor: “*Il controllo di legittimità, cioè di conformità a Costituzione riconduce la legalità alla legittimità (...) L'autonomia individuale concorre a regolare i rapporti tra cives e si colloca nel sistema delle fonti normative, coerentemente con i criteri di gerarchia, competenza e sussidiarietà orizzontale. Sul contenuto negoziale, tuttavia, la verifica di conformità a Costituzione e quindi il rispetto del principio di legalità costituzionale si realizzano con il controllo de meritevolezza (art. 1.322 CC), ispirato a ragionevolezza, proporzionalità e adeguatezza, in coerenza con il principio di differenziazione*” (cit., p. 183-184).

³⁷ (FACHIN, Luiz Edson. **Sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 67). Para o autor, “a admissão de penhora do bem de família do fiador, a criticável decisão do Supremo Tribunal Federal é consoante ao pensamento estruturado por mecânica lógica formal, mas é dissonante dos valores incorporados nos princípios constitucionais e nos direitos fundamentais, além de minguada na fundamentação quanto às alternativas de tutela do legítimo crédito do locador” (p. 36).

³⁸ Cf. RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, *passim*).

³⁹ “Os chamados limites à autonomia, postos à tutela dos contratantes vulneráveis, não são mais externos e excepcionais, mas sim internos, enquanto expressão direta do ato e do seu significado constitucional” (PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**, cit., p. 358).

Por coerência com seu próprio conteúdo mínimo, a autonomia não permite ao indivíduo se escravizar.⁴⁰ Trata-se de retirar dos direitos fundamentais um núcleo mínimo intangível. Os limites e as possibilidades dos institutos (inclusive da fiança) perpassam, portanto, um exame de razoabilidade.⁴¹

Ao proceder a análise no caso do fiador, o STF parece ter agido de modo túbio na proteção dos direitos fundamentais, como denota o julgamento do RE 407.688. Do acórdão, extrai-se a seguinte ponderação: “o direito de moradia de uma classe ampla de pessoas (interessadas na locação), em dano de outra de menor espectro a dos fiadores proprietários de um só imóvel, enquanto bem de família, os quais não são obrigados a prestar fiança”.

A afirmação retoma injustificadamente o primado da vontade, deixando de realizar juízo de *mercimento de tutela* sobre o ato negocial. Trata-se, afinal, de ato de restrição a direitos fundamentais em sede negocial, cuja admissibilidade, além de excepcional,⁴² deve estar justificada, eis que a presunção é de ilegitimidade.

Como assinalou a doutrina mais atenta: “a crítica mais contundente que possivelmente poderá ser direcionada é que tais questões, a despeito de sua relevância (pois inequivocamente está em causa uma restrição de direito fundamental) não chegaram a ser minimamente desenvolvidas na decisão”.⁴³ Em

⁴⁰ A lição, aliás, não é nova. Como apontou Darcy Bessone na década de 1940: “Quando, entretanto, outras ideias se rebelam contra o direito tradicional, quando os próprios fatos, a própria vida, se constituem em ataque contra os velhos quadros jurídicos e se tem como certo que os direitos são relativos, que não há autonomia de vontade, nem liberdade de contratar, onde vigora a desigualdade de forças que a propriedade, se satisfaz necessidades individuais deve cumprir a sua função social e, por isso mesmo, o seu titular deve dela se servir com delicadeza, com respeito pelos direitos dos seus semelhantes, não será estranha a solução que consista em obrigar o locador a atentar para os interesses da propriedade comercial de seu inquilino.” (BESSONE, Darcy. **Do direito do comerciante à renovação do arrendamento**. Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Belo Horizonte. 1940, p. 23).

⁴¹ Aduz Judith Martins-Costa: “Os princípios, sendo anunciados (e de forma altissonante) já no pórtico do Direito Contratual, estão a indicar que o seu valor é integrativo da disciplina contratual e vinculante ao intérprete. Os princípios compõem, cada um deles, na dimensão do peso e da ponderação que lhes é própria, a estrutura dos institutos e das regras contratuais. Daí também o seu valor operativo e prospectivo, valor de normas produtoras de norma”. Trata-se na dicção da autora de uma “*autonomia solidária*” (Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**, ano 1, v. 1. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, maio de 2005. p. 42).

⁴² Alude-se mesmo à “irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador”. (GEDIEL, Antonio José Peres. A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador. In: I. W. Sarlet (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 166).

⁴³ (SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas sobre a eficácia e efetividade do direito à moradia como direito de defesa. **Revista OAB/RJ**, v. 24, n. 1, jul.-dez./2008, p. 167-169): “Tanto o Ministro Joaquim Barbosa quanto o Ministro Gilmar Mendes, ambos secundados pelo Ministro Sepúlveda Pertence (este alegando que se poderia estar até mesmo chancelando a incapacidade civil do fiador!) enfatizaram, em síntese, que a regra legal que excepciona a impenhorabilidade não constitui violação do direito à moradia pelo fato de que o fiador voluntariamente, portanto, no pleno exercício da sua autonomia de vontade. Por mais que se deva admitir que a própria liberdade contratual expressa uma manifestação da mesma

comentário ao acórdão supramencionado do STF (RE 407.688), que modificou a jurisprudência e passou a admitir a penhora do bem de família do fiador, registrou-se ainda: “em se cuidando do único imóvel do fiador e servindo este de residência para ele e/ou sua família, não se pode simplesmente admitir o sacrifício do direito fundamental”.⁴⁴ O desafio no âmbito contratual está na adequada ponderação, a qual passa inclusive pela discussão acerca da disponibilidade de determinados direitos.⁴⁵

Conhecidos os limites da liberdade real, não é à toa que o direito do consumidor e o direito do trabalho consagram a irrenunciabilidade de diversas garantias e a impossibilidade de determinadas práticas, não prevalecendo o consenso do vulnerável em sentido contrário.⁴⁶

Em linha com tais situações está o rechaço à penhora de imóvel voluntariamente hipotecado quando constituir bem de família (salvo se a dívida decorrer de operação que reverteu em favor da entidade familiar). Nessa direção, no REsp 264.431, registrou-se que “o benefício conferido pela Lei n. 8.009/90 ao instituto do bem de família constitui princípio de ordem pública, prevalente mesmo sobre a vontade manifestada, *não admitindo sua renúncia*”.⁴⁷

Contudo, no caso da penhora do bem do fiador, o STF estabeleceu ponderação por meio da qual a liberdade negocial foi analisada no sentido

dignidade da pessoa humana que serve de fundamento ao conteúdo existencial da propriedade, quando, por exemplo, serve de moradia ao seu titular, não se pode olvidar que a ordem jurídica impõe limites significativos à autonomia privada, especialmente quando se cuida de hipóteses de renúncia a direitos fundamentais.

⁴⁴ Prossegue o autor: “(...) e no caso, possivelmente até mesmo uma violação a dignidade da pessoa humana) por conta de uma alegação genérica e ainda por cima desacompanhada até mesmo de dados comprobatórios, de uma tutela do direito à moradia de um maior número de pessoas” (SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas sobre a eficácia e efetividade do direito à moradia como direito de defesa. **Revista OAB/RJ**, v. 24, n. 1, jul.-dez./2008, p. 169).

⁴⁵ Nas palavras do Min. Carlos Britto: “por ocasião do julgamento a Constituição usa o substantivo “moradia” em três oportunidades: a primeira, no artigo 6º, para dizer que a moradia é direito social; a segunda, no inciso IV do artigo 7º, para dizer, em alto e bom som, que a moradia se inclui entre as “necessidades vitais básicas” do trabalhador e da sua família; e, na terceira vez, a Constituição usa o termo “moradia” como política pública, inserindo-a no rol de competências materiais concomitantes do Estado, da União, do Distrito Federal e dos Municípios (artigo 23, IX). A partir dessas qualificações constitucionais, sobretudo aquela que faz da moradia uma necessidade essencial, vital básica do trabalhador e de sua família, entendo que esse direito à moradia se torna indisponível, é não-potestativo, não pode sofrer penhora por efeito de um contrato de fiação. Ele não pode, mediante um contrato de fiação, decair”.

⁴⁶ Para um exemplo singelíssimo, não há como renunciar à cláusula que impede a venda casada.

⁴⁷ (STJ. AgRg no AREsp 264.431. Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª T, DJe de 11.03.2013 – Grifou-se). No mesmo sentido: REsp 875.687, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª T, DJe de 22.08.2011. Em perspectiva diversa, mas alinhada à proteção da pessoa, decidiu-se: “Não se admite a renúncia à proteção conferida ao bem de família quando caracterizado que a garantia prestada à pessoa jurídica em operação bancária não promoveu benefício em prol da pessoa física garantidora (STJ, AgRg no Ag em 98.992. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. 4ª T. DJe 06.03.2014).

mais quantitativo do que qualitativo e, por essa via, sob a ótica formal e não substancial.⁴⁸

O distanciamento dos valores constitucionais foi confesso, como se apura no voto: “No campo das relações privadas, a incidência das normas de direitos fundamentais há de ser aferida caso a caso, com parcimônia, a fim de que não se comprima em demasia a esfera de autonomia privada do indivíduo”.⁴⁹ É preciso diferenciar parcimônia e prudência, bem como distinguir a ponderação de valores de seu simples afastamento.⁵⁰

Como aponta Perlingieri, no processo de interpretação é preciso observar os casos em que há “elementos não homogêneos, não comparáveis, que envolvem interesses não quantificáveis, por exemplo, não patrimoniais, o resultado é uma ponderação entre eles que não se pode traduzir no plano da quantidade, mas exige necessariamente uma valoração qualitativa”.⁵¹ Nessas hipóteses é que entram em jogo os princípios da razoabilidade e da adequação.

