

A RENÚNCIA DA PRESCRIÇÃO PELO FIADOR.

Jorge L. Spínola Costa
Advogado
jspinola@bol.com.br

INTRODUÇÃO

1.0 No presente texto vamos, a partir de uma situação hipotética muito simples, mas cuja ocorrência é perfeitamente possível e assimilável, analisar a consequência decorrente de renúncia da prescrição pelo fiador, quando a pretensão referente à obrigação principal, que era inicialmente devida pelo afiançado, encontra-se prescrita.

2.0 Nestes termos, cumpre desde já questionar:

a) Será que a referida prescrição repercute no benefício da sub-rogação concedido ao fiador?

b) Será que a renúncia da prescrição exclusivamente pelo fiador tem o condão de obrigar juridicamente o afiançado a restituição do valor eventualmente desembolsado?

3.0 Frise-se que a finalidade ao se trazer à tona tal situação pragmática é suscitar e incentivar uma saudável discussão acerca de tão interessante tema, qual seja a prescrição, de maneira a sempre permitir o aperfeiçoamento deste instituto em prol da sociedade. Assim, não nos furtaremos à utilização dos indispensáveis amparos doutrinário e jurisprudencial para construção de nosso raciocínio e, ao final, conclusão.

4.0 Feitas estas considerações preliminares, sem maiores rodeios, vamos ao que realmente interessa, ou seja o caso prático. Assim, imagine:

- um simples contrato de locação celebrado entre o locador A e o locatário B, tendo acessoriamente, como forma de garantia, um contrato de fiança, cujo fiador é o sujeito C.
- Acontece que convencionado o aluguel, o locatário B deixa de adimplir sua obrigação, tornando-se inadimplente de apenas um dos alugueres mensais.
- Porém, ao revés de ajuizar a ação judicial cabível para a cobrança da dívida no prazo devido, o locador A acaba por não fazê-lo, prescrevendo, portanto, a pretensão à cobrança.
- Não obstante a citada prescrição, ainda assim, imbuído de boa-fé, o fiador C acaba por proceder ao pagamento junto ao locador A, daquele débito do locatário B.
- Feito isto, o fiador C volta-se em face do afiançado (locatário B), agora reclamando o pagamento desembolsado em seu benefício.

4.0 Desta forma, esta é a situação problemática que, ao nosso ver, merece ser analisada pormenorizadamente. *Enfim, será lícita ou ilícita esta cobrança realizada pelo fiador C, e sob que fundamento?* Isso é o que veremos adiante.

DA FIANÇA

1.0 De acordo com o Art. 818 do Código Civil vigente, fiança consiste: “**Art. 818.** Pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra.”

2.0 A fiança¹ se trata, pois, de uma garantia concedida ao credor por um terceiro, para que possa efetivamente vir a receber a prestação inicialmente devida pelo devedor, caso este falhe no cumprimento da obrigação então assumida. Ou seja é um *plus* destinado à satisfação da obrigação principal. Enfim, “há contrato de fiança quando uma pessoa assume, para com o credor, a obrigação de pagar a dívida, se o devedor não o fizer”².

¹ De acordo com Maria Helena Diniz, “a fiança ou caução fidejussória vem a ser promessa, feita por uma ou mais pessoas, de satisfazer a obrigação de um devedor, se este não a cumprir, assegurando ao credor o seu efetivo cumprimento (CC/16, art. 1481). Portanto, haverá contrato de fiança sempre que alguém assumir, perante o credor, a obrigação de pagar a dívida, se o devedor não o fizer.” (DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 3 v. 13 ed. 419 p. São Paulo: Saraiva, 1998.)

² GOMES, Orlando. Contratos. 24 ed. 435 p. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

3.0 Decerto é uma garantia pessoal³ porque deriva de obrigação assumida por terceiro, o fiador. Ao lado das garantias reais, representa importante instrumento destinado à realização de diversos negócios jurídicos⁴, avultando sua importância perante o mundo empresarial, porquanto permite ao credor não ter frustrada sua expectativa no que tange ao cumprimento da obrigação pelo devedor, e, por outro lado, por aproximar este da satisfação de seu real interesse quando da realização do negócio principal. Em outras palavras, significa dizer que o contrato de fiança é extremamente vantajoso e simpático⁵ às partes, desde que, obviamente, haja a correlata concordância do fiador.

