
DA LEGITIMIDADE DO FIADOR NO PROCESSO DE EXECUÇÃO

ARAKEN DE ASSIS*

Introdução

1. O artigo 568, IV, do CPC estatui que o fiador “judicial” é parte legítima passiva no processo de execução. Tal como lançada, e a lei não costuma adotar palavras inúteis, a norma tem endereço certo porque alude a uma das “espécies” de fiança, a judicial, que na lição de civilistas como Antonio Chaves¹ é inconfundível com a “convencional” – civil (artigos 1.481 a 1.504 do CCB) e comercial (artigos 256 a 263 do CCom) – ou a “legal” (artigo 297 do CCB). A fiança judicial é “garantia” prestada por terceiro, usualmente através de termo nos autos como informa Moacyr Amaral Santos,² em favor de uma das partes do processo ou de um interveniente, prevista em dispositivos esparsos no CPC – artigo 601, parágrafo único; artigo 602, § 2º; artigo 690, com localização necessária nos artigos 695, caput, e § 3º, e 696; artigo 819, II; e, finalmente, no procedimento específico dos artigos 826 a 838. O ponto foi flagrado com base na distinção por Amílcar de Castro³ e Alcides de Mendonça Lima;⁴ para a larga maioria dos comentadores do CPC de 1973 somente o fiador judicial, aquele que se responsabilizou pelos riscos do processo, é legitimado

*Professor Adjunto de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito do Instituto Ritter dos Reis. Professor de Direito Processual Civil na Unisinos e na Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul.

¹CHAVES, Antonio. *Tratado de direito civil*, v.II (Obrigações), Tomo II, nº 46, São Paulo, RT, 1984, p.1.224. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, v.III, nº 370-374, São Paulo, Saraiva, 1984.

²SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, v.III, nº 875, p.227, 3. ed., São Paulo, Saraiva, 1979.

³CASTRO, Amílcar de. *Comentários*, nº 23, 2. ed., São Paulo, RT, 1976, p.16.

⁴LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários*, v.VI, Tomo I, nº 316, 3. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1979, p.167-8.

passivo na execução independente de prévia ação condenatória.⁵ Diz, com elegância, Sérgio Bermudes: “contra o fiador não judicial, descabe execução sem prévia condenação, imposta por sentença proferida em relação processual de conhecimento, à qual foi devidamente integrado”.⁶ Não discrepa, por igual, trazendo o peso de sua invulgar autoridade, Pontes de Miranda: “o artigo 568 exclui a execução da sentença contra o fiador que não seja judicial, pois só se refere ao fiador judicial”.⁷

Este entendimento, aliás, possui raízes na disciplina da “ação executória” (execução por título judicial) do CPC de 1939, o qual, no artigo 88⁷, caput, também referia a fiador judicial.⁸

2. Mas, em que pese o texto da lei, em campo oposto situou-se Alcides de Mendonça Lima.⁹ Embora comentando a norma em foco tenha sido positivo — “a sua presença na execução”, aludindo ao fiador convencional, “deperderá, assim, de já haver participado do processo de cognição e sido condenado juntamente com o devedor principal”¹⁰ —, no exame do artigo 585, IV, que cuida da execução de alugueres com base em contrato escrito (título executivo extrajudicial) e suscita, por óbvio, o ponto prático da questão pois normalmente o contrato de locação traz como pacto adjeto a fiança, lança os alicerces da tese contrária sustentando que a renúncia ao princípio de ordem, assumindo o fiador a condição de principal pagador ou devedor solidário, enquadraria este no artigo 568, I, do CPC, ou seja, como “devedor” principal. O argumento foi rebatido por Pontes de Miranda porque a solidariedade, no campo do direito material, não implica necessariamente “igualdade de

⁵Neste sentido: CASTRO, Amílcar de. Ob. cit., nº 26, p.17. SANTOS, Moacyr Amaral. Ob. cit. nº 875, p.227-8. MARQUES, José Frederico. *Manual*, v.IV, nº 797, p.82 e nº 821, p.111/12, São Paulo, Saraiva, 1976. ROCHA, José de Moura. *Sistemática do novo processo de execução*, nº 12, São Paulo, RT, 1978, p. 22-3. VILLAR, Wilard de Castro. *Processo de execução*, São Paulo, RT, 1975, p.53. CASTRO, José Antonio de. *Execução no código de processo civil*, nº 16, 3.ed., p.9 e nº 50, p. 80-1, São Paulo, Saraiva, 1983. SOUZA, Orlando de. *Processo de execução*, nº 21, 3.ed., São Paulo, Saraiva, 1984, p.28. BARRETO, Amaro. *Execução civil e trabalhista*, nº 67, 2.ed., Rio de Janeiro, Ed. Trabalhistas, 1975, p.71-2. SANTOS, Ulderico Pires dos. *O processo de execução*, nº 12, Rio de Janeiro, Forense, 1982, p.21.

