

A FIANÇA NA LOCAÇÃO DE PRÉDIOS URBANOS E O NOVO CÓDIGO CIVIL

Humberto Agrícola Barbi

Sumário: 1. O contrato de fiança. 2. Fiança em leis gerais e especiais. 3. A prorrogação do contrato ou da locação. 4. Prorrogação e fiança. 5. Cláusula de permanência. 6. A convivência de textos jurídicos sobre o mesmo assunto. 7. Exoneração do fiador.

RESUMO

Por certo, um dos temas que mais têm exigido do legislador e do operador do direito, no Brasil, é o da locação de prédios urbanos e sua correlação com a respectiva fiança. Precisamente a importância fundamental da moradia, com o direito do cidadão frente às oscilações da vida econômica brasileira são os responsáveis pela variabilidade acentuada do seu tratamento legal, criando situações de sentido protecionista do locatário ante os efeitos inflacionários que vieram corroendo o poder de atender o compromisso do aluguel, ou ao próprio locador não seduzido a realizar investimentos no setor, assim aumentando as dificuldades sociais de habitação.

O fato ainda mais se agrava em relação à fiança, que envolve o fiador como um 3º participante nas responsabilidades, embora submetido às mesmas dificuldades gerais.

O presente artigo é trabalho cuidadoso de professor aplicado à matéria. Realiza análise profunda de toda legislação brasileira desde o Código Civil

* Subprocurador-Geral da República - Aposentado. Professor de Direito Civil na Faculdade de Direito da UFMG - Aposentado. Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Advogado em Belo Horizonte.

de 1916 e o decreto legislativo de 1921, que refletiu os efeitos da Guerra 1914-1918, caracterizando a mobilidade do tema durante todo o período anterior.

Penetrando o registro de cada diploma legal e da respectiva jurisprudência, chega até o Novo Código Civil de 2002 com observações decisivas, que propõe, e que se oferecem à reflexão do comportamento jurisprudencial atual.

O artigo aprofunda-se em importantes teses sobre permanência, revogação, peculiaridades dos contratos de locação, contradições de jurisprudência e de doutrina, constituindo precioso manancial de entendimento do tema central.

ABSTRACT

This essay is about the location of city properties and its correlation with the respective financial guarantee. Certainly it is one of the subjects that have been most discussed by the legislators and the law operators in Brazil. It is an important issue because of the basic right of having a place to live. The oscillations in the economy are the responsible for the constantly changes in its legal treatment, creating situations of protectionism to the renter because of the inflationary effect that had come corroding the power to take care of the commitment of the rent, or to the proper seduced landlord not to carry through investments in the sector, increasing, then, the social habitation difficulties

The fact aggravates regarding to the financial guarantee, which involves the bailer as a third participant in the responsibilities, although submitted to the same general difficulties.

The present article is careful work of professor applied to the subject. It carries through deep analysis of all Brazilian legislation since the Civil

Code of 1916 and the legislative decree of 1921, which reflected the effect of the 1914-1918 War, characterizing the mobility of the subject during all the previous period.

Analyzing the register of each statute and the respective jurisprudence, finalizes with the New Civil Code of 2002 with decisive comments that are considered and offered to a reflection about the current jurisprudential behavior.

The article goes deep on important theses about permanence, revocation, peculiarities of location contracts, contradictions of jurisprudence and doctrine, constituting precious source of study on the central subject.

1. O contrato de fiança.

O novo Código Civil conceitua o contrato de fiança nos seguintes termos:

“Art. 818 – Pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra.”

Este conceito não destoa daquele constante do art. 1.481 do Código Civil de 1916, que dispunha:

“Art. 1.481 - Dá-se o contrato de fiança, quando uma pessoa se obriga por outra, para com o seu credor, a satisfazer a obrigação, caso o devedor não a cumpra.”

