

ANTINOMIA DA ANTINOMIA EM RELAÇÃO AO BENEFÍCIO DE ORDEM POR FIADOR

– Análise do art. 595 do CPC e do parágrafo único do art. 827 do CC -

CASSIANO GARCIA RODRIGUES

Mestre e Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. Professor de Processo Civil na Graduação e Pós-Graduação Lato Sensu na Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal – UNIDERP. Professor de Processo Civil na Pós-Graduação Lato Sensu da UNAES. Professor de Processo Civil na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Professor da Escola Superior da Advocacia – ESA. Professor Assistente da Pós-graduação da PUC/SP. Professor de Processo Civil da Pós-Graduação do Curso do Damásio. Assessor de Desembargador.

1. INTRÓITO

O art. 595 do CPC permite que o fiador se valha de benefício de ordem para indicar que há bens do devedor principal em qualquer outro lugar e não apenas no local onde tramita a execução. No entanto, o parágrafo único do art. 827 do Código Civil limita o sucesso do benefício de ordem somente se os bens do devedor principal estiverem na Comarca da execução.

Veja a disposição:

O fiador, quando executado, poderá nomear à penhora bens livres e desembargados do devedor. Os bens do fiador ficarão, porém sujeitos à execução, se os do devedor forem insuficientes à satisfação do direito do credor (art. 595 do CPC)¹.

¹ Regra assemelhada no direito português, conhecida como penhora subsidiária (art. 828), mas não há nesta alienígena a restrição territorial: “1 – Na execução movida contra o devedor principal e o devedor subsidiário que deva ser previamente citado, não podem ser penhorados os bens deste, enquanto não estiverem executados todos os bens do devedor principal; a citação do devedor subsidiário só precede a excussão quando o exequente o requeira, tendo, neste caso, o devedor subsidiário o ônus de invocar o benefício da excussão, no prazo da oposição à execução. 2 – Instaurada a execução apenas contra o devedor subsidiário e invocando este o benefício da excussão prévia, pode o exequente requerer, no mesmo processo, execução contra o devedor principal, promovendo a penhora dos bens deste”.

O fiador que alegar o benefício de ordem, a que se refere este artigo, deve nomear bens do devedor, sitos no mesmo município, livres e desembargados, quantos bastem para solver o débito (parágrafo único do art. 827 do Código Civil).

Diante da pergunta se o benefício de ordem pode ser exercido, ainda que os bens do devedor principal estejam em Comarca diversa de onde tramita a execução, a resposta deve ser: depende.

Depende da regra (norma) que deverá prevalecer.

Então, qual prevalece?

2. SOLUÇÃO DA ANTINOMIA OU CONFLITO DE NORMAS

Quando se pergunta qual dispositivo legal deve prevalecer diante do antagonismo de duas normas (regras), não há alternativa a não ser a adoção do critério da hierarquia e dos critérios dados pela Lei de Introdução ao Código Civil (art. 2º).

Esses critérios são os instrumentos utilizados para solucionar antinomia no sistema jurídico (em relação às regras), de forma que neles haverá conclusão sobre qual norma deverá prevalecer, já que o conflito de regras sem o estabelecimento de critérios solucionadores para sua solução levará à insegurança jurídica.

O que se está a dizer é que é impossível dissociar a ideia de um sistema jurídico desprovido de critérios para solução de conflitos entre suas regras, sob pena de não cumprir sua razão de ser como a pacificação social²⁻³.

² O sistema jurídico deverá, teoricamente, formar um todo coerente, deve, por isso, excluir qualquer contradição lógica nas asserções feitas pelo jurista, elaborador do sistema, sobre as normas para assegurar sua homogeneidade e garantir a segurança na aplicação do direito. Para tanto o jurista lançará mão de uma interpretação corretiva, guiado pela interpretação sistemática, que o auxiliará na pesquisa dos critérios a serem utilizados pelo aplicador do direito para solucionar a antinomia (Maria Helena Diniz. Conflito de normas. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 13).

³ A ciência do direito deve procurar purgar o sistema de qualquer contradição, indicando os critérios para solução dos conflitos normativos e tentando harmonizar os textos legais. A esse esforço ou arte, os Estatutos da Universidade de Coimbra de 1772 denominavam terapêutica jurídica (Maria Helena

Sistema jurídico sem critério de solução de antinomia levaria uma regra a excluir a outra, resultando na ausência de norma conduta, isto é, ausência de legiferarção total em relação àquele fato fenomênico, o que equivaleria a nada. Se duas regras são antagônicas, o seu resultado no meio social é igual a zero, portanto desprovido de qualquer efeito no meio social.

Podemos afirmar que, se há uma regra que aprova e outra que não, importa em lei sem sua característica principal, qual seja: a imperatividade. Lei sem ser imperativa não passa de um amontoado de letrinhas⁴⁻⁵.

