

Fiança concedida por um dos cônjuges sem o consentimento do outro: nulidade ou mera anulabilidade?

MÍLTON SANSEVERINO

Juiz do Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo

É antiga a disputa em torno do tema e permanecem irreconciliáveis, até hoje, as duas principais tendências doutrinárias e jurisprudenciais que porfiam a respeito da correta interpretação das normas do Código Civil Brasileiro e a propósito do assunto: uma entendendo que se trata de mera anulabilidade (ou de nulidade relativa) e outra sustentando, ao contrário, que, no caso, o que existe é nulidade absoluta.

A C. Terceira Câmara do E. Segundo Tribunal de Alçada Civil deste Estado (de que faço parte) teve oportunidade de enfrentar a **vexata quaestio** várias vezes nos últimos tempos. Assim é que em pelo menos duas oportunidades deixou assentado, por maioria de votos, ser caso de nulidade absoluta e não de simples anulabilidade.

Foi o que aconteceu, v.g., em sessão de 30.1.95, no julgamento dos Embargos Infringentes nº 400.192, de São Paulo, de que foi Relator o eminente Juiz João Saletti (correspondentes tais embargos à ap c/rev de igual número e Comarca, de que fui Relator com o voto nº 586, vencido, então, o inclito Juiz Francisco Barros), o mesmo tendo acontecido, mais recentemente, também por maioria de votos, quando do julgamento dos Embargos Infringentes nº 417.688-1/5, de Dracena, em sessão de 25.4.95, de que fui Revisor com voto nº 1.098.

Tive oportunidade de consignar naquele ensejo, a propósito do tema em foco, que, segundo a concepção amplamente dominante, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a fiança dada pelo marido sem anuência da mulher é absolutamente nula (e não simplesmente anulável), por infração a preceito de natureza cogente (ou seja, de observância obrigatória ou imperativa) contido no artigo 235, III, do Código Civil, c.c. o seu artigo 145, IV.

Esse tem sido, de fato, o entendimento tradicional da doutrina clássica e largamente preponderante (cf a resp, dentre outros, de W. de Barros Monteiro, "Curso de Direito Civil", Saraiva, S. Paulo, 1994, 27ª ed., 5º vol., pág. 359, parte final; Orlando Gomes, "Contratos", Forense, Rio, 1994, 13ª ed., pág. 436, nº 370, 1º tópico; Lauro Laertes de

Oliveira, "Da Fiança", Saraiva, S. Paulo, 1981, nº 16, págs. 35 e 38, in fine, letra "a"; etc.)

Essa tem sido também a orientação tradicional da jurisprudência, inclusive a do Pretório Excelso, como mostra o e.g., Sílvia Rodrigues ao citar, à guisa de ilustração, v. aresto da Suprema Corte inserto na RTJ 38/31 ("Direito Civil", Saraiva, S. Paulo, 1993, 21ª ed., vol. III, pág. 399, nº 179-A, nota 332-A, parte final).

Clóvis Beviláqua esclarece o porquê disso, lembrando, com propriedade, que "A fiança compromete os bens do fiador, móveis e imóveis. Aceitando-a, arrisca-se o marido a ficar impossibilitado de cumprir a sua obrigação de sustentar a família, nas condições em que poderia fazer, sem ônus pesado, que assumisse sem corresponsabilidade. A situação econômica, em cujo gozo se acha a família, pode ser irremediavelmente perdida por uma imprudência do marido. É justo que não dê semelhante passo, sem acordo daquela, cuja sorte prendeu à sua, e cujo amor pela prole comum há de fazer previdente e cautelosa". ("Código Civil Comentado", Liv. Francisco Alves, Rio, 1960, 12ª ed., vol. II, pág. 94, nº 3, 1º tópico.)

A solução proposta pela corrente contrária (e que acabou prevalecendo no julgamento dos Embargos Infringentes nº 435.447-1/4, de São Vicente, pela mesma C. Terceira Câmara, em sessão de 5.12.95, rel. o ilustre Juiz Oswaldo Breviglieri com o voto nº 8.636, devido à mudança havida na composição da Turma Julgadora) equivale àquela defendida outrora por Azevedo Marques sem maior receptividade da doutrina, atenta à crítica procedente de Espinola, segundo o testemunho insuspeito de J. M. Carvalho Santos (cf "Código Civil Brasileiro Interpretado", Liv. Freitas Bastos, Rio, 1979, 9ª ed., vol. IV, pág. 385).

Com efeito: o ponto de vista que acabou prevalecendo nesse último julgamento (contra os votos do eminente Juiz João Saletti e deste articulista) pode ser interessante de **lege ferenda**, mas de forma alguma corresponde, **data maxima venia**, ao modelo da lei brasileira de **lege lata**, tendo presente o que consta do art. 178, § 9º, I, "b", do Código Civil, que alude ao prazo de quatro anos depois de desconstituída a sociedade conjugal para a mulher buscar a anulação da fiança concedida sem outorga uxória (i.e., para propor ação visando à declaração de sua nulidade [e não mera anulabilidade], desfazendo-a **ex radice**), bem como considerando o estatuído no artigo 248, III, do mesmo diploma legal, que fala, igualmente, em anular a fiança dada pelo marido com infração ao disposto no inciso III do artigo 235.