Dos conceitos, que não diferem um do outro, extrai-se que a fiança é um *contrato*, ou seja, uma manifestação de *vontade*, livremente assumida entre duas partes. É um contrato *acessório*, pois supõe a existência de uma obrigação principal (Colin et Capitant. Cours Élémentaire, v.2, p. 733), mas com a característica de se constituir em uma responsabilidade *subsidiária*, já que um dos contratantes se obriga a cumprir uma obrigação

apenas *na hipótese em que o devedor não o faça*. E, por ser assim, quando o fiador é demandado para o pagamento da dívida, tem o direito de exigir que sejam executados, em primeiro lugar, os bens do devedor, salvo se: a) renunciou ele a esse benefício de ordem; b) obrigou-se como principal pagador, ou como devedor solidário; c) se o devedor for insolvente ou falido.

É, pois, uma garantia adicional a favor do credor, que independe, inclusive, da concordância do devedor.

Por ser um contrato acessório, está a fiança intimamente ligada à avença principal e segue o seu destino, de tal forma que se esta for nula, nula também será a fiança.

Sobre o assunto diz Nelson Dower:

“Vale dizer, a fiança é uma garantia pessoal ou fideijussória, porque o devedor não vincula um bem ao pagamento da dívida. O que acontece é um reforço de uma outra obrigação da mesma natureza da originária, surgindo duas obrigações: a *principal*, assumida pelo devedor, e a *acessória*, conhecida como obrigação fideijussória, contraída pelo fiador (terceiro)”. (Curso, v.3, p. 283).

O fiador não cria uma obrigação nova, mas estende a si a obrigação do afiançado, podendo ser a sua responsabilidade total ou limitada, conforme os termos em que foi prestada.

Não constitui a fiança uma *obrigação solidária*, dado o seu caráter subsidiário e, como tal, não poderá o credor escolher entre cobrar do devedor ou do fiador, devendo dirigir-se, primeiramente, àquele. Todavia, a solidariedade poderá ser convencional.

Dada a sua acessoriedade, a fiança tem duração idêntica à do contrato principal, extinguindo-se ao mesmo tempo que ele, mas poderá cessar antes

em ocorrendo a morte do fiador. Se isso acontecer no curso do contrato, a fiança extingui-se-á, mas a responsabilidade da obrigação, pelo tempo já decorrido, passará aos herdeiros do fiador, limitada, entretanto, às forças da herança, pois o sucessor não é obrigado a pagar quantias superiores ao valor que irá receber na sucessão.

Embora seja um contrato *consensual*, a lei exige que seja ela contraída *por escrito*, não se presumindo a sua existência, pois representa uma obrigação cujo cumprimento quase sempre recai sobre o fiador face à insolvência do devedor. Como diz velho brocardo francês, “Qui cautionne paie”. Daí a exigência da forma escrita, para que não parem dúvidas quanto à sua existência, não se exigindo, entretanto, a pública forma.

A fiança pode garantir as mais variadas espécies de contratos, mas é amplamente utilizada nos contratos de locação de imóveis.

2. Fiança em leis gerais e especiais.

As locações de prédios, urbanos e rústicos, eram reguladas pelo Código Civil de 1916 nos artigos 1.200 e seguintes, seguindo os princípios comuns dos demais contratos, observadas, todavia, as suas peculiaridades. Era a *lei geral* tratando do assunto. A crise de habitação, decorrente da Guerra de 1914/18, fez surgir uma legislação *especial* sobre locações, através do Decreto Legislativo 4.403, de 02.12.1921, que veio a ser revogado, em 1928, pelo Decreto 5.617. O Decreto-lei 4.598, de 20.08.1942 voltou a regular as locações de prédios, retornando-se à *legislação especial* sobre o assunto, em caráter provisório, mas que, dada a permanência da crise habitacional, foi sendo sucessivamente prorrogada, editado-se, em seqüência, nova legislação especial, como a Lei 1.300, de 28.12.1950, revogada pela Lei 4.494, de 25.11.64 que, por sua vez, foi substituída pela atual Lei 8.245, de 18.10.1991, esta, agora, sem o caráter de transitoriedade.

Tivemos, assim, e ainda temos, ao lado da *lei geral*, que é o Código Civil, uma legislação *especial exclusiva para a locação de prédios urbanos*, situação que ainda hoje permanece.