⁴⁸ Em excerto bastante ilustrativo, assim afirmou o Min. Joaquim Barbosa: “A decisão de prestar fiança, como já disse, é expressão da liberdade, do direito à livre contratação. Ao fazer uso dessa franquia constitucional, o cidadão, por livre e espontânea vontade, põe em risco a incolumidade de um direito fundamental social que lhe é assegurado na Constituição. E o faz, repito, por vontade própria” (STF. RE 407688-8/SP. Tribunal Pleno. Rel. Min. Cezar Peluso. DJ: 13.10.2006).

⁴⁹ Em texto sobre o julgado, registrou SARLET: “o Tribunal não considerou, especialmente por falta de análise do caso concreto e do impacto efetivo da penhora sobre o devedor e sua família (por exemplo, a existência de alternativas efetivas de acesso a uma moradia digna), a dimensão defensiva do direito à moradia como direito individual e, a depender das circunstâncias, sua evidente vinculação com a garantia do mínimo existencial. Não se pode olvidar que a dignidade concreta do fiador e de sua família pode estar em causa e que no mínimo tal aspecto deveria ser suficientemente aferido, pena de se correr o risco de um *déficit* de proteção. Também as diversas questões relacionadas com o problema da renúncia aos direitos fundamentais e os seus limites (notadamente no que diz com a prevalência da autonomia privada), embora referidos com propriedade, não foram suficientemente discutidos, ainda mais quando a livre (?) opção do fiador em dar em garantia o seu imóvel pode resultar em privação da moradia para terceiros, inclusive menores, sem que se esteja a considerar aqui outras variáveis da questão a desafiar reflexão mais aprofundada” (SARLET, Ingo W. Neoliberalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. *Civilistica.com*, a. 1. n. 1. 2012).

⁵⁰ Assim, compartilha-se a crítica de Ingo Wolfgang Sarlet sobre o julgado: “é justamente no exame dos critérios da proporcionalidade que reside uma das lacunas da decisão ora comentada. Se aos órgãos estatais incumbe um permanente dever de proteção de todos os bens fundamentais e a restrição de algum direito encontra fundamento na tutela de outro, impõe-se, de qualquer modo, sempre a observância dos critérios da proporcionalidade na sua dupla acepção, pois tanto está vedado ao Estado intervir excessivamente na esfera de proteção de bens fundamentais quando atuar de modo manifestamente insuficiente (ou o que é pior, sequer atuar) na tutela do mesmo ou de outros bens fundamentais” (SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas sobre a eficácia e efetividade do direito à moradia como direito de defesa. *Revista OAB/RJ*, v. 24, n. 1, jul.-dez./2008, p. 146).

⁵¹ (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 406).

Dessa maneira, no plano contratual, pode-se extrair do princípio da proporcionalidade, entre outros significados, o de “contribuir para recuperar coerência e eficiência ao sistema jurídico e correta competitividade concorrencial ao mercado, no justo equilíbrio entre liberdade e solidariedade, liberdade e merecimento de tutela do conteúdo”,⁵² não se revelando digna de tutela uma garantia que em valor desproporcional em relação ao débito, ou, como no caso em tela, que exige um sacrifício mais oneroso, eventualmente excessivo. A penhora do bem de família do fiador põe em rota de colisão a proteção ao crédito e à moradia. Ora, o reconhecimento ao impedimento da perda de bens está consagrado na própria lei do bem de família, assim como na impossibilidade de doarem-se todos os bens (Código Civil, art. 548), sem a proteção dos bens essenciais à existência.⁵³

Apesar das fragilidades indicadas em relação à penhora do bem de família do fiador, já se identificam, lamentavelmente, precedentes que permitem a penhora do bem de família para além do fiador na relação locatícia, em completo descompasso com a legalidade constitucional.⁵⁴ Com efeito, nada nos mencionados votos do STF faz supor tratar-se de um caso excepcional.

A renúncia sistemática ao benefício de ordem pelo fiador: o primeiro a pagar e o último a saber

É usual dizer-se que o fiador responderá quando se verificar o inadimplemento do devedor principal, com o benefício de poder *exigir* a excussão dos bens daquele antes dos seus.⁵⁵ Tal afirmativa, todavia, oculta circunstâncias que merecem destaque.

Em primeiro, ressalta-se a contumaz e inelutável renúncia ao benefício de ordem, mediante cláusula específica, estipulando-se que o fiador é principal pagador, ou ainda, em face de disposição contratual acerca da solidariedade entre fiador e afiançado.⁵⁶ Em segundo, o benefício de ordem apresenta exigências

⁵² (PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**, *cit.*, p. 407. Como registra o autor: “O princípio da proporcionalidade, assumindo um alcance geral no sistema, é destinado a exercer um papel ainda mais relevante seja na interpretação contratual” (*cit.*, p. 409).

⁵³ (Cf. FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006).

⁵⁴ Em caso de arrendamento mercantil, considerou-se que “o oferecimento do imóvel em garantia não constitui propriamente uma renúncia ao benefício da impenhorabilidade consagrado na Lei 8009/90, mas sim uma liberalidade indispensável à realização do negocial” (TJSP, 17ª Câmara de Direito Privado, Apelação n. 0008330-29.2013.8.26.0002, Rel. Des. Irineu Fava, registro em 22.05.2015). “Quem espontaneamente oferece bem de família para garantia de débito abdicar da proteção legal conferida pela cláusula de impenhorabilidade” (TJSP, 30ª Câmara de Direito Privado. Apelação n. 0212871-89.2011.8.26.0100, Rel. Des.: Andrade Neto, registro em 05.02.2015).

⁵⁵ CC, art. 818 c/c art. 827.

⁵⁶ “De regra é excluído no contrato pela cláusula de que o fiador se obriga como *principal pagador*” (GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 540); “O benefício de ordem não aproveita ao fiador que se obriga como devedor solidário” (STJ, 6ª T. AgRg no REsp 795.731, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJe de 17.11.2008).

severas que mitigam sua efetiva utilidade. Cumpre ao fiador apontar bens suficientes do devedor situados no mesmo município, a tornar pouco eficaz seu exercício.⁵⁷ Verifica-se, portanto, que, na prática, o fiador assume obrigações de devedor principal, sem a respectiva proteção que se dedica ao devedor primitivo.

Em seu sentido originário, a responsabilidade do fiador pressupõe sua ciência e intimação para purgar a mora. Dessa sorte, fixa o Código Civil, em seu art. 822: “Não sendo limitada, a fiança compreenderá todos os acessórios da dívida principal, inclusive as despesas judiciais, desde a citação do fiador”. Cabe examinar, porém, os efeitos da falta de citação do fiador.⁵⁸

Singela leitura *a contrario sensu* da disposição normativa permite concluir que o fiador não responderá por juros ou multa anteriores à sua citação. Trata-se de consequência da função da fiança, do seu fundamento e da relação com a figura do devedor subsidiário, como denota o benefício de ordem. Em sentido diverso, todavia, o STJ entendeu que “se o contrato especifica o valor do aluguel e a data de pagamento, os juros de mora fluem a partir do vencimento das prestações, a teor do artigo 397 do Código Civil”.⁵⁹ Assim, considerou-se que os juros fluem contra o fiador segundo a sistemática da *mora ex re*. Com tal raciocínio, o fiador, que por conta do benefício de ordem é o primeiro a pagar, acaba por ser também o último a saber – porque mesmo não comunicado da falta de pagamento, ou da demanda, sofrerá os efeitos do atraso no pagamento.

Na *mora ex re*, a ciência do devedor decorre da passagem do tempo, eis que saberá se efetuou o pagamento ou não. No caso do fiador, contudo, na ausência de comunicação pelo credor, não há como saber acerca da impontualidade no cumprimento da prestação. Nada obstante, é tratado tal como se tivesse o dever de pagar em primeiro, o que é incompatível com a finalidade da garantia e a função do contrato.

A interpretação pela qual o fiador não precisa ser comunicado do atraso, nem citado, dele subtrai a condição de devedor subsidiário e, ao mesmo tempo, suprime-lhe prerrogativas do devedor principal – assim, nem saberá do atraso, nem será constituído em mora e, principalmente, não terá assegurada a impenhorabilidade do bem de família. Essa desproteção do fiador distancia-se da natureza do contrato gratuito, e da relação não exclusivamente patrimonial estabelecida e ignora a circunstância de que por sua natureza, a posição contratual do fiador não se confunde com a figura do devedor solidário.⁶⁰

⁵⁷ CC, art. 827, parágrafo único.

⁵⁸ CPC 2015, art. 513, § 5º define que “O cumprimento da sentença não poderá ser promovido em face do fiador, do coobrigado ou do corresponsável que não tiver participado da fase de conhecimento”.

⁵⁹ O acórdão restou assim ementado: “Fiança. Recurso Especial. Contrato de locação que especifica o valor do aluguel e a data de vencimento das prestações. Mora *ex re*. Termo inicial dos juros de mora, no que tange ao fiador. Mesmo do locatário” (STJ. 4ª T. REsp 1.264.820. Rel. Ministro Luís Felipe Salomão. DJe 30.11.2012).