A solução do direito brasileiro, na atualidade, não é, como se vê, aquela proposta pela corrente minoritária na doutrina e na jurisprudência, a qual coincide, em substância, com a existente no direito anterior, mais precisamente no antigo direito filipino, como mostra Clóvis Beviláqua (ob., vol. e loc. cit., nº 3, derradeiro tópico).

Daí ensinar Pontes de Miranda, de há muito, que: "No que concerne à fiança, é peremptória a proibição. Com a outorga da mulher, perfeitamente válida; sem a outorga, nulla" ("Direito de Família", Jacintho R. dos Santos, Editor, Rio, 1917, 1ª edição, pág. 102 - o destaque não pertence ao original).

Pouco ou nada importa, por outro lado, que o cônjuge silente porventura tenha tido conhecimento da existência da garantia. O eminente Prof. W. de Barros Monteiro é enfático a respeito: "Não basta que a mulher tenha tido ciência da fiança prestada pelo marido; exige a lei, para a respectiva validade, haja ela dado sua outorga" (ob. e vol. cit., pág. 359, in fine, inc. nota 7, onde vem anotada abundante orientação jurisprudencial, acompanhada da observação de que o artigo 3º da Lei nº 4.121/62 não revogou o artigo 235, III, do Código Civil, segundo diretriz fixada pelo STF).

Lauro Laertes de Oliveira, por sua vez, observa com propriedade, em excelente monografia sobre o assunto, que "Hoje praticamente sem discrepâncias os Tribunais proclamam que a fiança prestada por pessoa casada sem o consentimento do cônjuge é nula

integralmente. Inocorre apenas exclusão da meação do cônjuge que dissentiu, mas anulação total do ato" (ob cit, pág 35, nº 16, início - os destaques não pertencem ao original)

E transcreve lição de Serpa Lopes explicando o porquê disso no sistema perfilhado pelo direito positivo pátrio, demonstrando não existir, em seu contexto, possibilidade de entendimento diverso ou de outra solução a respeito (salvo, é claro, com graves, gritantes e inaceitáveis contradições ou distorções e sem a menor preocupação com desejável linha de coerência científica, como demonstra o acatado civilista mineiro, segundo a referência de Lauro Laertes de Oliveira - in ob. e loc cit)

Não se compreende, com efeito, que alguém possa contratar a locação de um imóvel de sua propriedade com pessoa presumivelmente desconhecida e aceitar como fiador pessoa que também não é de suas relações sem ter o elementar cuidado ou a sadia e prudente cautela não só de conhecer o seu verdadeiro estado civil mas, principalmente, de colher as assinaturas dos fiadores (ou do [a] fiador [a] e de seu cônjuge) na sua presença (dele, locador) e de testemunhas, precisamente pelas gravíssimas implicações que pode ter, neste campo, uma assinatura falsa (ou ambas até), ou, ainda, uma assinatura faltante. Essa pessoa merece, efetivamente, passar pelos rigores do dissabor a que livre e imprudentemente se expôs

O mesmo deve ser dito, por outro lado, de quem, sucedendo o locador, passa a figurar no pólo ativo da relação jurídica material *ex locato* sem ter a salutar preocupação ou ao menos a simples curiosidade de conhecer os fiadores e de verificar se a fiança é válida, isto é, se teria sido regularmente concedida ou não.

De modo que, diante de condutas omissivas tão graves quanto injustificáveis, de nada adianta dizer, mais tarde, que o devedor (fiador) teria agido de má-fé, conluiado ou não com seu cônjuge, porquanto sem dúvida cabia ao credor (locador ou seu sucessor) o elementar dever de ter o cuidado de se cercar de cautelas a respeito, inclusive fazendo lavrar novo instrumento de contrato (em tabelionato ou não, conforme o caso), se reputasse indispensável, ou, então, providenciando instrumento de ratificação do contrato em vigor, com as assinaturas dos fiadores sendo lançadas em sua presença e na de testemunhas, para maior segurança

Afinal, nisso o locador ou o seu sucessor é (ou deveria ser) o principal interessado, é de supor. De forma que, não agindo corretamente no momento próprio, por razões que neste passo não vêm a pélo discutir, deve o credor suportar as conseqüências naturais e necessárias da sua negligência, da sua omissão ou da sua incúria

Donde, em suma, não haver razão alguma para, agindo de forma paternalista e contrária ao direito posto, sustentar a mera anulabilidade da fiança concedida sem outorga uxória e não a sua nulidade, como é o correto. Só para aproveitar a garantia concedida pelo marido sem a anuência expressa da mulher ou vice-versa, e, em decorrência, aproveitar, em benefício do credor relapso, a meação daquele que se comprometeu patrimonialmente. Vale dizer: com ressalva, unicamente, da meação do cônjuge que não anuiu à aludida garantia.

Não se afigura adequado, realmente, onerar o fiador ou a fiadora com a propositura de ação anulatória (onde terá de provar a existência de algum dos vícios do ato jurídico - erro, dolo, coação, simulação ou fraude contra credores) para proteger o locador indolente ou negligente que dormiu no momento próprio e que, por isso mesmo, não se mostrou vigilante na defesa dos seus interesses, suprindo a sua inércia, de todo injustificável (ao menos aprioristicamente).

Dai o entendimento de que, nessa hipótese, o que existe é nulidade absoluta (sendo, pois, proclamável até mesmo de ofício pelo Julgador, a todo tempo e em qualquer grau de jurisdição, podendo ser apontada, também, pelo Ministério Público, caso intervenha como *custos legis*) e não mera nulidade relativa