⁶BERMUDES, Sérgio. *Direito processual civil*, nº 20, São Paulo, Saraiva, 1983, p.83.

⁷MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao CPC de 1973*, v.IX, Rio de Janeiro, Forense, 1976, p.99-100.

⁸CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao CPC de 1939*, v.X, nº 41, Rio de Janeiro, Forense, 1941. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao CPC de 1939*, v.VI, Rio de Janeiro, Forense, 1949, p.74. REZENDE FILHO, Gabriel I. de. *Curso de direito processual civil*, v.III, nº 1.046, 8.ed., São Paulo, Saraiva, 1968, p.188. COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. *Direito processual civil brasileiro*, v.IV, nº 62, Rio de Janeiro, José Konfino, 1947, p.47.

⁹LIMA, Alcides de Mendonça. Ob. cit., nº 850, p.435. Em igual sentido, PACHECO, José da Silva. *Tratado das execuções*, v.I, nº 320, 2.ed., São Paulo, Saraiva, 1976, p.285.

¹⁰LIMA, Alcides de Mendonça. Ob. cit., nº 319, p.169.

tratamento processual".¹¹ Ou, como diz Amílcar de Castro, "conquanto se obrigue para com o credor, essa sua obrigação é sempre acessória e subsidiária, razão pela qual é erro grave confundir-se fiador solidário com devedor solidário".¹²

Humberto Theodoro Jr. admite a legitimidade do fiador convencional sob outra ordem de idéias. Esta espécie de fiador, ao contrário do judicial que tem uma legitimidade superveniente, é "legitimado originário" por força do artigo 585, III, do CPC que prevê, entre os títulos executivos extrajudiciais, o "contrato de caução", no qual se inclui a fiança.¹³ Há, então, uma autêntica conjugação entre o "contrato" principal, no qual figura o devedor *ex vi* do artigo 568, I, do CPC, e o "contrato" acessório (e utilizamos, deliberadamente, a terminologia do processualista mineiro), equiparando este último àquele e sujeitando, como devedor identificado no título executivo, ao processo de execução.¹⁴ Há dois pontos que merecem realce nesta notável concepção:

a) afirma Humberto Theodoro Jr. ser imprescindível a inclusão do fiador judicial no rol do artigo 568 porque, enquanto contra o fiador convencional existe título executivo, o contrato de caução, no que se refere ao primeiro "inexiste título, seja judicial ou extrajudicial";¹⁵

b) a execução de título executivo judicial resultante de condenação só do devedor, e não do fiador convencional, não pode ser estendida a este porque "se foi necessário uma sentença, é porque o contrato não era, por si só, título executivo".¹⁶

O dissídio doutrinário se refletiu na jurisprudência. Hoje, a tendência preponderante é no sentido de reconhecer na esteira do pensamento robusto de Alcides de Mendonça Lima a legitimidade passiva do fiador convencional.¹⁷

¹¹MIRANDA, Pontes de. *Comentários*, v.IX, p.343.

¹²CASTRO, Amílcar de. *Comentários*, Ob. cit., n.º 22, p.16.

¹³THEODORO JR., Humberto. *Processo de execução*, 7.ed., São Paulo, LEUD, 1983, p.55.

¹⁴Id., *Comentários*, n.º 48, Rio de Janeiro, Forense, 1979, p.74.

¹⁵Id., *ibid.*, p.74.

¹⁶Id., *ibid.*, p.75.