⁶⁰ Assim: “Ação de execução de título extrajudicial movida contra os fiadores de contrato de locação de imóvel não residencial urbano após o encerramento de ação de despejo proposta contra

Os efeitos práticos de tais distinções não cessam em tais aspectos. Mesmo quando a solidariedade for pactuada (Código Civil, art. 828, II), prevalece o caráter subsidiário,⁶¹ em sintonia com a acessoriedade da relação fiduciária, ou seja, o fiador deverá pagar no caso da falta de adimplemento pelo devedor principal a exigir sua citação na demanda de cobrança.

Além disso, é preciso enfrentar o tema da prescrição. Regra basilar da prescrição é a interrupção pelo exercício da pretensão. Da análise das hipóteses legais (Código Civil, art. 202), nota-se que estão todas logicamente associadas à ciência pelo devedor (protesto, citação, reconhecimento espontâneo), não encontrando justificativa a falta de lógica de o fiador não ter que ser comunicado de nada, mas vir a tornar-se responsável por tudo.

É certo que a previsão do Código Civil, art. 204, § 3º, dispensa a citação do fiador para interrupção da prescrição. A redação repete o teor do Código Civil de 1916, art. 176, § 3º,⁶² o que permite repetir a crítica da jurisprudência ao texto legal.⁶³ Assim, os tribunais já atentaram para a necessidade de comunicar ao fiador sobre o atraso, sob pena de não se caracterizar a interrupção da prescrição.⁶⁴ A

a locatária sem a citação do casal fiador. Não caracterização de nenhuma causa interruptiva da prescrição” (STJ. REsp 1.359.510. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. 3ª T. DJe 28.06.2013). Assim também: (STJ. AgRg no REsp 1.211.351. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. 4ª T. DJe de 14.08.2012). Nas palavras de Paulo LÔBO: “A fiança distingue-se da solidariedade passiva, não se lhe aplicando as regras desta, em princípio, porque os direitos do credor contra o fiador são distintos dos direitos do credor contra o devedor, além de não serem simultâneos. A simultaneidade dos deveres e obrigações caracteriza a solidariedade passiva. Na fiança, a obrigação do fiador sucede o inadimplemento da obrigação do devedor. Ademais, são dívidas distintas: o devedor deve a dívida principal; o fiador promete o adimplemento por parte do devedor. Uma é a dívida principal, outra é a dívida acessória” (LÔBO, Paulo. **Direito Civil: contratos**. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 437).

⁶¹ Como leciona Caio Mário da Silva Pereira: “O fiador garante o adimplemento do afiançado, e firma o compromisso de solver, se o não fizer o devedor” (**Instituições de direito civil**. 12ª ed. vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 498). “Embora solidário e renunciado ao benefício de ordem, a que se refere o art. 827 do CCB, o devedor principal será o locatário, legitimando-se a cobrança em face do fiador, somente após o principal devedor em mora não cumprir sua obrigação. Embora solidária, a solidariedade aqui se reveste de espécie subsidiária” (AGHIARIAN, Hércules. **Curso de direito imobiliário**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 338.).

⁶² O Código Civil de 1916, art. 176, § 3º previa: “A interrupção produzida contra o principal devedor prejudica o fiador”.

⁶³ STJ. 5ª T. REsp 259.132. Rel. Min. Gilson Dipp. DJ de 04.06.2001; STJ. 6ª T. REsp 869.357, Rel. Min. Og Fernandes. DJe de 28.09.2009: “Em sede de fiança locatícia, a regra de que a interrupção produzida contra o principal devedor prejudica o fiador, inscrita no art. 176, § 3º, do CC/16, reclama interpretação mitigada, pois o caráter benéfico e desinteressado da fiança não admite interpretação extensiva ao instituto. Precedentes”.

⁶⁴ “Se é vetado executar fiador com base no título judicial oriundo da ação de despejo, da qual não participou, não se pode admitir que os efeitos desta ação de despejo, no caso, interrupção da prescrição, possam atingir o direito de suscitá-la” (STJ. 4ª T. AgRg no REsp 1.211.351/SP. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. DJe de 14.08.2012). Nos fundamentos, assinalou-se: “A jurisprudência desta Corte tem entendido que se tratando de fiança locatícia, a regra de que a interrupção produzida contra o principal devedor prejudica o fiador reclama interpretação mitigada, pois o caráter benéfico e desinteressado da fiança não admite interpretação extensiva

tal perspectiva, cumpre acrescentar igualmente a necessidade de comunicação de atraso para fazer incidir juros moratórios e cláusula penal.

Na famosa lição de Clóvis do Couto e Silva, “o adimplemento atrai e polariza a obrigação. É o seu fim”.⁶⁵ Não se mostra consentâneo com tal perspectiva que se possa ocultar do fiador o atraso do pagamento, impedindo-o de adimplir e evitar custas judiciais, juros moratórios.

Como pode ser possível a incidência de cláusula penal, destinada a punir o devedor, em face do fiador que não foi comunicado do atraso, nem chamado a pagar? À luz do prisma funcional cumpre ao credor tomar medidas que impeçam o aumento desmedido do débito,⁶⁶ tornar necessário repensar a cobrança de juros moratórios em multa ao fiador que sequer sabe do atraso. Haja vista a posição-função de garante, a cobrança de multa do fiador, sem a correspondente comunicação sobre o débito significa puni-lo por um descumprimento que não lhe é imputável e que o expõe até mesmo à perda do bem de família.

A leitura proposta não consiste em ignorar o brocardo *dies interpellat pro homine*. Diversamente, trata-se de compatibilizá-lo aos deveres de lealdade e informação emanados do princípio da boa-fé, os quais tornam indispensáveis, e mesmo uma exigência lógica e prática, a comunicação da falta de pagamento do aluguel.⁶⁷

Em relatório da Comissão de Consumidor acerca do Projeto de lei 693/1999 indicou-se a importância da fiança, mas com a imposição do dever de comunicação.⁶⁸

ao instituto”. Em sentido contrário, localizou-se um precedente envolvendo fiador o qual considerou, com fulcro em interpretação literal, o entendimento de que “a interrupção da prescrição com relação a um codevedor atinge a todos, devedor principal e fiador (art. 176, § 1º, do CC/1916; art. 204, § 1º, do CC/2002) (STJ. AgRg no REsp 466498/DF. Rel. Min. Vasco Della Giustina. 3ª T. DJe de 24.11.2009).

⁶⁵ SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 5.

⁶⁶ Analogamente, traçando as características da fiança, RIZZARDO aponta para o dever de o credor tomar providências para assegurar o recebimento, a teor do art. 834. Esclarece que “A razão que justifica a iniciativa do fiador está em não se prolongar a responsabilidade assumida pelo encargo da fiança. Se a dívida está vencida e não promove o credor a cobrança, pensa-se que assiste ao fiador reclamar, através de notificação, para que aquele providencie na medida da exigibilidade. Concederá um prazo, no qual deve intentar a competente ação. Verificada a omissão, reconhece-se o direito à ação de exoneração” (RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 1000).

⁶⁷ “Reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça tem exigido a ciência do fiador para todos os atos dos quais possam lhe advir gravames. Não se pode executar o fiador com base no título judicial oriundo da ação de despejo, da qual não participou” (STJ. REsp 869.357. Rel. Min. Og Fernandes. 6ª T. DJe 28.09.2009). Há projeto de lei a respeito (PL 693/1999), o qual prevê a obrigação de o locador notificar o fiador, “sempre que o locatário deixar de pagar três aluguéis, ou acessórios da locação, consecutivos, sob pena de extinção da garantia”. A medida se harmoniza com a proteção do interesse do credor que deve receber o quanto antes e não promover a majoração dos juros.

⁶⁸ BRASIL. **Câmara dos Deputados Federal**. Relatório sobre o Projeto de Lei n. 693/99. Brasília: 2001. “Os Projetos de Lei n.º 2.074, de 1999, e n.º 4.459, de 2001, tratam de criar a obrigação de o locador notificar o fiador sempre que o locatário tornar-se inadimplente. A

Cabe observar ainda que a Lei de Locações foi alterada pela Lei nº 11.196/2005, para acrescentar, no art. 37, o inciso IV, e incluir como modalidade de garantia a cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento. Ao estabelecer o regime jurídico da cessão fiduciária, definiu-se expressamente que “Na hipótese de mora, o credor fiduciário notificará extrajudicialmente o locatário e o cedente, se pessoa distinta, comunicando o prazo de 10 (dez) dias para pagamento integral da dívida” (Lei n. 11.196/2005, art. 88, § 6º). Desse modo, todos os envolvidos na relação devem ter acesso às informações, inclusive o garantidor não locador (Lei n. 11.196/2005, art. 88, § 2º).