4.0 Vale ainda destacar, neste sucinto parêntese, que a fiança resulta da lei, da vontade, ou de contrato. Ademais, estabelece o Art. 819 do CC/02 que a fiança deverá ser por escrito, não admitindo interpretação extensiva. Finalmente, em atenção ao caso em debate, tem-se que os Arts. 827 e 828 do CC/02 dispõem respectivamente, *in verbis*:

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

Art. 828. Não aproveita este benefício ao fiador:

- I** – se ele o renunciou expressamente;
- II** – se se obrigou como principal pagador, ou devedor solidário;
- III** – se o devedor for insolvente⁶, ou falido (grifo nosso)

³ “Quando o devedor vincula um bem ao pagamento da dívida, concedendo ao credor o direito de obtê-lo com o valor daquele há garantia real, mas se a obrigação originária é reforçada por outra, assumida por terceiro, diz-se que há garantia pessoal. Oferecida esta garantia, haverá duas obrigações: a principal e a fidejussória.” (GOMES, Orlando. Contratos. 24 ed. 435 p. Rio de Janeiro: Forense, 2001.)

⁴ Por exemplo, nas operações de crédito que envolvem financiamentos, nos contratos de locação (conforme é o exemplo), nos contratos de prestação de serviços educacionais, etc. “As cauções em geral desempenham importante papel na dinamização do crédito e conseqüente circulação de riquezas. A garantia pessoal da fiança é largamente utilizada no universo negocial, mormente nos contratos de locação imobiliária, sendo essa sua função mais importante, em que pese a lei inquilinária admitir outras formas de caução (caução real e seguro fiança, art. 37 da Lei 8.245/91). Podendo ser formalizada de maneira mais simples do que as garantias reais, a fiança recebe preferência das partes.” (VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. Contratos em espécie. 2 v. 3 ed. 420 p. São Paulo: Atlas, 2003.)

⁵ Conforme se verá adiante, um dos benefícios decorrentes da fiança é a sub-rogação. “O fato é que a dívida conserva-se não se extingue. É um instrumento jurídico muito utilizado na prática. Permite que, muitas vezes, um devedor pressionado por credor poderoso tenha sua dívida paga por outrem, que passa a ser seu credor, de forma mais acessível e com melhores condições de pagamento.” (VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 2 v. 2 ed. 275 p. São Paulo: Atlas, 2002.). Exemplo na prática é quando o credor lança o nome do devedor no cadastro de órgãos de proteção ao crédito, sendo a intervenção do fiador muito conveniente.

⁶ - **Art. 826.** Se o fiador se tornar insolvente ou incapaz, poderá o credor exigir que seja substituído.

5.0 E, por sua vez, estabelece o Art. 831 do Diploma Civil, em sua primeira parte: “**Art. 831.** O fiador que pagar integralmente a dívida fica sub-rogado nos direitos do credor; (...)”.

6.0 Tais dispositivos legais referem-se aos principais efeitos decorrentes do contrato de fiança, relativos ao fiador e credor, quando estabelece o benefício de ordem⁷; e entre o fiador e afiançado, quando concede a este o benefício da sub-rogação⁸. Conforme o atemporal ensinamento de Orlando Gomes:

A fiança produz duas ordens de efeitos, a saber:

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

Na primeira ordem compreendem-se as exceções que são concedidas ao fiador, sob o nome de benefícios⁹.

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

Se o fiador pagar a dívida, sub-roga-se nos direitos do credor. Passa a ser credor do afiançado, investindo-se nos mesmos direitos do credor da obrigação principal, por ele cumprida. Há, portanto, simples substituição de credor.¹⁰

7.0 Assim, com base no caso em tela, tem-se que, uma vez inadimplida a obrigação devida pelo locatário B, surge o direito do locador A em também reclamar a dívida do fiador C¹¹, como disciplina o já citado Art. 818. Logo surgirá o direito de sub-rogação do fiador C, caso este concorra com o adimplemento

⁷ “O benefício de ordem consiste no direito assegurado ao fiador de exigir do credor que acione em primeiro lugar o devedor principal. É uma exceção que deve ser oposta até a contestação da lide. Invocando o benefício, o fiador recusa-se legitimamente a pagar a dívida antes que o credor tenha executado, sem êxito, os bens do afiançado.” (GOMES, Orlando. Contratos. 24 ed. 437 e 438 p. Rio de Janeiro: Forense, 2001.)