Pois bem. Levando-se em conta os critérios para afastar a antinomias entre as regras, em havendo hierarquia entre elas, a norma superior prevalece. Este é o primeiro critério a ser utilizado, necessariamente.

Apesar de esse critério não estar “expresso” na LICC, ele é princípio “*implícito*” da Constituição brasileira. Se há controle de constitucionalidade (alínea “a” do inciso I do art. 102 da C/88), é porque a Constituição é norma superior; isso justifica seu *quorum* qualificado para o exercício do poder constituinte derivado (art. 60 da CF/88), bem como do *quorum* qualificado, também, para a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais estaduais e federais (art. 97 da CF/88).

Então, com base neste critério, havendo conflito entre legislação infraconstitucional e constitucional, prevalece a constitucional. Igualmente em relação às legislações infraconstitucionais que portem hierarquia sobre as demais, assim como acontece com os tratados internacionais de direitos humanos, já ratificados antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45 (§3º do art. 5º da CF/88) em relação à legislação

Diniz. Conflito de normas. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 15).

⁴ Na lição de Del Vecchio (Filosofia Del derecho. 13 ed. Milano, Giuffrè, 1965, p. 339): “*A norma jurídica é imperativa como toda norma destinada a regular o agir do homem e a orientá-lo para suas finalidades. É imperativa porque impõe um dever, um determinado comportamento*”.

⁵ Aproveitando ainda os ensinamentos de Maria Helena Diniz (Compêndio de introdução à ciência do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 349): “*A norma é um produto de formação social. A autoridade apenas declara a norma jurídica, induzindo-a dos fatos, das relações objetivas exteriores e, uma vez declarada, ela adquire vida própria, destacando-se da vontade de quem a estabeleceu e vive acompanhando as vicissitudes da vida social, já que para reste fim existe*”.

infraconstitucional, que portam hierarquia supralegal e infraconstitucional, portanto acima da lei e abaixo da constituição.

Não havendo hierarquia entre as regras, deve se adotar um dos critérios dado pelo art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto n. 4.657) que assim dispõe:

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

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

§ 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

Assim, em havendo conflito entre duas regras de mesma hierarquia e sendo uma especial e uma geral, a especial prevalece sobre a geral (*lex specialis derogat generali* - §3º do art. 2º da LICC), já que ela somente existe para regular específica e detalhadamente um determinado fato social⁶.

Igualmente em caso de uma das ações previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, na qual o prazo para apelar é de 10 (dez) dias, e não de quinze dias. Isso porque o art. 198 da Lei n. 8.069/90 é regra especial que afasta a incidência da regra geral (art. 508 do CPC – Lei n. 5.869/90).

⁶ É certo que a norma geral cede para a norma especial, logicamente, quando elas conflitarem, ou seja, tratamento do mesmo tema de forma antagônica. Mas, em caso de lacuna na norma especial, deve ser aplicada a regra geral, desde que compatível com ela. Então, em caso de conflito, a especial ganha da geral, mas em caso de omissão da especial, aplica-se a geral. São sistemas opostos, mas que se completam, já que o geral não toca naquilo que o especial tocou, apenas toca naquilo que não foi tocado pela especial. A um só tempo, evita-se a insegurança jurídica e supre lacunas.

Com base na mesma premissa: a Lei 9.289/96, que dispõe sobre custas devidas na Justiça Federal, não revogou o art. 18 da Lei 7.437/85.

Veja-se a respeito da *lex specialis derogat generali*:

Revela-se insuscetível de conhecimento o recurso de apelação cujas razões são apresentadas fora do prazo a que se refere o art. 82, § 1º, da Lei nº. 9.099/95, pois, no sistema dos Juizados Especiais Criminais, a legislação estabelece um só prazo - que é de dez (10) dias - para recorrer e para arrazoar. As normas gerais do Código de Processo Penal somente terão aplicação subsidiária nos pontos em que não se mostrarem incompatíveis com o que dispõe a Lei nº. 9.099/95 (art. 92), pois, havendo antinomia entre a legislação processual penal comum (lex generalis) e o Estatuto dos Juizados Especiais (lex specialis), deverão prevalecer as regras constantes deste último diploma legislativo (Lei nº. 9.099/95), em face das diretrizes fundadas no critério da especialidade (STF. HC 79843/MG. Ministro Celso de Mello. Julgamento: 30/05/2000. Órgão Julgador: Segunda Turma).