¹⁷No sentido da legitimidade: 3ª Câm. Cív. do TARS, na Ap. Cív. n.º 21.930, julg. em 12/dez/1979, rel. Juiz Luiz Melfbio Uiracaba Machado, publ. nos *Julgados*, v.34, p.355. 3ª Câm. Cív. do TARS, na Ap. Cív. n.º 23.344, julg. em 27/ago/1980, rel. Juiz Sérgio Pilla da Silva, publ. nos *Julgados*, v.37, p.382. 1ª Câm. Cív. do TARS, na Ap. Cív. n.º 27.793, julg. em 06/maio/1982, rel. Juiz Adalberto Libório de Barros, publ. nos *Julgados*, v.43, p.348. 3ª Câm. do 2º TACivSP na Ap. n.º 74.952, julg. em 13/jun/1978, rel. Juiz Sabino Neto, publ. na *Revista dos tribunais*, v.515, p.184. 2ª Câm. do 2º TACivSP na Ap. 77.577, julg. em 06/set/1978, rel. Juiz Lothario Octaviano, publ. na *Revista dos Tribunais*, v.520, p.202. 1ª Câm. do 2º TACivSP na Ap. 82.993, julg. em 14/nov/1978, rel. Juiz Ennio de Barros, publ. na *Revista dos tribunais*, v.523, p.180. 9ª Câm. do 2º TACivSP na Ap. n.º 132.415, julg. em 10/jun/1981, rel. Juiz Joaquim de Oliveira, publ. na *Revista dos tribunais*, v.559, p.174. No sentido da ilegitimidade: 2ª Câm. Cív. do TARS, na Ap. Cív. n.º 20.089, julg. em 03/abr/1979, rel. Juiz Cristovam Daiello Moreira, publ. nos *Julgados*, v.31, p.326. 1ª Câm. Cív. do TARS, na Ap. Cív. n.º 15.255, julg. em 17/nov/1977, rel. Juiz Nathaniel Marques Guimarães, publ. nos *Julgados*, v.26, p.204.

3. O advento da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, veio agravar a divergência. O artigo 4º, II, da LEF, menciona apenas “fiador” e, assim, não faz qualquer discriminação entre as espécies de fiança. Milton Flaks, no entanto, acredita existente a restrição do artigo 568, IV, do CPC na lei especial.¹⁸ Em sentido contrário, Iran de Lima¹⁹ e Humberto Theodoro Jr., o primeiro de maneira expressa, e o último mediante a curiosa afirmativa que “por se tratar de uma responsabilidade objetiva não haverá necessidade de acerto algum para permitir a abertura da execução fiscal”.²⁰

Em vista disto, é imperiosa uma tentativa de harmonizar premissas, e, a partir dos pontos de convergência, tentar resolver uniformemente o problema da legitimidade passiva do fiador convencional no processo de execução.

Fiança e execução fundada em título extrajudicial

4. Não há dúvida que a “fiança” é um negócio do gênero “caução” (infra, nº 8) e que carece de forma “escrita” (artigo 1.483 do CCB).²¹ O elemento marcante da fiança é a sua “accessoriedade”.²² Observa Antonio Chaves que o fiador, na verdade, não cria uma nova dívida, apenas acresce um sujeito à obrigação do afiançado, colocando-se num plano subsidiário e eventual.²³ Mas, de outro lado, é preciso ferir um ponto essencial e no qual se funda a posição de Alcides de Mendonça Lima (retro, nº 2), e que consiste precisamente na renúncia ao benefício de ordem e na declaração de o fiador ser “principal pagador” ou “devedor solidário” (artigo 1.492, II, do CCB).

Antonio Chaves não se impressiona com o fato e não reconhece sub-rogação passiva do fiador na posição do devedor principal pois, lembrando a fiança comercial que é solidária (artigo 258 do CCom), e, logo, não há como resgatar benefício de ordem, afirma que o fiador não é o devedor.²⁴ É muito difícil baralhar essas figu-

¹⁸FLAKS, Milton. *Comentários à lei das execuções fiscais*, § 43, Rio de Janeiro, Forense, 1981, p.132.

¹⁹LIMA, Iran de. *A dívida ativa em juízo*, São Paulo, RT, 1984, p.59-60.

²⁰THEODORO JR., Humberto. *A nova lei da execução fiscal*, nº 10, São Paulo, LEUD, 1982, p.21, nota nº 3. PACHECO, José da Silva. *Comentários à nova lei da execução fiscal*, nº 45, São Paulo, Saraiva, 1981, p.40.

²¹GOMES, Orlando. *Contratos*, nº 369, 5.ed., Rio de Janeiro, Forense, 1975, p.530. DINIZ, Maria Helena. Ob. cit., p.370

²²PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v.III, 3.ed., nº 271, Rio de Janeiro, Forense, 1970, p.354.

²³CHAVES, Antonio. Ob. cit., p.1226-7.