3. A prorrogação do contrato ou da locação.

O Decreto-lei n. 9.669, de 29.08.1946 determinava a continuidade das locações que se vencessem durante a sua vigência, nos seguintes termos:

“Art. 20 - Consideram-se prorrogadas, por tempo indeterminado, as locações cujo prazo expirar na vigência desta lei”.

A Lei 1.300, de 28.12.1950, que alterou a legislação do inquilinato, e foi sucessivamente reeditada, manteve o mesmo texto em seu artigo 12. Em consequência, revogado ficou o artigo 1.194 do Código Civil, no que concerne às locações de imóveis urbanos e que dispunha:

“Art. 1.194 – A locação por tempo determinado cessa de pleno direito findo o prazo estipulado, independentemente de notificação, ou aviso.”

As locações prediais passaram, então, a ser *por prazo indeterminado*, por determinação legal, qualquer que fosse o termo final previsto no contrato, dada a sua prorrogação compulsória, e sem a possibilidade de aumento do aluguel, segundo dispunha o art. 3º da mencionada lei. Visava-se a proteção dos locatários: passaram estes a ter o direito de permanecer, indefinidamente, no imóvel, salvo hipóteses elencadas na legislação especial, e pelo preço convencionado, sem possibilidade de majoração dos alugueis.

O texto do artigo 12 da Lei 1.300, de 28.12.1950 gerou longa controvérsia, alguns afirmando que o que se prorrogava era o *contrato*, e outros que era simplesmente a *locação*, mantido o mesmo aluguel.

Versando o assunto, diz Silva Pacheco:

“A lei fala apenas em locação, mas é curial que ao contrato de locação se refere. Aliás, mesmo que a este não se referisse, dele é que trataria, eis que locação é contrato, ainda que não escrito e compulsoriamente prorrogado.” (Tratado das ações de despejo, p. 62)

O Supremo Tribunal Federal, na ocasião, por maioria de votos decidiu:

“Quando, após o término da locação, continua o inquilino a ocupar o imóvel, não só o aluguel, como as demais cláusulas do contrato, permanecem vigentes, salvo as garantias dadas por terceiros.

.....

O termo “locação” empregado no art. 20 do decreto-lei 9.669, de 1946, não é senão uma fórmula sintética de condensar o mesmo pensamento que “contrato de locação”. Diz-se, habitualmente, a venda, a locação, a hipoteca, o penhor, para significar igualmente o contrato de venda, o contrato de locação, o contrato de hipoteca, o contrato de penhor, etc”. (Rev. Trib. v. 207, p. 536).

Entendeu-se, então, que ocorria a prorrogação do *contrato*. Mas a *fiança ficaria extinta*.

Prorrogado o contrato, ou a locação, não havia, entretanto, razão para a imediata extinção da fiança, uma vez que o Código Civil de 1916, no seu artigo 1.500, dava ao fiador, que com o fato não se conformasse, a possibilidade de ver declarada extinta a sua obrigação, que se tornara sem termo final certo.

Criou-se, em conseqüência um dado novo na relação locatícia, pois se uma das suas condições era a sua garantia através da fiança, o locatário ficaria em mora se não apresentasse outro fiador.

A atual Lei do Inquilinato, a Lei 8.245, de 18.10.1991, alterou profundamente as relações entre locadores e locatários, deixando de proteger indiscriminadamente estes últimos, e estabeleceu um razoável equilíbrio entre eles, embora não deixando de ter em mira a proteção do economicamente fraco.