⁸ **Art. 349**, CC/02. A sub-rogação transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores.

⁹ O outro benefício é o de divisão, que compreende o parágrafo único do Art. 829 do CC/02: “**Art. 829.** A fiança conjuntamente prestada a um só débito por mais de uma pessoa importa o compromisso de solidariedade entre elas, se declaradamente não se reservarem o benefício da divisão.

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

¹⁰ GOMES, Orlando. Contratos. 24 ed. 437 e 438 p. Rio de Janeiro: Forense, 2001

¹¹ Vale mencionar súmula do STJ: **Súmula 268**: “O fiador que não integrou a relação processual na ação de despejo não responde pela execução de julgado”.

daquela obrigação principal que era devida. É o direito consagrado no mencionado Art. 831, e que realmente nos interessa para resolução da questão apresentada.

Ao lado da sub-rogação objetiva ou real, temos, ainda, a sub-rogação subjetiva ou pessoal.

Como o próprio nome sugere, nesse caso, a substituição que se opera é de sujeitos, e não de objeto, na relação jurídica.

Tal ocorre, por exemplo, quando o fiador paga a dívida do afiançado, passando, a partir daí a ocupar a posição do credor, substituindo-o. Assim, se CAIO (fiador) paga a dívida de TÍCIO (devedor principal/afiançado), junto a MÉVIO (credor), poderá então exigir o reembolso do que pagou, sub-rogando-se nos direitos do credor.

A sub-rogação, pois, significará uma substituição de sujeitos na relação jurídica, uma vez que TÍCIO assumirá o lugar do credor MÉVIO, que lhe transferirá os seus direitos e garantias, por força de lei.¹²

8.0 Isto posto, resta como única ilação neste item que, uma vez paga a dívida pelo fiador, com base no Art. 831, este sub-roga-se dos direitos do locador, em regra, podendo cobrar regressivamente do locatário.

DA PRESCRIÇÃO

1.0 Dando seqüência a nossa linha de raciocínio, tem-se que o Art. 189 do CC/02 estabelece: “**Art. 189.** Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos que aludem os arts. 205 e 206.”

2.0 Este dispositivo consagra, de uma vez por todas¹³ e corretamente, o conceito de prescrição, dando por superada, portanto, a tertúlia doutrinária que existia em função do que estabelecia o Código Civil anterior, e extirpando aquela concepção processualística imanentista, também já superada, do

¹² GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. Obrigações. 2 ed. 178 p. São Paulo: Saraiva, 2003.

conceito de ação do ordenamento jurídico. Portanto, este importantíssimo artigo a um só tempo diz o que é a prescrição, e a dissocia do conceito de ação.

Tradicionalmente, a doutrina sempre defendeu que a prescrição ataca a ação e não o direito, que só se extingue por via de consequência.

(...) Ocorre que, na época da elaboração do Código Civil de 1916, e mesmo antes, considerava-se, ainda com fulcro na superada teoria imanentista do Direito Romano, que a ação judicial nada mais era do que o próprio direito subjetivo, lesado, em movimento. Por essa razão, incrementada pelo pouco desenvolvimento do Direito Processual Civil, não se visualiza a nítida distinção entre o direito de ação em si (de pedir do Estado o provimento jurisdicional) e o próprio direito material violado.

Ora, se a ação e o direito material eram faces da mesma moeda, explicava-se porque a prescrição extintiva atacava o direito de ação e, indiretamente, o próprio direito material violado, que permaneceria inerte, despojado de sua capacidade defensiva...

Todavia, consoante já se demonstrou, a prescrição não atinge o direito de ação – que sempre existirá -, mas, sim, a pretensão que surge do direito material violado.¹⁴

3.0 Que fique claro, desta forma, que a pretensão surge apenas com a violação do direito. Pretensão, por seu turno, consiste no poder jurídico de exigir de outrem determinado comportamento, ainda que contra a sua vontade, sendo legítimo o exercício do aparato jurídico para compeli-lo a satisfazer o direito que fora violado.