²⁴Id. *ibid.*, MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, v.44, § 4.783, Rio de Janeiro, Borrdi, 1962, p.104-5.

ras. No direito italiano, por exemplo, a fiança normalmente coloca o fiador como solidário e nem por isto perde o caráter de contrato acessório.²⁵

Mas, o que vem a ser o benefício de ordem? O artigo 1.491 do CCB estabelece que “o fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até à contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor” e, com este sentido, encontra-se a alegação que tal privilégio constitui uma “exceção dilatória”, a qual, como pondera Orlando Gomes,²⁶ há de ser invocada tempestivamente na ação e exercida junto com a nomeação de bens prevista no parágrafo único do artigo 1.491 do CCB.

O dispositivo do CCB prevê nada menos que um processo executivo nos moldes da famosa assinatura de dez dias, existente à época das Ordenações e em alguns códigos estaduais, ou da “ação executiva” vigente ao tempo do CPC de 1939, que não passavam de processos de conhecimento com “cognição sumária”. Estes procedimentos típicos do direito luso-brasileiro e que o artigo 1.491 do CCB revive na lição inatual dos civilistas visavam “a consecução de uma sentença condenatória de modo mais rápido do que o do processo ordinário, ao mesmo tempo que o procedimento era simplificado, e a defesa do devedor sensivelmente diminuída” na incensurável explicação de Enrico Tullio Liebman no clássico estudo ainda insuperado.²⁷ Nessas hipóteses, em que a lei material para contrariar a natureza encurtada do conhecimento inclui a utilização pelo fiador das exceções pessoais que lhe cabiam e as do devedor caso este não seja demandado ou permaneça inerte (artigo 1.502 do CCB), e, ao mesmo tempo, sucedendo um ato preambular de constrição patrimonial (penhora) antes mesmo do juízo declaratório acerca da existência, validade e eficácia da obrigação principal e da fiança que lhe seja correlata, tão característico de uma ação executiva que o CPC de 1939 fez assimilar a assinatura de dez dias, é compreensível possa o fiador “até a contestação da lide” sustentar o benefício de ordem e, concomitantemente, nomear os bens do devedor livres e desembaraçados localizados no foro da execução. A falta destes requisitos, por sinal, constantes do artigo 1.491, parágrafo único, do CCB, acarreta *a fortiori* “ineficácia” da nomeação *ex vi* do artigo 656, incisos III e IV, do CPC. Mas, indiscutível que na sistemática da *executio parata* introduzida no direito brasileiro pelo CPC de 1973 não é lícito ao fiador “contestar” porque contestação inexistente — a defesa se concentra nos embargos e após a penhora — e sim, no prazo de vinte e quatro horas do artigo 652 do CPC, nomear os bens do afiançado com apoio no artigo 595, caput, do CPC. Sendo assim, a penhora de bens do devedor reclama dois pressupostos: (a) existência do

²⁵TORRENTE, Andrea & SCHLESINGER, Piero. *Manuale di diritto privato*, § 358, 10.ed., Milano, Giuffrè, 1978, p.600. TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*, nº 268, 23. ed., Padova, Cedam, 1976, p.629.

²⁶GOMES, Orlando. *Ob. cit.*, nº 370, p.531.

²⁷LIEBMAN, Enrico Tullio. *Execução e ação executiva*, nº 10, p.66, publ. em *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, São Paulo, José Bushatky, 1976.

benefício de ordem no direito material; e (b) invocação do benefício porque se trata de matéria disponível. O patrimônio do fiador, em princípio livre da expropriação por obrigação do devedor principal, atrela-se ao processo executivo em decorrência dessas circunstâncias e isto significa que o chamado benefício de ordem não passa de uma “impenhorabilidade relativa” criada na órbita material, quer dizer, cuida-se de uma “penetrabilidade controlada” no patrimônio da atividade satisfativa do Estado. O benefício de ordem é tratado nestes termos do direito português conforme Artur Anselmo de Castro.²⁸

5. Ora, sob tal prisma resulta claro que a inexistência do benefício de ordem por cláusula de principal pagador ou solidariedade tem reflexos no plano processual pois desaparece, por exclusão prévia, uma impenhorabilidade relativa. Mas, de outro lado, não parece que altere radicalmente a “natureza jurídica” da fiança, que continua como contrato acessório, e nem a posição do fiador, ainda subsidiária e eventual. É concebível tenha o credor interesse exclusivo de executar o patrimônio do devedor principal. São mantidas, outrossim, certas normas inerentes ao contrato de fiança (*verbi gratia*, as dos artigos 1.483, segunda parte, 1.486, 1.487, 1.494 do CCB) e, por suposto, inaplicáveis em caso de “obrigações solidárias”. A doutrina italiana identifica a fiança (e a separa da simples solidariedade) justamente por essas regras.