Em síntese, a ciência do fiador para cobranças de juros e multa constitui premissa consentânea com a lealdade, com o dever de mitigar o dano,⁶⁹ bem como se configura em decorrência lógica dos deveres decorrentes da boa-fé⁷⁰ e de interpretação material do art. 822 do CC.⁷¹ De outro lado, parece razoável a leitura segundo a qual a falta de comunicação imediata ao fiador sobre a mora do afiançado deve importar sua exoneração em linha com a leitura constitucionalizada e funcionalizada das relações contratuais.

nosso ver, tal obrigação não altera a relação jurídica entre o locador e o fiador. Entretanto, devemos reconhecer que, muitas vezes, o fiador é pego de surpresa, ou seja, é avisado tardiamente do estado de inadimplência do afiançado, quando os valores já são consideráveis, fato que, sem dúvida, dificulta ao fiador cumprir sua obrigação em virtude de o valor da dívida já ter aumentado. A nosso ver, quanto antes o fiador for avisado da inadimplência do afiançado, mais fácil será a solução da inadimplência. Assim, entendemos que a obrigação proposta nos projetos de lei supracitados vem em favor da instituição da fiança, do fiador, do afiançado e do locador, trazendo maior nível de transparência e de segurança às relações de inquilinato”.

⁶⁹ É interessante observar que no Recurso Especial 1.426.857, considerou-se como um dos fundamentos para autorizar a exoneração do fiador a circunstância de se verificar a prorrogação da locação sem sua ciência: “a fiança prestada em contrato de locação, com cláusula de vigência “até a entrega das chaves”, não implica em renúncia à faculdade de exonerar-se o fiador da garantia, concedida pelo art. 1.500 do CC/16 e atual art. 835 do CC/02. Isso porque à expressão “entrega das chaves” não é possível atribuir a extensão pretendida de prorrogação da fiança com responsabilidade ilimitada, pois, no caso, além do prazo determinado, a prorrogação ocorreu sem o conhecimento e anuência do fiador, sendo possível, portanto, sua exoneração, na forma prevista em lei” (STJ. REsp 1.426.857/RJ. Rel. Min. Regina Helena Costa. 5ª T. DJe de 19.05.2014. Grifou-se).

⁷⁰ Francesco Galgano cita expressamente que “*Il dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto ha trovato estesa applicazione in materia di fideiussioni: qui la giurisprudenza ha imposto alla banca di osservare nei confronti del fideiussore le regole della correttezza e della buona fede, pena l'inefficacia del vincolo*”, justamente para limitar o alargamento do crédito garantido com operações sucessivas (GALGANO, Francesco. **II contratto**. Corso di diritto civile. Padova: CEDAM, 2007, p. 581).

⁷¹ “Entre as despesas acessórias, prevê a lei (Código Civil, art. 822) os encargos judiciais na ação movida pelo credor, para haver do devedor do pagamento, porém condicionadas à citação do fiador, o qual, no caso contrário, tem a seu favor a defesa, segundo a qual não pode ser onerado com um acréscimo desnecessário, pois se fosse convocado à lide não deixaria marchar o processo, pagando independentemente deste” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 12ª ed. vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 498).

Responsabilidade até a entrega das chaves: imposição de deveres por conduta sem nexo de atribuição

Na forma do art. 366 do Código Civil, “importa exoneração do fiador a novação feita sem seu consentimento com o devedor principal”. De acordo com a dicção legal, a responsabilidade do fiador cinge-se à dívida estabelecida, podendo ainda limitar-se à parcela da dívida ou mesmo ao principal (Código Civil, art. 823).

Em reforço, o art. 819 dispõe sobre interpretação restritiva da fiança. Na mesma direção, o STJ consagrou, por meio da Súmula 214, o entendimento de que “o fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu”. Tais enunciados exigem interpretação atenta ao teor do art. 39 da Lei de Locações (Lei n. 8.245/1991), que trata da extensão da garantia, mesmo sem comunicação ao fiador.

Há poucos anos, modificando sua jurisprudência,⁷² o STJ consolidou verdadeira linha divisória entre as hipóteses de prorrogação e aditamento do contrato, impondo ao fiador a responsabilidade das obrigações relativas à prorrogação nas hipóteses de previsão de renovação automática,⁷³ afastando a incidência da Súmula 214 e restringindo o art. 366 do Código Civil.⁷⁴

⁷² Em 2005, assentou-se: “na linha de precedentes desta Corte a obrigação decorrente de fiança locativa deve se restringir ao prazo originariamente contratado ainda que no contrato locatício conste cláusula atribuindo a responsabilidade do fiador até a entrega efetiva das chaves, sendo necessária expressa anuência do fiador para que persista garantia fiduciária” (STJ. REsp 697470/SP. Rel. Min. Fischer. 5ª T. DJe de 26.09.2005).

⁷³ Em matéria de fiança bancária, assim consignou: “Havendo expressa e clara previsão contratual da manutenção da fiança prestada em contrato de mútuo bancário em caso de prorrogação do contrato principal, o pacto acessório também é prorrogado automaticamente (...). não se admite, na fiança, interpretação extensiva de suas cláusulas, a fim de assegurar que o fiador esteja ciente de todos os termos do contrato de fiança firmado, inclusive do sistema de prorrogação automática da garantia. Esclareça-se, por oportuno, que não admitir interpretação extensiva significa tão somente que o fiador responde, precisamente, por aquilo que declarou no instrumento da fiança. Nesse contexto, não há ilegalidade na previsão contratual expressa de que a fiança prorroga-se automaticamente com a prorrogação do contrato principal” (STJ. REsp 1374836/MG. Rel. Min. Luís Felipe Salomão. 4ª T. DJe de 28.02.2014).

⁷⁴ “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, na hipótese de prorrogação contratual de locação de imóvel, com o comprometimento dos fiadores até a devolução do imóvel, é inaplicável o enunciado da Súmula 214/STJ” (STJ. AgRg no REsp 604962/SP. Rel. Min. Nefi Cordeiro. 6ª T. DJe de 20.06.2014). “Na linha da recente jurisprudência da Terceira Seção, não sendo hipótese de aditamento, mas de prorrogação contratual, a que os fiadores comprometeram-se até a entrega das chaves, tem-se como inaplicável o enunciado de nº 214 de nossa Súmula” (STJ. AgRg no REsp 795731/RS. Rel. Min. Paulo Gallotti. 6ª T. DJe de 17.11.2008). Em comparação, na fiança bancária: “a orientação desta Corte sobre a matéria é no sentido de que a cláusula que prevê a prorrogação automática do contrato de mútuo é ineficaz em relação ao fiador quando não houver a sua anuência expressa” (STJ. AgRg no REsp 214.435. Rel. Min. Sidnei Beneti. 3ª T. DJe de 31.10.2012). Assim também: (STJ AgRg no REsp 849.201/RS, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. 4ª T. DJe 05.10.2011). Em sentido contrário: STJ. REsp 1374836. Rel. Min. Luís Felipe Salomão. 4ª T. DJe de 28.02.2014).

É ilustrativo dessa alteração o acórdão proferido no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 566.633, ocasião em que se considerou que continuam os fiadores responsáveis pelos débitos locatícios posteriores à prorrogação, se havia previsão contratual nesse sentido. O próprio acórdão, contraditoriamente, consignou:

Imprescindível frisar que esta Corte Superior possui inúmeros precedentes, no sentido de que o contrato de fiança deve ser interpretado restritivamente, pelo que é inadmissível a responsabilização do fiador por obrigações locativas resultantes de aditamentos do contrato de locação sem a anuência daquele, sendo irrelevante a existência de cláusula estendendo a obrigação fidejussória até a entrega das chaves.⁷⁵

Mais adiante, afirma o Relator de forma contundente e com incompreensível facilidade: “Entretanto, ao melhor apreciar a matéria e legislação correlata, convenci-me de forma contrária”.

Dessa maneira, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem estendido a responsabilidade do fiador até a entrega das chaves, colocando-o à mercê do credor, o qual, ao receber do fiador, ganhará mais com sua inércia. Isso porque, consoante já exposto, com a mora do devedor e o desconhecimento do fiador, o credor poderá exigir multa e mesmo juros de mora sem comunicar ao fiador acerca do atraso. Enquanto isso, o devedor principal usufrui do imóvel (ou do empréstimo) sem qualquer risco de perder eventual imóvel que constitua bem de família (ao contrário do fiador).

Assim, até 2009, prevaleceu a posição segundo a qual a disposição que determinava responsabilidade do fiador até a entrega das chaves era admitida, desde que constasse cláusula expressa em contrato, a qual usualmente era considerada válida.⁷⁶ Com a emergência da Lei 12.112/2009, que alterou o art. 39 da Lei de Locações, a situação do fiador tornou-se ainda mais gravosa,⁷⁷ dispensando-se a

⁷⁵ STJ. ED em Embargos de divergência no REsp 566633. 3ª Seção. Rel. para acórdão: Min. Paulo Medina. DJe de 12.03.2008.

⁷⁶ “Havendo cláusula expressa no contrato de aluguel prevendo que a responsabilidade dos fiadores perdurará até a efetiva entrega das chaves do imóvel objeto da locação, não há de se falar em desobrigação destes, ainda que o contrato tenha se prorrogado por prazo indeterminado” (STJ. AgRg no REsp 1218734/DF, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª T. DJe 04.02.2013). “Continuam os fiadores responsáveis pelos débitos locatícios posteriores à prorrogação legal do contrato se anuíram expressamente a essa possibilidade e não se exoneraram nas formas dos artigos 1.500 do CC/16 ou 835 do CC/02, a depender da época que firmaram a avença” (STJ. EREsp n. 566.633-CE, 3ª Seção, Min. Paulo Medina, DJe de 12.03.2008).