Em se tratando de locações *residenciais*, fixou a lei atual um prazo razoável – 30 meses – para que o locatário possa permanecer no imóvel, findo o qual a locação poderá ser rescindida pela outra parte, sem necessidade de alegar o motivo da retomada, o que não sucede nas demais hipóteses. No que concerne às locações *não residenciais* liberou o desfazimento do contrato uma vez tenha ele atingido o ser termo final. Todavia, em ambas as hipóteses, *se o locatário continuar na posse do imóvel alugado por mais de trinta dias sem oposição do locador, presumir-se-á prorrogada a locação por prazo indeterminado, mantidas as demais cláusulas e condições do contrato. (arts. 46 § 1º e 56, parágrafo único).*

A lei diz que se prorroga a *locação*, e não o *contrato*. Mas permanecem em vigor todas as demais cláusulas e condições do contrato, exceto o prazo final. Seria mais fácil dizer que o contrato é que se prorroga, evitando a distinção entre contrato e locação, que não tem razão de ser, conforme entendimento acima do Supremo Tribunal Federal. Extraí-se esse entendimento do § 2º do art. 46 da atual lei do inquilinato que se refere à denúncia do *contrato*, e não da locação.

Art. 46 -.....

§ 2º - Ocorrendo a prorrogação, o locador poderá denunciar o *contrato* a qualquer tempo, concedido o prazo de trinta dias para desocupação.

Ou seja, prorroga-se a *locação*, mas denuncia-se o *contrato*...

4. Prorrogação e fiança.

Admitida, assim, a prorrogação da locação - ou do contrato de locação - por prazo indeterminado e mantidas as cláusulas e condições anteriormente pactuadas, o problema que surgiu foi o do prosseguimento da fiança, que fora prestada por prazo certo e determinado. Para resolver a questão, a Lei 8.245, de 18.10.1991, assim dispôs:

“Art. 39 – Salvo disposição contratual em contrário, qualquer das garantias da locação *se estende até a efetiva devolução do imóvel*”.

O dispositivo legal ampliou a validade da fiança que é dada sem prazo determinado, ou que contenha a cláusula “até a efetiva devolução do imóvel”. Mas não deixou de reconhecer que a fiança ajustada por prazo certo extingue-se no seu termo final se houver prorrogação da locação por prazo indeterminado. É o que decorre da própria lei quando diz:

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

I -

V – prorrogação da locação por prazo indeterminado, sendo a fiança ajustada por prazo certo.”

Se a fiança foi *por prazo certo*, e houve prorrogação da locação por *prazo indeterminado*, esse fato a faz extinguir, conforme o reconhece a própria lei.

Conclui-se, pois, que se a fiança foi prestada por prazo certo vigorará apenas durante esse período, caso o contrato se prorrogue automaticamente. Mas se ela o foi por *prazo indeterminado* ou *até a devolução do imóvel*, permanecerá vigorando até que ocorra esse evento.

5. Cláusula de permanência

Torna-se tormentoso o assunto quando o contrato é celebrado por prazo certo e determinado, mas a fiança contém cláusula de sua permanência “até a entrega das chaves”. Para alguns essa cláusula é irrelevante, devendo-se ater ao prazo fixado no contrato. Para outros, ao contrário, se o fiador concordou em se obrigar até que o imóvel fosse efetivamente devolvido, a fiança permanecerá até esse momento.

Os Tribunais refletiram também essa divergência.

O Tribunal de Alçada de Minas Gerais assim decidiu:

“Sendo a fiança contratada até a entrega das chaves, obrigam-se os fiadores por todos os encargos contratuais devidos pelo locatário em tal período” (Rel. Juiz Nepomuceno Silva, RJTAMG, v. 75, p. 220).

No mesmo sentido:

“Havendo previsão contratual de extensão da fiança até a entrega das chaves do imóvel locado, responsabiliza-se o fiador pelas obrigações locatícias mesmo após a prorrogação da avença, mormente se não houve recusa à continuidade da garantia”. (Relator Juiz Alvim Soares. RJTAMG. V.69, p. 122.)

O Superior Tribunal de Justiça, todavia, decidiu de maneira diferente:

“1 - É firme o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o contrato acessório de fiança deve ser interpretado de forma restritiva e benéfica, vale dizer, a responsabilidade do fiador fica delimitada a encargos do pacto locatício originariamente estabelecido.

2 - A prorrogação do contrato sem a anuência dos fiadores não os vincula, sendo irrelevante, acrescente-se, a existência de cláusula de duração de responsabilidade do fiador até a efetiva entrega das chaves, como aquela que pretenda afastar a disposição inserta no art. 1.500 do Código Civil” (DJU, 17.09.2.001, p. 107).