É falsa, portanto, uma equiparação *tout court* entre o “fiador solidário” e o “devedor solidário”. A declaração de solidariedade do fiador não o coloca em idêntica posição a do devedor principal, porém, ao revés, só aniquila, no plano processual, a impenhorabilidade relativa de seus bens.

6. Não é possível confundir, quando se examina a legitimidade passiva do fiador convencional, a execução fundada em título judicial e a execução fundada em título extrajudicial. Antes do CPC de 1973 coexistiam dois processos paralelos designados como “ação executiva” e “ação executória”. Esta última era a execução com base em sentença. A ação executiva, como referimos (retro, nº 4), mascarava uma ação condenatória embutida em processo de cognição sumária embasada nos *instrumenta guaranteegiata* que, fruto do mercantilismo da Idade Média, os juristas do direito comum fizeram equiparar ao título judicial (sentença) para fins de *executio parata* na Itália e em França, enquanto os praxistas lusos escovaram um procedimento notavelmente brando em que era aberto o prazo de dez dias para o réu provar os seus embargos e, caso se apresentassem questões complexas, a condenação desde logo proferida ensejaria só execução “provisória”.²⁹

²⁸CASTRO, Artur Anselmo de. *Ação executiva singular, comum e especial*, nº 25, 3.ª ed., Coimbra, 1977, p.110. Veja-se que curiosamente REDENTI, Enrico. *Fideiussioni*, nº 33, p.175, publ. em *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, v.II, Milano, Giuffrè, 1962.

²⁹LIEBMAN, Enrico Tullio. *Ob. cit.*, nº 11, p.65-9.

A legitimidade do fiador judicial era aceita sem prévia condenação no direito luso-brasileiro e na *executio parata* então conhecida, ou seja, na execução por título judicial. Naquela outra hipótese, como é curial, o fiador era demandado e condenado em um processo que, não obstante o desiderato precípuo de executar, vinculava este objetivo ao conhecimento do direito do devedor principal e do fiador.

Manuel de Almeida e Souza, em passagem aliás obscura, afirma que “a Sentença obtida contra o condenado, pode executar-se contra seu fiador *de iudicato solvendo*; juntando-se com a Sentença a Escritura pública de fiança, se ele se obrigou como fiador e principal pagador, ou de algum modo renunciou ao benefício de excussão. . . Não assim o fiador do Contrato, que pode ser executado pela Sentença obtida contra o Devedor”.³⁰ Interessante observar, além da fórmula de negação duvidosa, que o caso levantado pelo mestre de Lobão se afasta da “forma” contemporânea de uma “fiança judicial”, que seria prestada em instrumento público apartado, e insinuando que este título só careceria exibição tendo ocorrido renúncia ao benefício de ordem, isto é, estando repelida a impenhorabilidade relativa dos bens do fiador. É idêntica a lição de Joaquim José Caetano Pereira e Souza, mas, no que tange à fiança judicial, esclarece ser ato do processo.³¹ Teixeira de Freitas diz ser fiança judicial a ordenada pelo juiz e, no artigo 405 da Consolidação das Leis Civis, faz equivaler o termo nos autos à escritura pública “a respeito de qualquer contrato”.³² Infere-se daí que a fiança se enquadra no molde da espécie judicial não porque tenha por forma escritura pública ou termo nos autos, e sim porque a “obrigação” garantida é vinculada direta ou indiretamente ao processo.

Esta lição ainda parece sábia na interpretação do artigo 568, IV, do CPC. O fiador judicial assume tal condição em negócio jurídico intimamente relacionado ao processo. Esta obrigação, própria, de solver a obrigação do devedor principal, tem um inusitado caráter publicístico: o inadimplemento e a sua averiguação através do íngreme caminho do processo de conhecimento ofenderia antes o poder jurisdicional que o interesse privado da parte beneficiada com a garantia.

Há, por tal motivo, uma legitimação superveniente do fiador³³ porque a junção de um outro título, o da fiança judicial, estende-se ao fiador a “responsabilidade patrimonial” que, em princípio, era exclusivamente do devedor. O fiador possui assim a curiosa posição de “terceiro” quanto ao título executivo, porque lá não se encontra no pólo passivo, e de “parte” no processo executivo posto envolvido na

³⁰SOUZA, Manuel de Almeida e. *Tractado encyclopedico, pratico, critico, sobre as execuções que procedem por sentenças*, § 62, Lisboa, Imprensa Regia, 1817, p.75.