⁷⁷ Na redação vigente da Lei de Locações, art. 39. “Salvo disposição contratual em contrário, qualquer das garantias da locação se estende até a efetiva devolução do imóvel, ainda que prorrogada a locação por prazo indeterminado, por força dessa Lei”.

previsão contratual,⁷⁸ em dissonância com a interpretação restritiva que marca a fiança:⁷⁹

Jurisprudência assentada nesta Corte construiu o pensamento de que, devendo ser o contrato de fiança interpretado restritivamente, não se pode admitir a responsabilização do fiador por encargos locatícios decorrentes de contrato de locação prorrogado sem a sua anuência, ainda que exista cláusula estendendo sua obrigação até a entrega das chaves.⁸⁰

Em complemento, na fiança por prazo ilimitado ou decorrido o período determinado na locação⁸¹ é possível ao fiador pedir a exoneração⁸² mediante

⁷⁸ “1. Com o julgamento dos REsp 566.633, ficou pacificado no âmbito do STJ a admissão da prorrogação da fiança nos contratos locatícios prorrogados por prazo indeterminado, contanto que expressamente prevista no contrato (*v.g.*, a previsão de que a fiança subsistirá “até a entrega das chaves”). 2. Todavia, a jurisprudência consolidada apreciou demandas à luz da redação primitiva do artigo 39 da Lei do Inquilinato (Lei 8.245/91). Com a nova redação conferida ao dispositivo pela Lei 12.112/09, para contratos de fiança firmados a partir de sua vigência, salvo disposição contratual em contrário, a garantia, em caso de prorrogação legal do contrato de locação por prazo indeterminado, também prorroga-se automaticamente (*ope legis*), resguardando-se, durante essa prorrogação, evidentemente, a faculdade do fiador de exonerar-se da obrigação mediante notificação resilitória” (STJ. REsp 1326557. Rel. Min. Luís Felipe Salomão. 4ª T. DJe 03.12.2012).

⁷⁹ “A incorporação dos valores personalistas à aplicação do direito civil impede a sua aplicação tecnicista e conservadora em decorrência do movimento de despatriomonalização do direito civil. Este movimento, por ser guiado (*rectius*, imposto) pelas normas constitucionais, deve prevalecer sobre a aplicação lógico-mecânica dos institutos clássicos (“romanistas”) do direito civil, sob pena de preponderar uma alegada racionalidade técnica e científica (embora mascaradamente política) sobre o princípio da democracia constituinte” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. A utilidade dos princípios na aplicação do direito. **Civilistica.com**, a. 2. n. 1. 2013).

⁸⁰ STJ. REsp 432093/MG. Rel. Min. Vicente Leal. 6ª T. DJe de 16.09.2002. A posição manteve-se até 2006, “A jurisprudência majoritária desta Corte se firmou no sentido de que o contrato de fiança deve ser interpretado de forma restritiva e benéfica, razão pela qual o fiador somente responderá por encargos decorrentes do pacto locatício até o momento da sua extinção, sendo irrelevante a existência de cláusula estendendo a obrigação fidejussória até a entrega das chaves. Precedentes”. Em harmonia: STJ. EDcl no AgRg no REsp 780742/RS. Rel. Min. Laurita Vaz. 5ª T. DJe de 30.10.2006. Com igual compreensão: STJ. AgRg no REsp 269827/DF. Rel. Min. Hamilton Carvalhido. 6ª T. DJ: 04.02.2002; STJ. REsp 314197/DF. Rel. Ministro Gilson Dipp. 5ª T. DJ: 27/08/2001; STJ. REsp 306163/MG. Rel. Min. Felix Fischer. 5ª T. DJe de 07.05.2001).

⁸¹ Uma exceção é trazida no art. 12, da Lei de Locações, a qual assim dispõe: “Em casos de separação de fato, separação judicial, divórcio ou dissolução da união estável, a locação residencial prosseguirá automaticamente com o cônjuge ou companheiro que permanecer no imóvel. § 1º Nas hipóteses previstas neste artigo e no art. 11, a sub-rogação será comunicada por escrito ao locador e ao fiador, se esta for a modalidade de garantia locatícia. § 2º O fiador poderá exonerar-se das suas responsabilidades no prazo de 30 (trinta) dias contado do recebimento da comunicação oferecida pelo sub-rogado, ficando responsável pelos efeitos da fiança durante 120 (cento e vinte) dias após a notificação ao locador”. Ante o caráter personalíssimo da fiança, a disposição convida à reflexão sobre a hipótese seja de fiança feita por um parente ou amigo em favor do cônjuge ou companheiro que deixou o lar.

⁸² RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 1004.

notificação extrajudicial,⁸³ inclusive na hipótese de cláusula contratual com responsabilidade até a entrega das chaves,⁸⁴ consoante expressamente assegura o CC, art. 835 e a Lei de Locações, art. 40, X.⁸⁵ Não prevalece disposição em contrário.⁸⁶

A incidência do CDC sobre o contrato de fiança

Com frequência, as disposições sobre a fiança são determinadas por cláusulas *standard*, com a conseqüente proteção da legislação aos contratos de adesão.⁸⁷ Por conseguinte, devem incidir normas de proteção ao aderente, como a interpretação favorável (Código Civil, art. 424) e a nulidade das cláusulas que estipulem a renúncia antecipada (Código Civil, 425).⁸⁸

⁸³ A sistemática presente no novo código civil tem se aplicado inclusive aos contratos que o antecedem (STJ. AgRg no Ag 1.337.555. 3ª T. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. DJe de 07.03.2012).

⁸⁴ (...) “é de ser admitido o pleito de exoneração de fiança em fase de prorrogação do período contratual, pois não é admissível a exigência de obrigações perpétuas, sem validade de cláusulas que em contrário disponham” (STJ. AgRg no REsp 895.211, Rel. Min. Nefi Cordeiro. 6ª T. DJe 04.11.2014). “(...) fiança prestada em contrato de locação, com cláusula de vigência ‘até a entrega das chaves’, não implica em renúncia à faculdade de exonerar-se o fiador da garantia, concedida pelo art. 1.500 do CC/16 e atual art. 835 do CC/02 (...) A cláusula contratual na qual consta a renúncia do fiador ao benefício previsto no art. 1.500 do CC/16 - atual 835 do CC/02 - não subsiste após o decurso do prazo inicialmente previsto para a duração da locação, uma vez que o Direito não se compraz com relação jurídica eterna e permanente, especialmente no campo dos direitos pessoais, como é o caso da fiança.” (STJ. 5ª T. REsp 1.426.857, Rel. Min. Regina Helena Costa. DJe de 19.05.2014). Sobre o tema, afirma Humberto Theodoro Jr: “Não se pode impedir a exoneração do fiador, nas prorrogações do contrato por prazo indeterminado, mediante prévia renúncia aos benefícios do art. 1.500 do antigo Código ou 835 do novo Código Civil (THEODORO JÚNIOR, Humberto. A fiança e a prorrogação do contrato de locação. **Revista CEJ**, Brasília, n. 24, p. 49-57, jan./mar. 2004. p. 55).

⁸⁵ De acordo com o Código Civil, o fiador permanece responsável por 60 dias após a notificação da exoneração da fiança assinada sem limite de tempo (CC, art. 835). No caso da fiança locatícia, a responsabilidade do fiador é 120 dias contados da notificação ao locador (Lei de Locações, art. 40, inc. X), ou do fim do prazo determinado, se a notificação ocorrer antes do termo final desse período.

⁸⁶ Para Nancy Andrighi é necessária nova manifestação do fiador: “Extingue-se a obrigação do fiador após findado o lapso original se não houver sua anuência expressa para a continuidade da condição de garante, afastando-se eventual cláusula que preveja a prorrogação automática da fiança para além do prazo original de vigência do contrato principal” (STJ. AgRg no REsp 1.225.198, Rel. Min: Nancy Andrighi. 3ª T. DJe de 22.08.2012).

⁸⁷ “A locação é tratada nas grandes cidades como um contrato de adesão elaborado pelas imobiliárias” (MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 454).

⁸⁸ Assim, em capítulo sobre a fiança, Paulo LÔBO versa “Nas relações de consumo, em razão do princípio constitucional de defesa do consumidor e da contemplação legal de sua vulnerabilidade jurídica, são consideradas nulas as cláusulas padronizadas de renúncia do benefício de ordem ou de assunção da qualidade de principal pagador. Igualmente, se tais

O que se observa é que o tratamento desfavorável do fiador é a regra, como denota a compreensão da jurisprudência de que o fiador não precisa anuir com a prorrogação, em patente desarmonia art. 819 do Código Civil. Nesse sentido, sustenta-se que: “A simples e clara previsão de que em caso de prorrogação do contrato principal há a prorrogação automática da fiança não implica violação ao art. 51 do CDC, cabendo, apenas, ser reconhecido o direito do fiador de, no período de prorrogação contratual, promover a notificação resilitória, nos moldes do disposto no art. 835 do Código Civil”.⁸⁹

O entendimento encontra respaldo no art. 39 da Lei de Locações, valendo aqui as mesmas críticas já expostas, que culminam na necessidade indispensável de comunicar o fiador o atraso no pagamento dos alugueres, assim como da saída do imóvel.

Com facilidade aplica-se o CDC à fiança prestada em contratos bancários nos quais a incidência das normas de proteção ao consumidor é incontroversa, em consonância com o teor da Súmula 297 do STJ.