4.0 Assim, se o locatário B não paga o aluguel no prazo devido, surge a pretensão do locador A em exigir a reparação do direito que foi violado, para tanto provocando o Estado/Juiz, através da ação judicial, para que promova a indispensável prestação jurisdicional.

¹³ Cumpre destacar, o art. 27 Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90): “**Art. 27. Prescreve** em 5 (cinco) anos a **pretensão** à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.” (grifo nosso)

¹⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. Parte geral. 2 ed. 477 e 478 p. São Paulo: Saraiva, 2003.

5.0 Ademais, na segunda parte do Art. 189, o legislador diz que esta pretensão não é perpétua, devendo ser exercida nos prazos dos arts. 205 e 206, sob pena de ser extinta pela prescrição. Ora, conclui-se que a prescrição nada mais é do que a própria morte da pretensão! Ocorre se a pretensão não for exercida no período previsto em lei. “A prescrição é a perda da pretensão de reparação do direito violado, em virtude da inércia do seu titular, no prazo previsto pela lei.”¹⁵ E conforme se observa, não está atrelada ao direito de ação¹⁶.

Assim, consoante o Art. 189 do Texto Codificado, a prescrição tem como objeto fulminar a pretensão do titular em reparar um direito seu que foi violado. Nota-se, destarte, que o novo Código Civil explicitou não atingir a prescrição o direito de ação em si mesmo (instituto de direito processual), mas sim a pretensão (esta sim, instituto de direito material), confirmando o caráter de ação, resguardado em sede constitucional, pelo Art. 5º, XXXV.

A prescrição, portanto, é a perda da pretensão de reparação de um direito violado, em razão da inércia do seu titular, durante o lapso temporal estipulado pela lei. Acompanha a prescrição, obviamente, a todo e qualquer direito subjetivo patrimonial (seja absoluto, seja relativo), por admitirem violação. Daí perceber-se que, com o término do prazo de prescrição, o direito de fundo subsiste, porém o seu titular não mais pode exigir o seu cumprimento (não tem mais pretensão).¹⁷

6.0 Vale destacar que, em sua essência, o instituto da prescrição visa conferir estabilidade às relações jurídicas, de modo que estas não se protraíam indefinidamente no tempo, ao longo dos anos, sem termo final, como espectros errantes em um infundável purgatório. A prescrição permite, pois, com a fruição do tempo previamente definido, o fim da sujeição das pessoas à determinadas relações jurídicas, sobretudo as de cunho obrigacional patrimonial, por conseguinte, consolidando o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a paz social¹⁸.

¹⁵ (GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. Obrigações. 3 ed. 477 p. São Paulo: Saraiva, 2003.)

¹⁶ “O direito constitucional de ação, ou seja, o direito de pedir ao Estado um provimento jurisdicional que ponha fim ao litígio, é sempre público, abstrato, de natureza essencialmente processual e indisponível.

Não importando se o autor possui ou não razão, isto é, se detém ou não o direito subjetivo que alega ter, a ordem jurídica sempre lhe conferirá o legítimo direito de ação, e terá, à luz do princípio da inafastabilidade, inviolável direito a uma sentença.” (GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. Obrigações. 2 ed. 477 p. São Paulo: Saraiva, 2003.)

¹⁷ DE FARIAS, Cristiano Chaves. Direito civil. Parte geral. 441 e 442 p. Salvador: Podivm, 2003.

¹⁸ “Por isso, não é razoável, para a preservação do sentido estabilidade social e segurança jurídica, que sejam estabelecidas relações jurídicas perpétuas, que podem obrigar, sem limitação temporal, outros sujeitos, à mercê do titular.

7.0 No caso em tela, percebe-se facilmente que, uma vez não cumprida a obrigação pelo locatário A, violou-se o direito do locador B em receber o aluguel devido, sendo este, portanto, o termo inicial que fixa o nascimento da pretensão. Como se trata da hipótese prevista no Art. 206, I, pode-se seguramente afirmar que o prazo prescricional seria de 03 anos (mas que, conforme citado, foi desperdiçado).