³¹SOUZA, Joaquim José Caetano Pereira e. *Primeiras linhas sobre o processo civil*, v.I, § CXI, p.194-5, e v.III, § CCCLXXVIII, p.15-7, Rio de Janeiro, Perseverança, 1879.

³²FREITAS, Teixeira de. *Consolidação das leis civis*, p.278 e 471. E mesmo quando a lei diz “fiador” sempre entendeu-se o fiador do juízo: MONTEIRO, João. *Programma do curso de processo civil*, § 256, 4.ed., Rio de Janeiro, Jornal do Brasil, 1925, p.781-2, nota 6.

³³THEODORO JR., Humberto. *Comentários*, cit., nº 58, p.74.

expropriação (artigo 647, I a III, do CPC) de um integrante do seu patrimônio. O fenômeno já fora apontado por Enrico Tullio Liebman, nos idos de 1934, mas com a importante ressalva de o direito italiano conhecer este tipo de responsabilidade *a carico di un bene determinato, ma non a carico di una persona e di tutto il suo patrimonio*,³⁴ como o caso, esclarece ainda Liebman, do fiador (*fideiussore*). Igual, no particular, a opinião de Gian Antonio Micheli.³⁵ A ineficácia do título perante esses sujeitos, no direito italiano, reclama ação de condenação.

No direito brasileiro, entretanto, percebeu Enrico Tullio Liebman a diferença: “ocorre a seu respeito”, referindo o fiador judicial, “extensão de eficácia do título executório, de tal forma que ele se torna responsável em igualdade de condições com o condenado, por uma dívida deste”.³⁶

Existe, então, uma extensão da eficácia subjetiva atada ao título executivo. Mas, embora do artigo 568, IV, do CPC não se recolha tal circunstância, é preciso comprovar o fato com o contrato de caução fidejussória judicial, que, tal como se induz daqueles dispositivos mencionados (retro, nº 1), está normalmente expresso em “termo nos autos” (artigo 168 do CPC), para os fins do artigo 614, I e II, do CPC. Nada impede, porém, que a fiança judicial fique contida em instrumento público ou particular.

7. Mas, sob outro aspecto, e independentemente das causas que determinam a prévia condenação (infra, nº 9), a posição do fiador convencional foi resolvida, no que tange à execução por título judicial, com invulgar acerto por José Alberto dos Reis.³⁷ O fiador, com efeito, é passível de ser executado com base em sentença condenatória (artigo 584, I, do CPC) na qual tenha sido condenado. Há várias hipóteses: (a) o credor pode demandar simultaneamente o devedor e o fiador e, neste caso, a eficácia do título abarca ambos – o problema da penhorabilidade dos bens do fiador, já na execução, vincula-se à existência, ou não, do benefício de ordem; (b) o credor demanda exclusivamente o devedor: aí, sendo inviável a provocação por este da intervenção do fiador, o título não terá eficácia perante o fiador; (c) o credor demanda o fiador: nesta hipótese, pode ou não ocorrer, a libito do fiador, o chamamento do devedor principal (artigo 77, I, do CPC): na primeira, abre-se a possibilidade de o credor executar também o devedor principal,³⁸ se for do seu interesse, e

³⁴LIEBMAN, Enrico Tullio. Il titolo esecutivo riguardo ai terzi, nº 11, p.337, publ. em *Problemi del processo civile*, Milano, Mozano, 1962.

³⁵MICHELI, Gian Antonio. *Esecuzione forzata*, Bologna & Roma, Zanichelli & Foro Italiano, 1977, p.13.

³⁶LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, nº 38, 4.ed., São Paulo, Saraiva, 1980, p.95.

³⁷REIS, José Alberto dos. *Processo de execução*, v.I, nº 67, 2.ed., Coimbra, 1982, p.238-52. PRAZERES, Manoel Augusto Gama. *Do processo de execução*, p.200-3.

³⁸Sobre a eficácia do título, nesses casos, é preciso examinar CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*, nº 17.4, São Paulo, Saraiva, 1983, p.86-7.

no segundo, por óbvio, só o fiador; mas, também aqui, é possível ou não o fiador gozar do benefício de ordem, não porque tenha deixado de chamar o devedor principal, mas porque a existência desta impenhorabilidade relativa está presa ao plano do direito material (em última análise ao que o fiador dispôs no negócio jurídico de fiança) e é ele que vai informar o exercício da faculdade do artigo 595, caput, do CPC. O mesmo sucede, abstraída a fase de conhecimento e realizadas as devidas adaptações, se a execução por qualquer motivo for proposta já fundada em título judicial contra o devedor e o fiador, ou, somente, contra o devedor ou contra o fiador.