Já o alcance do CDC às relações locatícias, por sua vez, é mais controverso. O STJ firmou posição de que o CDC “não é aplicável aos contratos locativos”.⁹⁰ Essa interpretação em abstrato deixa de observar as diferentes formas que a locação pode assumir, variando o papel desempenhado, os personagens que integram, assim como a finalidade dos institutos. Tal multiplicidade reverbera na incidência de diferentes regimes jurídicos na locação com e sem intermediação,⁹¹ residencial⁹² e comercial.

cláusulas estiverem contidas em contratos de adesão, por importar ‘renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio’ (CC, art. 424)” (LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** contratos. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 436). Um exemplo trazido por LÔBO é a “renúncia prévia à faculdade de o fiador exonerar-se, se inserida em contrato de locação com prazo determinado, quando prorrogado por prazo indeterminado, porque é inadmissível a perpetuidade da garantia dada pelo fiador, por ser ato benéfico e desinteressado” (*cit.*, p. 38).

⁸⁹ STJ. REsp 1374836 / MG. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. 4ª T. DJe 28.02.2014.

⁹⁰ STJ. AgRg no REsp 795731/RS. Rel. Min. Paulo Gallotti. 6ª T. DJe 17.11.2008. Na mesma linha: STJ. AgRg no REsp 1089413/SP. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. 4ª T. DJe de 28.06.2010. O CDC tem sido afastado também em outras modalidades de fiança inclusive financiamento estudantil (STJ. REsp 1155684/RN. 1ª Seção. Rel. Min. Benedito Gonçalves. DJe de 18.05.2010).

⁹¹ Cabe ressaltar as situações em que a locação e administração de imóveis constitui atividade econômica principal ou relevante, em sintonia ao CDC, art. 3º. Assim: (TJMG. 2.0000.00.345723-6/000 - 3457236-54.2000.8.13.0000 (1). Rel. Armando Freire. 24.10.2001 “Na relação locatícia, só tem aplicação a Lei nº 8.078/90, se se tratar de empresa que tem por fim precípua a oferta de imóveis para alugar”.

⁹² Nas palavras de Cláudia Lima Marques: “se tratando de locação residencial, a aplicação das normas protetivas do CDC, em minha opinião, deveria ser a regra, com o que concorda apenas parte minoritária da jurisprudência” (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 453).

A fiança locatícia prestada por sócios em favor da sociedade⁹³ não parece se sujeitar ao mesmo regime que a locação residencial. Nesse sentido, na Nota Técnica n. 185/2006, o Ministério da Justiça aponta:

Analisando a locação residencial, por exemplo, temos a figura do fornecedor, nos termos do art. 3º do CDC, que é aquele que presta um serviço, no caso, a imobiliária, pois compromete a fornecer ao locatário, mediante remuneração, o uso e gozo do imóvel, durante certo lapso de tempo, e a figura do consumidor, que é o destinatário final do imóvel locado, no caso o locatário, considerando que segundo o art. 2º do CDC, consumidor não é somente aquele que *adquire*, mas também aquele que *utiliza* o produto.⁹⁴

Nos casos de intermediação da locação por sociedade administradora de imóveis é natural identificar a relação de consumo,⁹⁵ com o correspondente reforço à proteção contratual e a nulidade de disposições abusivas (CDC, arts. 39, 51 e 54).⁹⁶

Por outro lado, é interessante observar a posição diferenciada que assume o fiador. Não se trata de um contratante no sentido clássico (porque não celebra contrato com a sociedade imobiliária), mas, mesmo assim, sofre os efeitos do serviço, bem como é destinatário do direito à informação, mesmo não sendo o celebrante. Não deixará de ser consumidor por eventualmente não figurar

⁹³ Uma demonstração dessa distinção é a possibilidade de exoneração do fiador em face da alteração do quadro societário, haja vista a natureza *intuitu personae* presente na fiança. No STJ: AgRg no REsp 759909. Rel. Min. Celso Limongi. 6ª T. DJe de 21/06/2010; STJ. REsp n. 285.821. Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ: de 05.05.2003.

⁹⁴ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Nota Técnica 185/2006.

⁹⁵ (STJ. REsp 509304. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. 3ª T. DJe 23/05/2013). “Recurso especial. Contrato de administração imobiliária. Prestação de serviço. Destinação final econômica. Vulnerabilidade. Relação de consumo. Incidência do código de defesa do consumidor. O contrato de administração imobiliária possui natureza jurídica complexa, em que convivem características de diversas modalidades contratuais típicas - corretagem, agenciamento, administração, mandato -, não se confundindo com um contrato de locação, nem necessariamente dele dependendo. No cenário caracterizado pela presença da administradora na atividade de locação imobiliária se sobressaem pelo menos duas relações jurídicas distintas: a de prestação de serviços, estabelecida entre o proprietário de um ou mais imóveis e essa administradora e a de locação propriamente dita, em que a imobiliária atua como intermediária de um contrato de locação (...) A atividade da imobiliária, que é normalmente desenvolvida com o escopo de propiciar um outro negócio jurídico, uma nova contratação, envolvendo uma terceira pessoa física ou jurídica, pode também se resumir ao cumprimento de uma agenda de pagamentos (taxas, impostos e emolumentos) ou apenas à conservação do bem, à sua manutenção e até mesmo, em casos extremos, ao simples exercício da posse, presente uma eventual impossibilidade do próprio dono, tudo a evidenciar a sua destinação final econômica em relação ao contratante”.

⁹⁶ Para Aghiarian “há que se reconhecer a aplicação da Lei 8.078/90 às relações locatícias no momento de sua formação”, especialmente diante das atividades de administração de imóveis em que o proprietário “se qualifica como destinatário hipossuficiente” bem como deve ser protegido com “privilegiada hermenêutica favorecedora dos aderentes” (AGHIARIAN, Hércules. **Curso de direito imobiliário**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 298).

diretamente no contrato de locação, porque a proteção decorre de integrar a relação, e não necessariamente de constar do texto do instrumento contratual.⁹⁷

Ademais, o CDC tem sido aplicado em casos análogos, inclusive em atenção à disparidade de poder entre locador e locatário.⁹⁸ Assim, no TJMG o CDC foi aplicado em alguns julgados como fundamento para limitar o valor da multa moratória.⁹⁹ O caso também poderia se balizar pela boa-fé, pelos bons costumes¹⁰⁰ ou pela própria regra do art. 413 do CC. Em outras palavras, eventual não incidência do CDC não equivale à consagração pura e simples do *pacta sunt servanda*, inclusive à luz das disposições que protegem o aderente fora do CDC, como faz o CC nos arts. 423 e 424.

Deve-se ainda ter em conta a leitura do instituto da fiança à luz da Constituição, com a conseqüente incidência do direito à moradia e da proteção da pessoa humana independentemente da intermediação pelo legislador ordinário. Nessa senda, a tutela do fiador aderente, que coloca em risco o seu bem de família, é hipótese em que a tutela a ser conferida não é apenas de relação patrimonial, transbordando também para o campo existencial, no qual os filtros e as proteções são robustecidos, porque tutelam o núcleo essencial do direito civil.

Com efeito, a natureza dos direitos envolvidos e o padrão social amplamente conhecido para a fiança como ato de solidariedade são elementos que reforçam os limites à penhorabilidade do bem de família, sendo certo que a essencialidade do bem¹⁰¹ exige que se assegure uma tutela constitucionalmente reforçada.¹⁰²

⁹⁷ Claudia Lima MARQUES considera o fiador “consumidor por conexividade” (MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 458). Registra ainda: “relembre-se a posição extremamente vulnerável do terceiro, o fiador, que, como garantidor de uma relação de consumo, nesta intervém (parágrafo único do art. 2º do CDC) e é exposto (art. 29 do CDC) às práticas comerciais dos fornecedores, por exemplo, as imobiliárias, que, de posse do contrato e, muitas vezes, sem a real anuência nem mesmo do locador, modificam e aditam os termos do contrato” (*cit.*, p. 457).

⁹⁸ “O contrato locatício, como assim difundido no Brasil de hoje, mormente nas médias e grandes cidades, é um contrato de adesão e de consumo, devendo assim ser regido, em simbiose, pelas principiologias consumerista e civilística, além do que pelos postulados do direito civil constitucional. Destarte, defendo que, para abrandar o voraz mercado imobiliário e, portanto, afastar a penhora do bem de família do fiador da locação” (HORA NETO, João. O bem de família, a fiança locatícia e o direito à moradia. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe**, Aracaju, Esmese, nº 9, 2006, p. 17).

⁹⁹ “A limitação da multa moratória a dois por cento do valor da prestação, prevista no § 1º do art. 52 do CDC, tem aplicação às relações locatícias” (TJMG. 2.0000.00.404209-7/000 - 4042097-13.2000.8.13.0000. Rel. Belizário de Lacerda. julg. 04.03.2004). No mesmo sentido: TJMG. 200000037012110001. Rel. Belizário de Lacerda. julg. 06.02.2003; TJMG. 2.0000.00.303171-2/000(1). Rel. Dárcio Lopardi Mendes, julg. 06.04.2000.

¹⁰⁰ V. item 7, *infra*.

¹⁰¹ (NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato. **Novos Paradigmas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 462).