8.0 Por outro lado, em regra, a partir do momento em que o fiador paga a dívida, sub-roga-se¹⁹ não só dos direitos como também da ação eventualmente cabível cujo titular era o credor, consoante os já citados Arts. 349 e 831 do CC/02. Ora, da análise de tais artigos, fica perfeitamente claro que, em tese, sub-rogará-se igualmente do direito à pretensão de ser ressarcido por conta daquela obrigação somente cumprida por força da fiança, apenas ressaltando que deverá aproveitar a continuidade do prazo prescricional, em atenção ao que foi dito nos parágrafos antecedentes.

9.0 Devemos lembrar, entretanto, que a problemática não reside no prazo para exercício da pretensão do fiador C. Ao contrário, como dito linha atrás, a questão que buscamos desvendar é exclusivamente acerca da própria existência desta pretensão, quando verificado que o cumprimento da obrigação principal deixou de ser exigível porque atingida pela prescrição. Conforme o nobre leitor perceberá, estas rápidas incursões nas searas dos institutos da fiança e da prescrição servirão de amparo para, ao final, uma melhor e mais fácil compreensão acerca do assunto aqui tratado.

O exercício de direitos, seja no campo das relações materiais, seja por ações judiciais, deve ser uma consequência e garantia de uma consciência de cidadania, e não uma 'ameaça eterna' contra os sujeitos obrigados, que não devem estar submetidos indefinidamente a uma 'espada de Dâmocles' sobre suas cabeças". (GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. Obrigações. 2 ed. 475 p. São Paulo: Saraiva, 2003.)

¹⁹ LOCAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO EM CARÁTER REGRESSIVO. OUTORGA UXÓRIA EM FIANÇA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SUB-ROGAÇÃO DO FIADOR QUE PAGA A DÍVIDA ORIUNDA DE DÉBITOS LOCATÍCIOS. IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO LOCATÁRIO - A nova Lei do Inquilinato restringiu o alcance do regime de impenhorabilidade dos bens patrimoniais residenciais instituído pela Lei nº 8.009/90, considerando passível de constrição judicial o bem familiar dado em garantia por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato locatício. - Com o pagamento da dívida pelo fiador da relação locatícia, fica este sub-rogado em todas as ações, privilégios e garantias que tinha o locador-credor em relação ao locatário-devedor, nos termos do Código Civil, art. 988. - A jurisprudência já pacificou entendimento no sentido de ser vedada a penhora de bem de família do locatário, em execução proposta pelo locador a fim de solver dívida advinda da relação locatícia. - Se ao locador-credor não é possibilitado constriuir judicialmente o imóvel do locatário, e a sub-rogação transmite os direitos e ações que possuía o credor, consequência lógica é que ao fiador tal privilégio não pode ser assegurado, de vez que não existia para o credor primitivo. - Recurso especial conhecido e provido. (RESP 263114/SP; RECURSO ESPECIAL 2000/0058773-7)

DA RENÚNCIA DA PRESCRIÇÃO

1.0 Finalmente, *data venia*, parafraseando o ilustre Prof. Júlio Gusmão, chegamos ao “ponto nevrálgico” do texto, qual seja: a consequência da renúncia da prescrição. Consoante já visto, em tese, o fiador adquire a pretensão da cobrança em face do afiançado, exercitável no prazo de 03 (três) anos, porquanto sub-roga-se dos direitos do credor. Sucede, todavia, que esta sub-rogação apenas se efetivou quando a pretensão referente à obrigação principal já estava prescrita, o que motiva, pois, a dúvida central.

2.0 Ora, tem-se que o efeito imediato decorrente da prescrição é a perda da pretensão (também já dissertado), pois deixa de subsistir a possibilidade jurídica da exigibilidade de reparação do direito violado. Assim, a **renúncia da prescrição** se dá quando, embora prescrita a pretensão, ainda assim o violador do direito procede à reparação deste, mesmo que isto já não lhe seja mais exigível juridicamente. Todavia, a renúncia deve obedecer o art. 191 do CC/02, *in verbis*:

Art. 191 A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumir; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição. (grifo nosso)

3.0 Deste modo, a renúncia da prescrição, ao nosso ver, ocasionará não o cumprimento de uma obrigação jurídica, mas de uma obrigação natural, ou seja, aquela obrigação que, portanto, já não é mais dotada de exigibilidade jurídica²⁰.