É curial, nas hipóteses traçadas por José Alberto dos Reis, que não existe extensão da eficácia ao fiador porque este ali consta como sujeito passivo identificado como tal no título e, portanto, devedor (entenda-se: executado) no figurino do artigo 568, I, do CPC. Contudo, para melhor compreensão do que se passa no plano do direito material, importante frisar que não é “devedor” da obrigação e continua “fiador” de uma obrigação alheia.³⁹

Caução e título executivo extrajudicial

8. Mas, sucede que no moderno processo de execução a igualdade de tratamento entre os *instrumenta garantigata* e a sentença condenatória subverteu a concepção dos velhos praxistas luso-brasileiros. É que entre os títulos extrajudiciais o CPC admitiu os contratos de “caução” (artigo 585, III, do CPC).

Ora, caução ou contrato de garantia é “real” quando atrela um bem e se articula nas espécies dos chamados direitos reais de garantia (penhor, hipoteca e anticrese) e “fidejussória”, ou seja, pessoal, quando vincula a inteireza do patrimônio, sendo a última também chamada de fiança⁴⁰ e, por seu turno, dividida nas espécies analisadas (retro, nº 1). Em suma, o artigo 585, III, do CPC admite como título executivo o “contrato de fiança”.

O artigo 298, VI, do CPC de 1939 incluía a “caução judicial” como um dos casos de ação executiva.⁴¹ O artigo 585, III, do CPC é bem mais abrangente porque amputou o adjetivo “judicial” e, além disto, enumera antes a caução real, ou seja, os contratos de penhor, hipoteca e anticrese. De outra banda, evidencia-se que não é só a caução judicial título executivo, como parece querer Pontes de Miranda,⁴² mas

³⁹Ver, a respeito, LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários*, cit. nº 154, p.92-3, em crítica à terminologia do CPC.

⁴⁰CHAVES, Antonio. Ob. cit., p.1.223. DINIZ, Maria Helena. Ob. cit., p.366-7.

⁴¹AMERICANO, Jorge. *Comentários*, v.II, São Paulo, Saraiva, 1942, p.92. GUIMARÃES, Luis Machado. *Comentários*, nº 55, Rio de Janeiro, Forense, 1942, p.67.

⁴²MIRANDA, Pontes de. *Comentários*, cit., p.332.

ela também o é porque negócio jurídico com forma escrita e detentor dos elementos que se poderia licitamente reclamar para um título executivo, às vezes incluído em escritura pública, não se compreendendo, assim, a restrição de Alcides de Mendonça Lima que exclui do rol a caução judicial.⁴³

9. É aqui, justamente, que se começa a resolver a questão da legitimidade do fiador no processo executivo. Será possível, no caso cediço do contrato de locação com pacto adjeto de fiança, executar o fiador sem prévia condenação? Ou, por outro lado, em que hipóteses é necessário constituir um título executivo judicial (retro, nº 7) para exitosamente executar o fiador convencional?

José Alberto dos Reis equipara para esses efeitos o título executivo judicial e o extrajudicial. Aceita, portanto, que o “fiador convencional” seja executado diretamente ante a obrigação incumprida pelo devedor principal.⁴⁴ Cuida-se, é lógico, de fiador convencional porque a obrigação garantida não diz respeito ao processo.

E, implicitamente, soluciona o segundo ponto.

É preciso admitir a existência de dois títulos executivos, um contra o devedor principal e outro contra o fiador, sendo sucedível, entretanto, que tenham se constituído em momentos diferentes e através de documentos (títulos) diversos, e, por isso, “um só dos títulos ter força executiva”,⁴⁵ isto é, revestir os requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade (artigo 586, caput, do CPC). Aí, não sendo o contrato de caução (que obriga o fiador), por qualquer motivo, título executivo, claríssimo que o fiador convencional se livra da execução direta — e o credor terá de propor ação de condenação. Mas, ao contrário, se não for título executivo o documento representativo da obrigação do devedor principal? Para o processualista luso a hipótese é em tudo semelhante, na execução de título judicial, àquela de o credor só demandar o fiador e obter contra ele sentença condenatória. Concebe José Alberto dos Reis a execução da obrigação acessória sem a desejável executividade da obrigação principal! Não é, sinaladamente, o ponto-de-vista de Humberto Theodoro Jr. Sustenta, com inteira razão, que na hipótese — incerteza quanto à obrigação do devedor principal — torna-se imprescindível a ação de condenação.⁴⁶ E, não fora assim, qual o interesse e quando o credor teria de demandar o fiador e construir título executivo judicial além da rara hipótese de a caução que tem forma escrita ela própria não ser título executivo extrajudicial?