Revela-se inaplicável, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o art. 113, § 2º, do CPC, eis que o art. 21, § 1º, do RISTF estabelece que o Relator da causa, na hipótese de incompetência deste Tribunal, deve limitar-se a negar seguimento ao pedido, sem ordenar, contudo, o encaminhamento dos autos ao juízo competente, sob pena de o Supremo Tribunal Federal converter-se, indevidamente, em órgão de orientação e consulta das partes, em tema de competência, notadamente quando os sujeitos processuais tiverem dúvida a respeito de tal matéria. Precedentes. - A norma consubstanciada no art. 21, § 1º do RISTF foi recebida, pela vigente Constituição, com força e eficácia de lei (RTJ 167/51), porque validamente editada com fundamento em regra constitucional que atribuía, ao Supremo Tribunal Federal, poder normativo primário para dispor sobre o processo e o

juízo dos feitos de sua competência originária ou recursal (CF/69, art. 119, § 3º, "c"). Esse preceito regimental - destinado a reger os processos no âmbito do Supremo Tribunal Federal - qualifica-se, por isso mesmo, como "lex specialis" e, nessa condição, tem precedência sobre normas legais, resolvendo-se a situação de antinomia aparente, quando esta ocorrer, pela adoção do critério da especialidade - "lex specialis derogat generali" (STF. ACO 597 AgR/SC. Ministro Celso de Mello. Julgamento: 03/10/2002. Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

Existe, entre o art. 7º, inciso V, do Estatuto da Advocacia (norma anterior especial) e a Lei nº. 10.258/2001 (norma posterior geral), que alterou o art. 295 do CPP, situação reveladora de típica antinomia de segundo grau, eminentemente solúvel, porque superável pela aplicação do critério da especialidade ("lex posterior generalis non derogat priori specialis"), cuja incidência, no caso, tem a virtude de preservar a essencial coerência, integridade e unidade sistêmica do ordenamento positivo (RTJ 172/226-227), permitindo, assim, que coexistam, de modo harmonioso, normas em relação de (aparente) conflito. Doutrina. Consequente subsistência, na espécie, não obstante o advento da Lei nº. 10.258/2001, da norma inscrita no inciso V do art. 7º do Estatuto da Advocacia, ressalvada, unicamente, por inconstitucional (ADI 1.127/DF), a expressão "assim reconhecidas pela OAB" constante de referido preceito normativo. - Concessão, no entanto, de ofício, e em maior extensão, da ordem de "habeas corpus", para assegurar, aos pacientes, o direito de aguardar, em liberdade, o julgamento definitivo da causa penal, eis que precariamente motivada a decisão que lhes decretou a prisão cautelar (STF. HC 88702/SP. Ministro Celso de Mello. Julgamento: 19/09/2006. Órgão Julgador: Segunda Turma).

De outra feita, em havendo conflito entre duas regras de mesma hierarquia e sendo ambas gerais ou ambas especiais, a lei mais nova prevalece sobre a mais antiga, já que pressupõe o legislador que a lei mais recente abarca uma melhor aplicação na sociedade, já que o direito decorre dos fatos e eles estão em constante movimento e desenvolvimento.

Estes são os critérios postos pela legislação (art. 2º do Decreto n. 4.657/52) e pela Constituição brasileira (art. 60 c.c. art. 97 c.c. alínea “a” do inciso I do art. 102) para harmonizar e haver critério na prevalência de regras antagônicas.

3. AUSÊNCIA DE CRITÉRIO DE SOLUÇÃO DESTA ANTINOMIA OU CONFLITO DE NORMAS

Então, com base nessas premissas, qual prevalece: o art. 595 do Código de Processo Civil ou o parágrafo único do art. 827 do Código Civil?

Esta é a problemática, porque temos duas normas gerais que estão em conflito, ou seja, a Lei n. 5.869/73, que é do Código de Processo Civil e a Lei 10.406/02, que é do Código Civil. Neste caso, não podemos dizer que a mais nova revoga (Lei 10.406/02) a mais velha (Lei n. 5.869/73), porque cada uma tem seu campo próprio de atuação, ou seja, cada uma contém institutos próprios em relação a seu campo de atuação.

Uma é instituto de direito material, e outra de direito processual.

Por isso, não é verdade absoluta que a norma mais velha prevaleça quando há conflito entre duas normas gerais. É mister ainda a aferição de que se entre duas normas gerais o tema tem dono ou se é matéria reservada e exclusiva de uma delas (este critério não foi albergado pela Lei de Introdução ao Código Civil).

Se sim, é ela que prevalecerá.

Neste caso, devemos buscar outro critério solucionador que consiste na aferição da natureza jurídica do instituto. Assim, sendo ele instituto de direito material deve prevalecer o Código Civil e sendo ele instituto processual, a prevalência será do Código de Processo Civil.

Por esta razão, se o Código de Processo Civil prevê a interrupção da prescrição com a citação (art. 213) e o Código Civil como o despacho que ordena a citação (inciso I do art. 202), deve prevalecer o Código Civil, porque a prescrição é matéria própria e reservada do direito material. Tanto é verdade que regulada no Código Civil (art. 189 e seguintes).

Então, pergunta-se: o benefício de ordem do fiador é instituto de direito material ou processual?