²⁰ “A dívida prescrita pertence à mesma classe das obrigações naturais. Apenas o Código teve de mencioná-la expressamente, podendo, em certos casos, ser reconhecida de ofício pelo juiz (quando não se tratar de direitos patrimoniais, embora isso seja raro na prática, art. 219, par. 5º, do CPC). O pagamento da dívida prescrita é verdadeira renúncia do favor da prescrição. Não há direito de repetição. Ademais, quem recebe dívida prescrita não se locupleta indevidamente, pois, conforme a distinção tradicional na doutrina, a prescrição extingue a ação, mas não o direito.” (VENOSA, Sílvio de Salvo. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 2 v. 3 ed. 229 p. São Paulo: Atlas, 2003.)

4.0 É por demais conveniente nos socorremos, mais uma vez, aos preciosos ensinamentos de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, que bem resumem a essência da obrigação natural, senão vejamos:

Em essência e na estrutura, a obrigação natural não difere da obrigação civil: trata-se de uma relação de débito e crédito que vincula objeto e sujeitos determinados. Todavia, distingue-se da obrigação civil por não ser dotada de exigibilidade.

Tal inexigibilidade é derivada de algum óbice legal com finalidade de preservação da segurança e estabilidade jurídica, como ocorre, por exemplo, na prescrição de pretensão decorrente de uma dívida (em que o direito não se satisfaz com obrigações perpétuas) ou na impossibilidade de cobrança judicial de dívida de jogo (pelo reconhecimento social do caráter pernicioso de tal conduta).

O fundamento primeiro, portanto, para o reconhecimento da justiça da retenção do pagamento de uma obrigação natural é de ordem moral. Por um determinado motivo, A contraiu uma dívida em face de B, mas, por um obstáculo jurídico, não a pode exigir judicialmente, embora o objeto da relação obrigacional não deixe de existir.

Trata-se, portanto, de um dever de consciência, em que cada um deve honrar a palavra empenhada, cumprindo a prestação a que se obrigou.²¹

5.0 Outrossim, vale a pena transcrever pertinente comentário de Venosa sobre a distinção entre obrigação civil (jurídica) e obrigação natural:

A distinção da obrigação natural, em relação à obrigação civil, é que, embora desprovida de poder coativo, se o devedor espontaneamente a cumpre, o pagamento considera-se legal e, por essa razão, não se concede ação no caso de se pretender recobrar o que foi pago. Por isso, dizemos que se trata de uma obrigação imperfeita.²²

²¹ GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. Obrigações. 2 ed. 113 p. São Paulo: Saraiva, 2003.

²² VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 2 v. 2 ed. 49 p. São Paulo: Atlas, 2002.

6.0 Pois bem, lastreado por tais entendimentos, pode-se afirmar que, enfim, obrigação natural consiste em “um *debitum* em que não se pode exigir, judicialmente, a responsabilização patrimonial (*obligatio*) do devedor, mas que, sendo cumprido, não caracterizará pagamento indevido.”²³

7.0 Assim, voltando ao caso prático, percebe-se que o pagamento do fiador C ao locador A foi, certamente, por mera liberalidade²⁴, uma vez que isto já não era mais exigível juridicamente.

8.0 Ora, em se tratando de obrigação natural, obviamente que o cumprimento desta jamais terá o condão de fazer renascer a pretensão referente ao negócio principal, sequer ao negócio acessório, motivo pelo qual não se poderá emprestar exigibilidade à pretensão do fiador em face do afiançado, prescrita por reflexo. Sem embargos, a obrigação firmada no contrato de fiança persiste, mas sem ser dotada de exigibilidade jurídica.

É ineficaz a fiança de obrigação natural, pois, por ser inexigível, não pode ser cobrado do devedor. Nesse diapasão, colocam-se as dívidas de jogo e as prescritas. (...) Válido o pagamento feito pelo devedor que não poderá repeti-lo. Esse seu único efeito jurídico. As obrigações naturais são desprotegidas de ação, aproximando-se mais de um dever moral do que jurídico. Destarte, não podendo ser acionado o devedor, não pode ser substituído pelo garante.