⁴³LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários*, cit., nº 820, p.419. CASTRO, José Antonio de. *Execução no código de processo civil*, nº 48, p.75. VILLAR, Wilard de Castro. *Processo de execução*, p.216. ROCHA, José de Moura. *Sistemática*, nº 35, p.130; contra SANTOS, Ulderico Pires dos. *O processo de execução na doutrina e na jurisprudência*, nº 190, Rio de Janeiro, Forense, 1982, p.131.

⁴⁴REIS, José Alberto dos. *Ob. cit.*, nº 67, p.243 e 252; exemplo disto é o artigo 1.486 do CCB do direito brasileiro.

⁴⁵*Id.*, *ibid.*, p.243.

⁴⁶THEODORO JR., Humberto. *Comentários*, cit., nº 48, p.75.

⁴⁷Vide nota nº 9.

10. O requisito fundamental para executar o fiador convencional sem anterior ação condenatória consiste na existência conjunta de título executivo judicial ou extrajudicial contra devedor e fiador. Não importa, nesta linha, a origem ou a homogeneidade dos títulos. Há, na verdade, conjunção de títulos executivos para o fito de a obrigação prevista em um, figurando o devedor principal nele, tenha eficácia perante o outro, em que se situa o fiador.

Entretanto, o fiador não se coloca como “devedor” no primeiro título executivo (artigo 585, I, do CPC) como quer Alcides de Mendonça Lima e, tampouco, prende-se o ponto à solidariedade no plano do direito material. O fiador é, não obstante o contrato de caução, um “legitimado superveniente” porque a eficácia do título existente contra o devedor principal não o alcança e nem autoriza a expropriação de seu patrimônio. Demais, a caução constitui um contrato sempre “acessório” (retro, nº 5) e supõe a obrigação principal, motivo porque reconhecer uma legitimidade originária para o fiador implica destruir, no plano do direito material, a acessoriedade da fiança convencional ou judicial.

Os reparos que merece a concepção de Humberto Theodoro Jr. (retro, nº 2) são secundários. Há, indiscutivelmente, negócio jurídico (“contrato”) na fiança judicial, seja a forma o termo nos autos, seja a escritura pública ou o instrumento particular. Além disto, é possível a reunião de título judicial e extrajudicial.

Conclusão

11. As conclusões da tentativa de harmonização de premissas e pacificação do problema têm os seguintes contornos:

— o benefício de ordem ou de excussão na verdade constitui uma impenhorabilidade relativa de ordem material, de caráter disponível, e sua renúncia não torna o fiador “devedor”, no plano do direito material, nem um “devedor” (*rectius*: executado) na tipificação do artigo 568, I, do CPC, pois caso contrário seria inviável qualquer distinção entre a obrigação do fiador e a do devedor solidário naqueles casos e ordenamentos em que a solidariedade é a regra;

— o fiador judicial, ou seja, aquele que assumiu o ônus de solver alguma obrigação emergente do processo pelo devedor principal, é passível de execução sem prévio processo de conhecimento porque interesses públicos interferiam na formulação da legitimidade e há consideração pela natureza da dívida;

— esta hipótese caracteriza uma extensão da eficácia do título executivo perante terceiro;

— o fiador convencional, ou seja, aquele que assumiu o ônus de solver qualquer obrigação no plano do direito material, é também legitimado passivo na execução de título judicial ou extrajudicial sem prévia condenação, contrariando a tradição do direito luso-brasileiro, porque inclui-se no rol do artigo 585 do CPC o contrato de fiança;

- a execução contra o fiador convencional requer a conjugação de títulos judicial ou extrajudicial contra o devedor e o fiador;
- a existência do benefício de ordem ou de excussão diz com o direito material (artigo 1.492 do CCB) e não influi a extensão da eficácia do título executivo perante o fiador.

Em síntese, o fiador convencional é parte legítima na execução fundada em título judicial ou extrajudicial.