Aqui encontramos outra problemática, porque a fiança é contrato, portanto instituto de direito material (art. 818 da Lei 10.406/02), mas o benefício de ordem é instituto de direito processual, porquanto é medida a ser efetivada na relação processual, uma vez que é o método utilizado para se afastar o bem penhorado para expropriação.

Somente resta concluir, após estas digressões, que o benefício de ordem do fiador é híbrido por conter qualidade processual e material⁷.

E agora?

⁷ Para aqueles que entendem que o benefício de ordem do fiador é instituto de direito material, a questão está resolvida pela aplicação do Código Civil.

Não havendo critério para solucionar esta antinomia⁸⁻⁹, a solução deve ser buscada pela aplicação das regras de hermenêutica, e com regras estas os olhos devem estar voltados para a justiça da decisão, já que a dúvida pode existir e não é elemento estranho na atividade jurisdicional, mas ela nunca deve ser justificativa para ausência de decisão ou de uma meia decisão¹⁰.

Ela deve ser afastada pelos critérios postos pela legislação e à disposição do magistrado.

Solução esta amparada e encorajada pelos art. 4º e art. 5º da LICC:

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

⁸ Ausência de critério para antinomia se denomina de antinomia real, ao contrário de quando há critério para solução, quando se diz antinomia aparente.

⁹ Maria Helena Diniz nos aponta outra hipótese de ausência de critério para solução da dita antinomia. Veja-se: “*No conflito entre o critério hierárquico e o de especialidade, havendo uma norma superior-geral e outra norma inferior especial, não será possível estabelecer uma meta-regra geral, preferindo o critério hierárquico ao da especialidade ou vice-versa, sem contrariar a adaptabilidade do direito. Poder-se-á, então, preferir qualquer um dos critérios, não existindo, portanto, qualquer prevalência. Todavia, segundo Bobbio, dever-se-á optar, teoricamente, pelo hierárquico; uma lei constitucional geral deverá prevalecer sobre uma lei ordinária especial, pois se se admitisse o princípio de que uma lei ordinária especial pudesse derogar normas constitucionais, os princípios fundamentais do ordenamento jurídico estariam destinados a esvaziar-se, rapidamente, de seu conteúdo. Mas, na prática, a exigência de se adotarem as normas gerais de uma Constituição a situações novas levaria, às vezes, à aplicação de uma lei especial, ainda que ordinária, sobre a Constituição. A supremacia do critério da especialidade só se justificaria, nessa hipótese, a partir do mais alto princípio da justiça: suum cuique tribuere, baseado na interpretação de que ‘o que é igual deve ser tratado como igual e o que é diferente, de maneira diferente’.* Esse princípio serviria numa certa medida para solucionar antinomia, tratando igualmente o que é igual e desigualmente o que é desigual, fazendo as diferenciações exigidas fática e valorativamente (Maria Helena Diniz. Conflito de normas. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 52)”.

¹⁰ Dúvidas são desejáveis e salutares como caracterizadoras de um estágio para se chegar à certeza, e não como fonte de insuportável insegurança e às vezes causa de integral insucesso da verdadeira função do processo, fundamentalmente instrumental, que é a de dar direitos a quem os tem e não a de inventar a quem não os tenha ou a de retirá-los das mãos de seus titulares (Teresa Arruda Alvim Wambier. O princípio da fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo *in* Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, vol. 8, Capítulo XXX, p. 792)

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum¹¹⁻¹²⁻¹³.

Um dos critérios à disposição do magistrado para afastar a dúvida é utilizar as regras de hermenêutica, dentre elas, nos serviremos da interpretação teológica e sistemática¹⁴.

Pois bem. Pela interpretação teleológica, parece correto (tendo como muro de arrimo a aplicação do art. 5º da LICC) que o benefício de ordem serve para que o fiador, que na verdade é pessoa de bom coração que assume a obrigação alheia, possa preservar seu patrimônio em caso de o devedor principal não ser insolvente.

Então, o legislador reconhece essa boa conduta no meio social e lhe dá mecanismo de somente responder de forma subsidiária. Além disso, dá ao fiador um *plus*, já que entrega a possibilidade de indicação de bens do

¹¹ Outro também não é o significado da conhecidíssima teoria de logos de “lo razonable”, de Luiz Recasens Siches, que propugna pelas interpretações jurídicas, sempre mediante a consideração do que é justo. O juiz deve, em todos os casos, interpretar a lei precisamente pelo modo que conduza à conclusão mais justa para o problema colocado perante sua jurisdição – porque o único método interpretativo válido e correto é o que vem da lógica do humano, do razoável. Como esse espírito, há muito as técnicas processuais vêm mitigando o rigor dos princípios em certos casos para harmonizá-los com os objetivos superiores – acesso à justiça – e vão também com isso renunciando a certos dogmas cujo culto obstinado seria fator de injustiça no processo e em seus resultados (Delosmar Domingos de Mendonça Júnior. Agravado interno. Recursos no processo civil. Coordenação de Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 41)