Embora majoritária, essa opinião não é unânime. Serpa Lopes (1993, v. 4:4471) distingue obrigações naturais com causa lícita e com causa ilícita. Estas últimas não admitiriam fiança. Já tal não ocorreria com as obrigações naturais com causa lícita, como no débito prescrito, que a admitiria. O autor leva em conta a dicção do art. 804, par. 1º (antigo, art. 1.477, parágrafo único), que proíbe de forma expressa apenas fiança de dívida de jogo. No entanto, a nosso ver, a ineficácia da fiança nas obrigações naturais reside na impossibilidade de ser acionado o devedor. Conseqüentemente, não há possibilidade de ser aflorada a garantia, que é acessória. De outro modo, a fiança converter-se-ia em obrigação principal.²⁵

²³ GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. Obrigações. 2 ed. 111 p. São Paulo: Saraiva, 2003.

²⁴ - “Por força do art. 877 do CC-02 (art. 965 do CC-16), quem voluntariamente pagou o indevido deve provar não somente ter realizado o pagamento, mas também que o fez por erro, pois a ausência de tal comprovação leva a se presumir que se trata de uma liberalidade.” (GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. Obrigações. 2 ed. 368 p. São Paulo: Saraiva, 2003.)

²⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. Contratos em espécie. 3 v. 3 ed. 229 p. São Paulo: Atlas, 2003.

9.0 É bem verdade que os verdadeiros beneficiários de tal pagamento foram as partes do contrato principal, não angariando qualquer proveito o fiador, a mercê da natureza do contrato de fiança, do benefício da sub-rogação (vistos anteriormente) e do que dispõem os arts. 349 e 831 do CC/02.

10.0 Por este motivo, admitir-se-ia até mesmo em defesa do fiador C, ainda que precipitadamente, cogitar-se que houve enriquecimento sem causa²⁶ não do locador A (porque, consoante visto, o ordenamento confere-lhe o legítimo direito à retenção do pagamento – efeito da obrigação natural), mas sim do locatário B que, em mora, a tudo assistiu passivamente, sem concorrer com a obrigação principal inicialmente devida, e, de igual sorte, sequer tendo reembolsado o fiador pelo pagamento em seu benefício realizado, em afronta aos referidos artigos.

11.0 Sucede, todavia, que o aplicador do direito deve ter uma visão sistêmica, que lhe permita uma utilização e aplicação harmônica daquelas normas disponíveis no ordenamento jurídico. Por isso, em nosso entendimento, resta que os arts. 349 e 831 do CC/02 não serão violados, conquanto subsistem, neste mesmo ordenamento, outras normas que amparam mais vigorosamente a situação jurídica do afiançado.

12.0 Desta maneira, vale transcrever o art. 882 do CC/02, que assim dispõe: “**Art. 882. Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita**, ou cumprir dívida de obrigação judicialmente inexigível.” (grifo nosso)

13.0 Neste sentido, Venosa assevera:

A discussão, vinda desde o Direito Romano, de saber se a dívida prescrita é dívida natural, fez com que o legislador a equiparasse expressamente no citado art. 970: “não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita ou cumprir obrigação natural” (novo, art. 882). Sem dúvida alguma, todas as características da dívida prescrita são de uma obrigação natural.

²⁶ “No sistema brasileiro, o enriquecimento ilícito traduz a situação em que uma das partes de determinada relação jurídica experimenta injustificado benefício, em detrimento da outra, que se empobrece, inexistindo causa jurídica para tanto.” (GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. Obrigações. 2 ed. 366 p. São Paulo: Saraiva, 2003.).

E, assim, dentro da conceituação do novo diploma, entende-se que a obrigação natural é juridicamente inexigível.²⁷

14.0 Portanto, sob o pálio fundamento da prescrição, constata-se que, uma vez extinta a pretensão do locador referente à obrigação principal, a renúncia da mencionada prescrição pelo fiador, sub-rogando-se dos direitos do credor, não é de veras suficiente para dotar de exigibilidade aquela obrigação decorrente do contrato de fiança, e que também terá, pois, essência meramente natural.

15.0 Tal sub-rogação é, por assim dizer, imperfeita, porquanto se verifica que a pretensão decorrente é natimorta, já nasce prescrita! Em síntese: se o credor originário detinha a pretensão mas a perdeu, quando se efetiva a sub-rogação, não é mais possível transferir ao patrimônio deste novo credor algo que já não mais existe, ou seja a pretensa cobrança jurídica.