Essa divergência jurisprudencial chama a atenção para uma questão: a fiança ampla, prevista no Código Civil, poderá ser delimitada por fiança específica de lei extravagante como a do inquilinato? Ou, melhor dizendo, quando lei especial dá tratamento diverso a um assunto geral este último ainda pode ser mantido?

6. A convivência de textos jurídicos sobre o mesmo assunto.

Matéria que atormenta os profissionais do Direito, gerando perplexidade e controvérsias, reside na existência de textos legais regulando o mesmo assunto.

No que concerne à locação de imóveis o novo Código Civil deixou vigente e inalterada a Lei do Inquilinato, conforme se vê do art. 2.036 das Disposições Finais e Transitórias, nos seguintes termos:

“Art. 2.036 – A locação de prédio urbano, que esteja sujeito à lei especial, por esta continua regido”.

Está, assim, em pleno vigor, a lei 8.245, de 18.10.1991 em todas as suas disposições. Inexiste, pois, revogação expressa ou tácita da legislação emergencial.

Mas, e na parte referente à fiança, teria havido alteração?

A lei especial que rege as locações de prédios urbanos continua inteiramente em vigor, inclusive na parte que trata das garantias locatícias, dentre elas a fiança.

Para entender os preceitos aparentemente contraditórios das legislações geral e especial, necessário observar que a antiga Lei de Introdução ao Código Civil dispunha:

“Art. 4º - A lei só se revoga, ou derroga, por outra lei; mas a disposição especial não revoga a geral, nem a geral revoga a especial, senão quando a ela, ou ao seu assunto, se referir, alterando-a, explicita ou implicitamente.”

A atual redação da Lei de Introdução ao Código Civil assim tratou do assunto:

“Art. 2º -.....

.....

§ 2º - A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.”

Sobre o assunto, diz Serpa Lopes:

“Com essa expressão *a par das já existentes* pretendeu o legislador referir-se às normas que ficam *a par* das anteriores, por conseguinte iguais em qualidade e merecimento, podendo atuar lado a lado, sem incompatibilidade. Trata-se de uma redundância, pois apenas corrobora o princípio da *incompatibilidade*, critério geral e básico nessa matéria”(Curso, v. 1, p. 88).

Melhor elucidando a matéria, preleciona Caio Mário da Silva Pereira:

“O que o legislador quis dizer (Lei de Introdução, art. 2º, § 2º; Projeto de Lei Geral de Aplicação das Normas, art. 4º, parágrafo único) foi que a generalidade dos princípios numa lei desta natureza não cria incompatibilidade com regra de caráter especial.

A disposição especial irá disciplinar o caso especial, sem colidir com a normação genérica da lei geral e, assim em harmonia poderão simultaneamente vigorar.”(Instituições, vol. 1, p. 84).

A simultaneidade de leis sobre fiança, sendo uma de conteúdo *geral*, prevista no Código Civil, e outra *especial*, regulada na Lei do Inquilinato, não impede que elas vigorem lado a lado. Mas a primeira não tem aplicação sobre a área de atuação da segunda, já que esta tem regulamentação própria e específica.

Se o fiador, ao obrigar-se, o faz “até a entrega das chaves”, renuncia ele ao prazo contratual estabelecido na avença. Tem ele a liberdade de obrigar-se ou não, por prazo certo ou por prazo indeterminado. Se ele o faz com plena convicção da extensão e ausência de limite temporal da sua responsabilidade, embora o contrato seja por prazo determinado, a sua obrigação permanece integralmente até a devolução do imóvel.

Em conseqüência, a responsabilidade do fiador passou a ser até a devolução do imóvel nos contratos sem prazo determinado ou que forem prorrogados, pois a Lei do Inquilinato revogou, *para efeitos de locação de imóveis* urbanos, nesse particular, o art. 1.500 do antigo Código Civil que dispunha:

“O fiador poderá exonerar-se da fiança que tiver assinado sem limitação de tempo, sempre que lhe convier, ficando, porém, obrigado por todos os efeitos da fiança, anteriores ao ato amigável, ou à sentença que o exonerar.”