¹² Num caso extremo de falta de um critério que possa resolver a antinomia de segundo grau, o critério dos critérios para solucionar o conflito normativo seria o princípio supremo da justiça: entre duas normas incompatíveis, dever-se-á escolher a mais justa. Isso é assim porque os referidos critérios não são axiomas, visto que gravitam na interpretação ao lado de considerações valorativas, fazendo com que a lei seja aplicada de acordo com a consequência jurídica popular e com os objetivos sociais. Portanto, excepcionalmente, o valor *justum* deve lograr entre duas normas incompatíveis (Maria Helena Diniz. Conflito de normas. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 52).

¹³ É preciso deixar bem claro que essa interpretação corretivo-equitativa do órgão judicante lhe confere um poder discricionário e não uma arbitrariedade. É uma permissão de apreciar, equitativamente, segundo a lógica do razoável, interesses e fatos não determinados *a priori* pelo legislador, estabelecendo uma norma individual para o caso concreto. Mas este poder não quer dizer, em absoluto, decisão contra *legem*. A equidade não é, portanto, uma licença para o arbítrio puro, mas uma atividade jurisdicional condicionada às valorações positivas do ordenamento jurídico, ou seja, relacionando sempre os subsistemas normativos, fáticos e valorativos que compõem o sistema jurídico (Maria Helena Diniz. Conflito de normas. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 60).

¹⁴ O trabalho do juiz, enquanto intérprete, parte do texto, perpassa pelo sistema – iluminado pela doutrina e por outras decisões – e termina no texto. Efetivamente, ao cabo da tarefa interpretativa, nada mais terá feito o juiz do que clarificar, nitidamente o sentido, extensão e amplitude do texto legal (José Manoel de Arruda Alvim Netto. Manual de direito processual civil. 11.ed. Parte geral. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p. 159).

devedor principal em qualquer Comarca, ainda que em local diverso donde tramita a execução.

Em relação ao sócio da empresa, o legislador processual no art. 596 não foi benevolente como foi com o fiador (art. 595 do CPC), porque lhe dá o benefício de ordem também, mas limita territorialmente este benefício, porque somente poderá indicar bens da sociedade na mesma Comarca onde tramita a execução.

Pela legislação processual, o fiador se libera da penhora com a indicação de bens do devedor principal em qualquer local no território nacional. Para o sócio da empresa, somente se libera da penhora de seus bens diante da existência de bens da sociedade na mesma Comarca da execução.

Nesta hipótese da empresa executada, talvez, o sócio não seja pessoa de tão bom coração assim, como reconhece o legislador com relação ao fiador. Até porque os atos da vida civil não são praticados pela devedora (empresa – pessoa jurídica), mas sim pela pessoa física (sócio).

Entende o legislador que o sócio, por vezes, terá culpa direta no débito da empresa, por isso lhe deu o mesmo benefício do fiador, no entanto sem o *plus*, já que somente poderá indicar bens da sociedade na mesma Comarca da execução.

Então, benefício sem o *plus* para o sócio.

Mas, apesar do benefício com o *plus* (qualquer Comarca) para o fiador (art. 595 do CPC), no nosso sentir, apesar dos entendimentos em

sentido contrário pela aplicação do *plus*¹⁵⁻¹⁶⁻¹⁷, parece correto que a mesma regra do sócio (art. 596 do CPC) se aplique à do fiador (art. 595 do CPC).

Portanto, sem o *plus* (qualquer Comarca) de forma para que todos os dispositivos andem na mesma direção (art. 827 do CC e art. 595 do CPC) e o benefício de ordem somente possa ser exercido diante da existência de bens na Comarca da execução.

Assim, haverá coerência no sistema e aplicação de benefício de forma igual, apesar de reconhecer que a situação não é tão igual assim, já que não nos descuidamos do bom coração do fiador que não teve relação direta com o inadimplemento do devedor principal, assim como pode acontecer com o sócio da empresa.

Além da coerência do sistema, corroboramos o entendimento de prevalência do art. 827 do Código civil, agora, com os olhos voltados para a efetividade processual (inciso LVXXVIII do art. 5º da CF/88), que deve ser a fonte interpretativa maior, já que o credor é o correto da história e o decurso de tempo somente beneficia quem não tem razão, já que tem um direito a ser satisfeito, por vezes, direito esse insatisfeito há anos.