16.0 Logo, para aquelas indagações feitas no 2º parágrafo deste texto temos as seguintes respostas:

a) A prescrição da obrigação principal vai repercutir, inevitavelmente, na sub-rogação operada em favor do fiador C, porque este não adquire a pretensão (inexistente) para cobrança do débito.

b) A renúncia da prescrição expressará uma obrigação meramente natural, motivo pelo qual não poderá obrigar juridicamente o afiançado/locatário B a restituir o valor eventualmente desembolsado, ainda que em seu favor.

17.0 Se já não bastasse isso, tem-se que a renúncia da prescrição partiu do terceiro juridicamente interessado naquela obrigação principal (fiador C), e jamais, sob hipótese nenhuma, poderia vir a prejudicar o afiançado (locatário B). Ao nosso ver, é a inteligência, a *contrario sensu*, do citado art. 191, e essencial para determinar pela im procedência, de uma vez por todas, da ilícita cobrança perpetrada pelo fiador C.

²⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 2 v. 2 ed. 50 e 51 p. São Paulo: Atlas, 2002.

CONCLUSÃO

1.0 Diante do que foi exposto, conclui-se, finalmente, que a renúncia da prescrição pelo fiador não afetará o afiançado/locatário, porque aquele já não mais poderá exercer sua pretensão referente ao direito sub-rogado ao aluguel. Assim, os arts. 349 e 841 do CC/02 devem ceder em função dos arts. 191 e 882 também do Diploma Civil.

2.0 O exercício da obrigação natural pelo fiador não pode ser oposto em detrimento do afiançado, que não concorreu para prescrição daquela obrigação jurídica inicialmente devida, muito menos para renúncia desta. Trata-se, em última instância, de uma medida em prol da segurança jurídica e harmonia social, não podendo ser o locatário eternamente responsável pelo cumprimento de obrigação que era juridicamente devida, mas, porque atingida pela prescrição, agora já não é mais exigível.

3.0 Por isso, os efeitos da mencionada renúncia deverão ser suportados exclusivamente pelo fiador²⁸, uma vez que foi um ato voluntário e de liberalidade, *de tal maneira que aquela cobrança em face do afiançado será indiscutivelmente ilícita*, o que põe um ponto final à questão central suscitada em nosso caso laboratorial.

4.0 Finalizando este texto, não poderíamos deixar de citar o atualíssimo comentário de Washington de Barros Monteiro, muito bem lembrado por Venosa em seu respectivo manual, e que expressa a verdadeira problemática por trás do caso prático que acabamos de nos servir:

Numa época em que a noção do prazo tende a desaparecer, substituída pelo espírito da moratória e pela esperança da revisão; em que o devedor conhece a arte de não pagar as dívidas e em que aquele que paga com exatidão no dia devido não passa de um ingênuo, que não tem direito a nada; em que as leis se enchem de piedade pelos devedores e em que as vias judiciárias se mostram imprescindíveis como injunção ao devedor civil, aparece como

verdadeiro anacronismo a obrigação natural, suscetível de pagamento voluntário, apesar de desprovida de ação.²⁹

BIBLIOGRAFIA

- DE FARIAS, Cristiano Chaves . Direito civil. Parte geral. Salvador: Podivm, 2003.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 3 v. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. Parte geral. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. Obrigações. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GOMES, Orlando. Introdução do direito civil. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- GOMES, Orlando. Obrigações. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- GOMES, Orlando. Contratos. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 2 v. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. Contratos em espécie. 3 v. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

OUTRAS OBRAS DO AUTOR

- Embargos de declaração, multa e pré-questionamento. Publicado na Revista do Curso de Direito da UNIFACS. 2 v. 207 à 215 p. Porto Alegre: Síntese, 2002. Também disponível em: http://www.unifacs.br/revistajuridica/edicao_outubro2001/index.htm.
- Monografia apresentada como requisito para conclusão do Curso de Direito na UNIFACS em 2001, sob o título Cognição e Satisfação: atuação jurisdicional sincrética.

²⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 2 v. 2 ed. 57 e 58 p. São Paulo: Atlas, 2002.