7. Exoneração do fiador.

A convivência dos dois textos legais faz com que haja duplo tratamento na exoneração do fiador. Assim, nos contratos de locação de imóveis urbanos, sem limitação de tempo ou prorrogados por imposição legal, o fiador não

poderia se utilizar da faculdade do art. 1.500, nesse aspecto revogado, mas poderia fazê-lo nos demais contratos.

Sobre o assunto os tribunais não chegaram a um entendimento pacífico.

Com o advento do novo Código Civil o assunto voltou à baila, pois repetiu ele o preceito acima com pequena modificação ao estabelecer:

“Art. 835 – O fiador poderá exonerar-se da fiança que tiver assinado sem limitação de tempo, sempre que lhe convier, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança, durante 60 (sessenta) dias após a notificação do credor.”

Sendo lei posterior à do inquilinato, entenderam alguns que o preceito legal aplica-se de forma ampla, abrangendo, também, as locações de imóveis urbanos, possibilitando a exoneração do fiador em qualquer circunstância, dado o princípio da revogação automática da lei anterior. Mas esqueceram-se de que a Lei do Inquilinato foi recebida e conservada integralmente, pelo Código Civil, no ordenamento jurídico.

Se assim ocorre, pelos motivos já apontados, a consequência que se extrai dos textos legais e da doutrina é a de que, em se tratando de locação de imóveis urbanos, aplica-se, em toda a linha, a Lei 8245, de 18.10.91. Daí resulta que:

- a) se a fiança for prestada por *prazo indeterminado* extinguir-se-á com o a entrega das chaves, que eqüivale à devolução do imóvel.
- b) se o contrato for por *prazo determinado* e a *fiança prestada o for até a entrega das chaves*, a prorrogação da locação – ou do contrato -, decorrendo de um imperativo legal e, em consequência impondo-se a todos, não dependerá da concordância do fiador, que sabendo da extensão

temporal da sua responsabilidade, com ela concordou. Consequentemente, ele não ficará exonerado antes da entrega das chaves, nem poderá utilizar-se dos benefícios do art. 835 do Código Civil.

Humberto Theodoro Júnior

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Modalidades das obrigações. 2.1. Obrigação de fazer. 2.2. Obrigação de fazer e não fazer. 2.3. Obrigações alternativas. 2.4. Obrigações divisíveis e indivisíveis. 2.5. Obrigações solidárias. 3. Transmissão das obrigações. 3.1. Cessão de crédito. 3.2. Efeitos da cessão em relação a terceiros. 3.2.1. Assunção de dívida. 3.2.1.1. Diferença entre a cessão de crédito e a assunção de dívida. 3.2.2. Extinção de garantias. 3.2.3. Anulação da assunção de dívida. 3.2.4. Exceções oporíveis pelo novo devedor. 3.2.5. Assunção pelo adquirente do imóvel hipotecado. 4. As modalidades de pagamento. 4.1. O pagamento de dinheiro. 4.1.1. Artigo 304: Pagamento por terceiro de boa-fé não liberado. 4.1.2. Artigo 305: Terceiro não interessado em não. 4.1.3. Artigo 306: Terceiro não interessado em não. 4.1.4. Artigo 307: Pagamento por meio de transmissão da propriedade. 4.1.5. Artigo 313: Exceção específica da prestação de coisa. 4.1.6. Artigo 315 e 316: Pagamento das dívidas de família. 4.1.7. Artigo 317: Correção judicial do valor da prestação pecuniária. 4.1.8. Artigo 318: Obrigações em moeda estrangeira. 4.1.9. Artigo 320: Quitação. 4.1.10. Artigo 325 e 330: Local de pagamento. 5. Modalidades especiais de pagamento. 5.1. O pagamento em espécie. 5.2. Cessão em pagamento. 5.3. Remissão de dívida. 6. Obrigações excessivas. 6.1. Revisão espontânea. 6.2. Revisão por erro de cálculo excessivo.