Firmamos entendimento de que a efetividade deve prevalecer e esta efetividade não pode ter os olhos voltados para outra pessoa que não o credor. Se a tutela jurisdicional é eminentemente substitutiva¹⁸ e se volta ao

¹⁵ Exige-se do fiador que os bens do devedor sejam livres e desembargados, não que estejam situados na mesma comarca em que se processa a demanda executiva. Diferentemente do art. 596, o legislador sacrificou aqui os interesses do credor, que estará obrigado a aceitar a penhora de bens situados em outra localidade, desde que sejam suficientes para o pagamento da dívida (Carlos Alberto Carmona. Código de processo civil interpretado. Coordenação de Antônio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2008, p. 1954, nota n. 01)

¹⁶ É lícito ao fiador apontar bens de outras comarcas na hipótese de inexistirem no foro da execução (Araken de Assis. Comentários ao código de processo civil. 3ª ed. Revista e Atualizada. Vol. VI. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 277)

¹⁷ Tendo em conta excepcionalidade da responsabilidade secundária é de se admitir a nomeação inclusive de bens situados fora da comarca ou subseção em que corre a execução, desde que o bem indicado se preste à expropriação e não importe delonga fora do razoável ao deslinde da tutela jurisdicional executiva (Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. Código de processo civil comentado artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 612, nota n. 01)

¹⁸ A função jurisdicional é eminentemente substitutiva (...) a propósito, diz Chiovenda, em posição que veio a influenciar nossa doutrina processual: “o critério realmente diferencial, correspondente, em outros termos à essência das coisas, reside em que a atividade jurisdicional é sempre uma atividade de substituição; é – queremos dizer – a substituição de uma atividade pública a uma atividade alheia”

interesse público, deve dar razão a quem o tenha e, portanto, a interpretação a ser feita é em benefício do exequente/credor caso contrário, não será substitutiva e perderá sua razão de ser. Portanto, a efetividade está em dar Direito nos exatos termos a quem o tenha.

Efetividade esta que tem anseio no direito comparado, assim como:

“Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso (art. 1º do CPC do Peru)”.

“Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos (art. 24 da Constituição espanhola)”.

Dizemos decurso de tempo como forma de espancamento de morte da efetividade, porque a expropriação por carta, por estar os bens em Comarca outra que não a da execução, importa em maior decurso de tempo com desmembramento de competência entre o juízo deprecado e deprecante (art. 658 do CPC).

Isso faz nascer o tempo como devorador de coisa, portanto em dar razão a quem não tem, já que o decurso de tempo somente beneficia quem não o tem.

Ora, a expropriação por carta demanda lapso maior do que para o juízo onde tramita a execução, sem sombras de dúvidas, o que leva o legislador a certa intolerância à expropriação em juízo diverso do da execução.

Tanto é verdade dessa não tolerância da expropriação por carta precatória, que o legislador, com a Lei 11.232/05, inseriu o parágrafo único do art. 475-P do CPC¹⁹ e quebrou regra clássica a respeito da

(Eduardo Arruda Alvim. Direito processual civil. 2ª Ed. Reformulada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 41).

competência funcional como inderrogável para permitir que haja cumprimento de sentença em Comarca diversa da que tramita a execução.

Outro dispositivo que revela a não tolerância da execução em Comarca diversa onde haja bens é do inciso III do art. 656 do CPC que é causa de substituição de penhora.

Estes dispositivos revelam um código de intenções e, numa interpretação sistemática (parágrafo único do art. 475-P e inciso III do art. 656, ambos do CPC), fica incontestado de dúvidas que as normas procedimentais não se coadunam com a penhora em Comarca diferente da execução. Isso, em razão da economia de atos processuais, portanto de tempo²⁰.

Não haverá prejuízo ao fiador se somente puder utilizar o instituto do benefício de ordem sem o *plus*, porque é certo que ele entregará bem de sua propriedade, mas poderá ser ressarcido por tal desfalque patrimonial, já que há bens do devedor principal.

É certo que, por vezes, terá aborrecimento e parcial desfalque patrimonial, mas, nos pratos afilados da balança, entre os responsáveis (sócio e fiador) e o credor, a tutela jurisdicional deve se voltar ao credor, já que não teve nenhuma parcela de participação no inadimplemento do devedor principal.

Na exposição de motivos ao Código de 1973, Buzaid afirmou: “a aspiração de cada uma das partes é a de ter razão: finalidade do processo é a de dar razão a quem efetivamente a quem efetivamente a tem. Ora, dar razão a quem a tem, é na realidade, não um interesse privado das partes, mas um interesse público de toda a sociedade”.

¹⁹ O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante: (...) No caso do inciso II do caput deste artigo, o exequente poderá optar pelo juízo do local onde se encontram bens sujeitos à expropriação ou pelo do atual domicílio do executado, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem (art. 475, caput e parágrafo único)

²⁰ Não esqueçamos que a própria razão de ser de penhora de bens do responsável está imbricada com o princípio da celeridade e economia processual. Veja-se: “lembre-se de que o fiador é responsável pela dívida, não é devedor (...) o benefício de ordem de que trata o dispositivo legal protagoniza mecanismo de economia processual: sabendo-se que o fiador que pagar a dívida poderá recuperar o que pagou, fazendo prosseguir a execução para apanhar bens do devedor, estabelece o legislador um verdadeiro atalho, permitindo ao fiador que indique bens do devedor, estabelece o legislador um verdadeiro atalho, permitindo ao fiador que indique bens do devedor que não precisa sequer fazer parte do pólo passivo da demanda executiva (Carlos Alberto Carmona. Código de processo civil interpretado. Coordenação de Antônio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2008, p. 1953, nota n. 01)”.