¹⁰² Consoante PERLINGIERI: “*Chiarito che il problema del consumatore, pur nell’ambito di una salvaguardia complessiva, si pone in maniera differenziata in relazione ai diversi settori*”

A natureza benéfica do contrato, sua característica familiar e a influência desses fatores na interpretação do instituto

Embora costumeiramente se ressalve que a fiança pode ser onerosa, já que a gratuidade não está em sua essência, dificilmente se consegue disfarçar a sua natureza de liberalidade quando prestada por pessoa natural, particularmente no âmbito das relações locatícias. A função dessa espécie de garantia, com efeito, decorre de marcante influência do direito canônico, o qual, segundo se diz, alterou o então exclusivo cunho real da caução para atribuir-lhe vinculação fidejussória, dotando-a, em consequência, de um sentido moral antes inexistente.¹⁰³

A usual gratuidade desse tipo de garantia é um aspecto a ser sublinhado. Com toda probabilidade, o fiador será pessoa da família do locatário ou muito próxima, agindo de boa-fé, provavelmente ingênua ou, ao menos, extremamente generosa, tantas são as mazelas que pode sofrer. Diante de tal premissa, atribuir a qualidade de penhorável ao bem de família do fiador parte de uma pretensa livre disposição de bens¹⁰⁴ e de uma suposta aplicação do “princípio fundamental da autonomia privada”¹⁰⁵, que parecem de todo incompatíveis, não apenas com o processo de repersonalização e constitucionalização do direito privado, mas também e particularmente com a própria realidade dos fatos.

Além disso, para admitir a falácia de que o fiador teria colocado em perigo seu bem de família *porque assim desejou*, é antes necessário admitir a possibilidade de livre renúncia de direitos fundamentais e a própria ineficácia do texto constitucional. Tal visão, que privilegia uma autonomia da vontade anacrônica,¹⁰⁶ assenta-se em

(finanziario, alimentare, sanitario, informativo ecc.), perché diverse sono la natura e la rilevanza dei beni e delle condizioni soggettive, qualche considerazione deve essere dedicata alla tutela giurisdizionale” (Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003. p. 313).

¹⁰³ Assim, entre outros, Caio Mario da Silva PEREIRA, **Instituições de Direito Civil**. vol. III. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1999, 10ª ed., p. 327 e M. M. Serpa LOPES, **Curso de Direito Civil**. vol. IV. Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1993, 4ª ed. rev. e atual., p. 462.

¹⁰⁴ Não se descuida da autonomia do proprietário para dispor dos bens, mas a redação dos contratos insere um pequeno espaço para ciência e anuência e não uma disposição com destaque informando ao fiador sobre as consequências, algo como, permita-se a simplicidade: Estou ciente que caso o devedor não pague o débito, o credor poderá leiloar a casa da minha família para assegurar o adimplemento.

¹⁰⁵ Consinta-se repetir este excerto bastante ilustrativo, extraído do voto do Min. Joaquim Barbosa: “A decisão de prestar fiança, como já disse, é expressão da liberdade” (STF RE 407688-8/SP. Tribunal Pleno. Rel. Min. Cezar Peluso. DJ: 13.10.2006).

¹⁰⁶ Assim no TJSP consignou-se em caso de “Fiador que quitou o débito oriundo da locação, subrogando-se no crédito do locador (art. 349, CC)” estava certa a renúncia ao bem de família do fiador, mas não se poderia alcançar o bem de família do sócio, eis que “A impenhorabilidade do bem de família do sócio da locatária se constitui princípio de ordem pública, só podendo ser renunciada nos casos expressamente previstos na Lei 8.009/90”. Os próprios fundamentos do acórdão (princípio de ordem pública e restrição à renúncia) prestam-se a criticá-lo (TJSP. Apelação n. 9118195-10.2008.8.26.0000. Rel. Des. Morais Pucci, 27ª Câmara de Direito Privado, Registro: 15.11.2012).

leitura demasiadamente estreita do princípio da liberdade,¹⁰⁷ demasiadamente distante dos princípios constitucionais. Para sustentar tal entendimento, seria necessário cerrar os olhos à realidade, em violação evidente à segurança jurídica material, cujo olhar volta-se à “concretude das circunstâncias”.¹⁰⁸

A inexperiência típica do fiador remete com facilidade à figura da lesão prevista no art. 157 do CC, que ocorre quando uma pessoa, movida “por inexperiência”, se obriga a prestação manifestamente desproporcional à prestação oposta. Com mais força o instituto é aplicável à fiança, típico exemplo de contrato unilateral, em que ao fiador resta apenas o risco e a responsabilidade, sem contraprestação ou vantagem.

Ilustrativamente, Joaquim de Sousa Ribeiro traz elucidativo precedente do Tribunal Constitucional Alemão, que entendeu que violaria a proteção ao livre desenvolvimento da personalidade fazer prevalecer a fiança prestada por filha de 21 anos, em garantia de dívida de 100.000 marcos alemães, contraída por seu pai junto a instituição bancária, haja vista que “a fiadora não possuía patrimônio próprio de relevo, nem qualquer grau acadêmico ou preparação profissional, auferindo, como operária o salário mensal de 1.500 marcos alemães”. Admitir a fiança implicaria sua “asfixia econômica para toda a vida”.¹⁰⁹ Casos semelhantes foram examinados pelo Tribunal alemão.¹¹⁰

A finalidade da garantia é parâmetro consentâneo com a função social a ser levado em conta na apreciação dos seus efeitos, correlacionando estrutura e função, como revela o afastamento da penhora do bem de família em empréstimo que

¹⁰⁷ “Não é demais frisar a amplitude do(s) sentido(s) de liberdade, seja tomada como direito, seja como princípio (ou ambos). Nesse diapasão, as tentativas de desvirtuar o sentido de “liberdade”, colocam-na sob o risco da carência de significado, notadamente diante de acepções que pretendem vinculá-la exclusivamente a uma noção de liberdade econômica irrestrita, como se a liberdade pudesse ser vislumbrada sem sua conexão inafastável com a igualdade e a dignidade. Para dizê-lo em breves palavras, tal como a igualdade, a liberdade pode ser formal ou material” (FACHIN, Luiz Edson; SCHULMAN, Gabriel. *Contratos, Ordem Econômica e Princípios: um diálogo entre o Direito Civil e a Constituição 20 anos depois*. In: B. DANTAS *et. al* (Orgs.). **Constituição de 1988, o Brasil 20 anos depois**. Brasília: Senado Federal, 2008, v. IV, p. 347-377. p. 349). Sobre o tema, v. também: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski, **Institutos fundamentais do Direito Civil e liberdade(s): Repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. 1ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010).

¹⁰⁸ (MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**. Do Direito das Obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações (Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). Vol. V. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 10).

¹⁰⁹ (RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Constitucionalização do direito civil*. In: **Direito dos contratos: Estudos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 7-33. p. 28). Para um exemplo pátrio, confira-se: STJ. 4ª T. HC n. 12547. Rel. Min. Ruy Rosado Aguiar Jr., DJ de 12.02.2001. Vale recordar, nesse sentido, que: “O direito não é somente esquema de qualificação, mas, ao avaliar os comportamentos econômicos, é necessário determinar o seu conteúdo”, não sendo correto exaltar o dualismo forma-conteúdo (PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**, *cit.*, p. 108).

¹¹⁰ (FAVALE, Rocco. *La fideiussione prestata dai familiari insolventi nel modello tedesco*. **RTDC**, v. 3, nº 12, out./dez., 2002, p. 171-189). Rocco FAVALE destaca, em sua análise da jurisprudência alemã, a atenção dada aos casos em que o fiador possuía um “significativo vínculo afetivo”, causando consequências desastrosas ao garante, a ponto da doutrina alemã falar em “fidúcia ruinosa”. (Obra citada, p. 172)

não reverte em favor do grupo familiar.¹¹¹ Na leitura constitucional das relações contratuais, deve-se ter em conta também a relevância do bem,¹¹² a determinar, por força da leitura funcional, uma tutela ainda mais reforçada.¹¹³

Evidentemente, a fiança locatícia não deve ser utilizada de modo abusivo, não se justificando o atual regime, que não atende aos pressupostos de eticidade que orientam a contratualidade contemporânea. Os fatos sociais penetram no mundo jurídico, irradiam-se as regras e os valores constitucionais, informando a atividade de cunho privado. Não se elimina a importância nem a proteção do interesse privado, mas resgata-se a tutela do interesse da comunidade, atribuindo-se uma função social aos institutos de direito privado, clara expressão do Estado Social.

Esmaecida a fronteira entre o público e o privado, essas esferas se interpenetram e edifica-se um novo sentido da autonomia privada. O Direito Civil, ainda sem desconhecer o papel da vontade, passa a contemplá-lo de modo distinto. Assim, tem-se em conta que nem sempre o contratante expressou o que quis dizer (CC, art. 112) ou manifestou-se como faria se tivesse mais informações do que possui. Os contratos devem ser cumpridos, mas sem comprometer outros valores juridicamente relevantes e merecedores de tutela. Destarte, também no âmbito da autonomia da vontade, faz-se possível notar a primazia da pessoa.

A tutela do fiador, segundo a leitura que lhe é habitualmente conferida, mostra-se tão desigual e desproporcional que se distancia das premissas materiais que constituem pressupostos para a legitimidade dos contratos. A partir da norma do art. 421 do Código Civil, resta estabelecido que também os ajustes entre particulares devem ser socialmente úteis, harmonizando interesses individuais e coletivos.