A expedição de precatório para a expropriação em outra Comarca demandará tempo, e isso não pode pesar para o credor, já que houve violação de seu direito material que o levou à heterocomposição com sentença favorável que não foi cumprida. Portanto, a satisfação deste direito deve se efetivar, levando em conta a interpretação favorável a ele, já que o decurso de tempo não o beneficia.

A celeridade e a efetividade devem ser aplicadas ao credor.

Princípios estes que consistem em inspiração a ser seguida, tanto que foi registrado na exposição de motivos do Código de Processo Civil de 11 de janeiro de 1973. Até, na exposição de motivos, mais precisamente no Capítulo III, ficou registrado, ao justificar a referida reforma, que: *“as duas exigências que concorrem para aperfeiçoá-la são a rapidez e a justiça (...) estruturá-lo de tal modo que ele se torne efetivamente apto a administrar sem delongas, a justiça”*. Ainda, consta na mesma exposição (Capítulo II, n. 3) que o objetivo é *“construir uma sistemática de fecundos resultados práticos”*. Corroborando com tal entendimento, a Reforma do Judiciário trazida pela Emenda Constitucional n. 45 prega o julgamento em prazo razoável.

O que estamos a dizer é que os olhos devem se voltar para o credor, apesar de o garantidor ser pessoa de bom coração; mas, apesar de reconhecer esta bondade imensurável, que prevaleçam, nos pratos afilados da balança, os interesses do credor, porquanto já fundado na exposição de motivos do Código que a *“finalidade do processo é a de dar razão a quem efetivamente a tem”*.

Não há dúvidas em pesar infinitamente mais para o garantidor (fiador) quando se estiver em jogo os interesses dele e do devedor principal. Neste caso, fica evidente a prevalência dos interesses da pessoa de bom coração (art. 5º da LICC). Repita-se: nos pratos afilados entre fiador e credor, estamos a sustentar interpretação favorável ao credor, já que ele é o primeiro da fila.

Mas, abrimos parênteses para registrar que a delonga temporal em razão da necessidade de penhora por precatória perde objeto e muda-se o entendimento em se tratando de processo eletrônico (Lei 11.419 de 2006).

Neste caso, a penhora e expropriação por precatória não demandará acréscimo de tempo, já que o processo estará na rede mundial de computadores, ou seja, tanto no juízo deprecante quanto deprecado ao mesmo tempo.

Se o tempo maior, originado pelo desmembramento da execução entre o juízo deprecante e o deprecado, deixa de existir, então, muda-se o entendimento e parece correto sustentar que o fiador está liberado para efetivar o benefício de ordem em face de bens do devedor principal em outra Comarca, porque neste caso se levará a cabo a efetividade processual, porque (1) não haverá atraso para a tutela jurisdicional; (2) em penhorando bem do devedor principal, evitar-se-á que haja continuidade da tutela jurisdicional pela ação de regresso do fiado em face do devedor principal; e (3) será o bastante para a satisfação do direito, havendo, então, a extinção da obrigação sem necessidade de outros atos processuais.

Concluimos da seguinte forma: se o processo for de papel que prevaleça o benefício de ordem sem o *plus* (por prevalecer os interesses do credor) e em havendo o processo eletrônico, que haja a aplicação do *plus* (por prevalecer a eficiência processual diante da economia de atos processuais).

Voltando ao processo de papel, apesar de ter como correto o entendimento de que o fiador não poderá se valer do benefício de ordem se o bem do devedor estiver em outra Comarca que não a da execução (em não havendo, ainda, o processo eletrônico), esta regra não se revela com absolutismo, porque poderá o magistrado, diante do caso concreto e mediante pedido da parte (art. 668) e do responsável²¹ ou de somente do executado (art. 656), utilizar o instituto da substituição do bem penhorado.

²¹ A lei, no artigo em tela, trata expressamente apenas do devedor. Apesar disto é evidente a possibilidade do responsável também apresentar o pedido (José Marcelo Menezes Vigliar. Código de processo civil interpretado. Coordenação de Antônio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2008, p. 2142, nota n. 04).

Essa possibilidade poderá permitir a penhora de bens do devedor principal em outra Comarca como forma de livrar da penhora o bem do fiador.

Imagine a situação em que, apesar de os bens estarem em outra Comarca, o credor concorde com a substituição do bem, porque lhe parece mais vantajoso e pretenda exercer a adjudicação sobre ele.