Por outro lado, ainda que a prestação de fiança seja recorrente,¹¹⁴ o instituto deixou de ser indispensável à prática negocial diante dos novos mecanismos de

¹¹¹ “Segundo o entendimento dominante da Segunda Seção, é impenhorável o bem de família dado em hipoteca como garantia de dívida contraída por terceiro” (STJ. 3ª T. AgRg no REsp 1292098. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. DJe 20.10.2014).

¹¹² (NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 462).

¹¹³ Consoante PERLINGIERI: “*Chiarito che il problema del consumatore, pur nell’ambito di una salvaguardia complessiva, si pone in maniera differenziata in relazione ai diversi settori (finanziario, alimentare, sanitario, informativo ecc.), perché diverse sono la natura e la rilevanza dei beni e delle condizioni soggettive, qualche considerazione deve essere dedicata alla tutela giurisdizionale*” (PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto dei contratti fra persona e mercato**. Napoli: ESI, 2003, p. 313).

¹¹⁴ Em pesquisa do SECOVI-SP, publicada em junho de 2018, comprova-se que a modalidade de garantia mais comum é a fiança, responsável por cerca de 45,5% das locações efetuadas, e o segundo tipo é o depósito de até três meses de aluguel, utilizado por cerca de um terço (37,5%) nos imóveis alugados; já o seguro-fiança foi adotado em apenas 17,0% das moradias locadas, com as duas primeiras formas apresentando crescimento em relação à terceira, SECOVI-SP. **Pesquisa mensal de valores de locação residencial na cidade de São Paulo**. São Paulo: jun. de 2018. Disponível em: <<http://www.secovi.com.br/pesquisas-e-indices/pesquisa-de-locacao>>.

garantia disponíveis. Ilustrativamente, estima-se que, na cidade de São Paulo, a caução e o seguro fiança tenham sido responsáveis por metade do mercado no ano de 2015. Quem arca com os custos de tais garantias, na maior parte das vezes, será o beneficiário-locatário e não um terceiro (que, de todo modo, se desejar, pode pagar as dívidas do amigo ou conhecido, sem, com isso, correr o risco de perder seu imóvel de família por se oferecer para ajudar).

À evidência, quando gratuita, a caução fidejussória é preferida tanto por credores quanto por devedores, que, assim, nada dispõem com a garantia de seu crédito ou débito; gera, entretanto, inconvenientes graves para os fiadores. Estes, com surpreendente frequência, aceitaram graciosamente servir como garantes, por amizade e boa-fé, comprometendo, inadvertidamente, por falta de malícia ou por ignorância, seu patrimônio familiar.

A situação do fiador proprietário de um único bem – o bem de família – é o exemplo paradigmático da aludida inconveniência, mais apropriadamente chamada, neste caso, de iniquidade: a lei permite que o fiador tenha penhorado o imóvel que lhe serve e à sua família de residência, por dívida locatícia de outrem. É o que prevê o inciso VII do art. 3º da Lei nº 8009/90, acrescentado pelo art. 82 da Lei de Locação (Lei n. 8245/91), ao estabelecer, entre as exceções à regra da impenhorabilidade do bem de família, a “obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”.

O problema da prestação gratuita de fiança no âmbito das relações locatícias parece ser, assim, mais uma daquelas iniquidades decorrentes da análise exclusivamente estrutural do direito, adstrita à literalidade da lei. De fato, como qualquer outro ato de autonomia privada, também o contrato de fiança há de ter seus efeitos submetidos a um juízo de merecimento de tutela, compreendido como a ponderação de todos os interesses juridicamente relevantes em jogo, a partir de uma perspectiva promocional dos valores do ordenamento.¹¹⁵

Nesse aspecto, justamente por acarretar repercussões não apenas patrimoniais, mas também existenciais, que surtirão drásticas consequências não só na esfera jurídica do próprio fiador mas também na de sua comunidade familiar, também devem ser levados em consideração na aferição do merecimento de tutela do contrato de fiança valores típicos das relações extrapatrimoniais, inclusive os bons costumes, reputados instrumento de promoção da própria moralidade constitucional.¹¹⁶

¹¹⁵ (SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. **Revista de Direito Privado**, vol. 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun./2014, pp. 94 e segs.).

¹¹⁶ (CASTRO, Thamís Ávila Dalsenter Viveiros de. **A cláusula geral de bons costumes no direito civil brasileiro**. São Paulo: Almedina Brasil, 2016, no prelo).

Conclusão

Este ensaio buscou compartilhar uma reflexão sobre as iniquidades da fiança locatícia gratuita no direito brasileiro, instituto que se funda, contraditoriamente, em relações de favor, de confiança e de solidariedade, mas se destina a provocar uma das mais desequilibradas repercussões jurídicas de que se tem notícia, justamente sobre o patrimônio do fiador.

De fato, a posição jurídica do fiador recebe um injustificado tratamento *sui generis* no direito das obrigações, em descompasso com todos os princípios que orientam a contratualidade contemporânea. Trata-se de regime incompatível com sua natureza, finalidade e origem, baseadas na solidariedade, o que se extrai de antemão da advertência (injustificadamente esquecida) de que a fiança “não admite interpretação extensiva”, decorrente tanto de tais elementos como de previsão legal expressa (CC, art. 819).

Nesse cenário, admite-se com notável facilidade a cobrança de juros, multa e cláusula penal do fiador, sem se exigir comunicação prévia a ele, bem como se permitem efeitos drásticos sobre o seu bem de família, que fundem as mais severas consequências da garantia fidejussória e real.

Como se viu, de acordo com o voto condutor no RE 407.688, a penhora decorrente da fiança em contrato de locação visa a proteger o próprio direito à moradia do locatário. Nada se diz, porém, sobre o direito à moradia do fiador. *Mutatis mutandis*, talvez se possa entrever nesse raciocínio a opinião daqueles que entendem que o fiador na fiança locatícia *mereceria* perder o próprio bem de família porque teria sido, na verdade, ele próprio quem o pôs em risco, *por livre e espontânea vontade*. A fiança locatícia gratuita se torna, nessa ótica, o reverso do instituto do estado de perigo: é o castigo que o Judiciário entendeu merecer a pessoa generosa e desprovida de malícia.

Resulta pertinente e ainda atual, portanto, a crítica à penhorabilidade do bem de família do fiador, a despeito do posicionamento aparentemente consolidado do direito brasileiro a respeito. Nada obstante, diante de sua acolhida pela jurisprudência, o problema ao menos seria minorado se, penhorado o bem de família do fiador, fosse possível pretender, em regresso, a penhora do eventual bem de família do afiançado. Essa solução tornaria um pouco menos iníqua e desigual a situação do fiador, embora soe, por outro lado, como “uma emenda tão ruim quanto o soneto”,¹¹⁷ porque originária de premissa equivocada e injusta (penhorabilidade do bem de família do fiador), não há como dela extrair uma solução efetivamente justa. Em uma frase, os fundamentos pelos quais não se admite que o fiador promova a penhora do bem de família do afiançado em ação regressiva apenas reforçam a impenhorabilidade do bem de família em si.

¹¹⁷ Em caso peculiar, o TJSP impediu o cofiador de penhorar o bem de família do devedor solidário, considerando que haveria uma confissão de dívida e que não haveria exceção legal aplicável (TJSP. Apelação n. 0005709-52.2010.8.26.0006. Rel.: Soares Levada. 34ª Câmara de Direito Privado. Julgamento: 29.09.2011). Remeta-se ainda ao anteriormente mencionado REsp 1081963.

O paralelismo com a posição de Ihering sobre a fiança oferecida por Antonio na peça shakespeariana não poderia ser mais pertinente. Shylock, lembra Ihering, perdeu todos os seus bens porque confiou no direito de Veneza. Diz Ihering:

O juiz que reconhecia a Shylock o direito de cortar uma libra de carne do corpo de Antonio reconhecia-lhe por isso mesmo direito ao sangue, sem o qual não pode na hipótese haver carne, e aquele que tem o direito de cortar uma libra pode levar menos se quiser.¹¹⁸

(...)

Certamente tudo isso se fez no interesse da humanidade, mas a injustiça cometida no interesse da humanidade deixa por isso de ser uma injustiça?¹¹⁹

Na reconstrução teórica da própria noção de ordenamento jurídico encontra-se um referencial significativo para tentar solucionar o impasse, baseado em conhecida interpretação formal segundo a qual não se poderia classificar a exceção prevista no inciso VII do art. 3º da Lei 8009/90 como contraditória com o sistema, tendo em vista o exposto propósito do legislador ordinário, posterior à promulgação da Constituição, de criar mais esta exceção à proteção legal.

O argumento pode ser superado a partir do reconhecimento de que também é possível cogitar de antinomia diante de iniquidades valorativas, as quais, não obstante formalmente adequadas ao sistema, na medida em que compreendem valores opostos, devem, por isso mesmo, ser ponderadas, não de um ponto de vista axiomático, mas do ponto de vista axiológico para, como resultado, identificar a situação jurídica merecedora de maior proteção jurídica.

É tempo de concretizar nas relações contratuais a perspectiva da eticidade e da solidariedade. É preciso construir uma tutela do credor que não descure dos princípios da boa-fé e função social dos contratos, em sintonia com os valores constitucionais e sua incidência nas relações interprivadas.

¹¹⁸ (IHERING. **A luta pelo direito**, cit., p. XIII).

¹¹⁹ ID., *ibidem*.