Neste caso, não há dúvidas quanto à possibilidade do pedido de deferimento da substituição, ou seja, que sejam penhorados bens do devedor principal em outra Comarca em vez da penhora do responsável na Comarca da execução, já que estamos a sustentar o interesse do credor/exequente; e, se ele tem interesse em bem do devedor principal que esteja em outro juízo, então, que seu interesse prevaleça.

Atualmente, com a primazia da adjudicação para a expropriação (art. 647 c.c. art. 685-C c.c. art. 686, todos do CPC), esta possibilidade poderá ocorrer. Observe que nesta hipótese não será caso de benefício de ordem com o *plus* (prevalência da regra do CPC – art. 595 do CPC), mas, sim, de substituição de bem penhorado (art. 565 c.c. art. 668 do CPC) fundada em interesse do credor/exequente, que é o que tem o direito a ser tutelado, ou seja, a satisfação de um direito já declarado.

Anote e repita-se que não se trata de aplicar o benefício de ordem com o *plus*, mas sim de substituição de bem penhorado, que consiste em outro instituto processual e que não se confundem.

Há relevância prática nesta diferenciação porque, para a substituição do bem penhorado há procedimento imposto ao magistrado no art. 657 do CPC e, portanto, devido processo legal por norma cogente e que se não cumprido e, desde que cause prejuízo (art. 250 do CPC) e não seja o caso de aplicação do princípio da instrumentalidade das formas (art. 154 c.c. art. 244 do CPC) gerará nulidade.

No entanto, apesar desta possibilidade remota e excepcional de aplicação do instituto da substituição de bem penhorado (art. 565 c.c. art.

668 do CPC), os interesses a ser tutelado são do exequente que é aquele que busca a tutela jurisdicional.

Assim, a interpretação a ser feita é em favor do exequente/credor²²⁻²³ e com os olhos voltados na efetividade processual²⁴. Até, pela redação do art. 668 do CPC, fica evidente esse entendimento quando afirma da possibilidade da substituição desde que “*não trará prejuízo algum ao exequente*”.

Forte nestas premissas, parece correto que o benefício de ordem pelo fiador seja exercido, desde que os bens do devedor principal estejam no mesmo juízo da execução, ou seja, que haja aplicação do art. 827 do Código Civil (Lei n. 10.406/02) em vez do art. 595 do Código de Processo Civil (Lei n. 5.869/73), já que o acréscimo do decurso de tempo pela expedição de precatória para a expropriação prejudicará o credor, porquanto o decurso de tempo somente beneficia quem não tem razão. Entendimento esse a ser revisto em caso do processo eletrônico, porque a problemática do tempo deixará de existir e ressalva, também, em caso de substituição de bem penhorado.

4. CONCLUSÃO

Há conflito de normas entre o parágrafo único do art. 827 do Código Civil (Lei n. 10.406/02) e o art. 595 do Código de Processo Civil (Lei n. 5.869/73), e não há critério expresso para a solução deste conflito, já que os institutos tratados por ambos são de direito material (fiador) e, também,

²² A execução deve ser feita no interesse do credor (...) (AgRg na MC 14898/SP. Ministro Luiz Fux. 1ª Turma. DJe 19/02/2009).

²³ A execução cumpre-se no interesse do credor (...) (REsp 976721/AL. Ministra Eliana Calmon. 2ª Turma. DJe 17/11/2008).

²⁴ A execução realiza-se no interesse do exequente – art. 612, CPC – a ordem preferencial de penhora visa a tender igualmente esse interesse – art. 655, CPC. O exequente tem direito a requerer a substituição da penhora nos casos do art. 656, CPC. O postulado que impor a execução pelo modo menos gravoso ao executado – art. 620, CPC – não tem o condão de afastar o direito do exequente à penhora em conformidade com gradação legal – art. 612, 655 e 656, CPC. A menor onerosidade da execução não se sobrepõe à necessidade de tutela jurisdicional adequada e efetiva ao exequente (Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. Código de processo civil comentado artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 650, nota n. 01).

processual (benefício de ordem - execução). Assim, utilizando a interpretação sistemática e a efetividade processual, resta concluir que deve prevalecer o art. 827 do Código Civil (Lei n. 10.406/02), salvo em relação ao processo eletrônico onde nos parece mais correta a aplicação do art. 595 do CPC.

Até porque, nos pratos afilados da balança, entre os interesses do credor (quem tem razão e em face de quem se volta a tutela jurisdicional) e do fiador, apesar de reconhecer este como pessoa de bom coração (art. 5º da LICC), a interpretação deve ser em prol do credor (quem tem razão, tanto que busca a satisfação de um direito já reconhecido), salvo de esta prevalência for renunciada pelo próprio credor/exequente em aceitando a substituição de bem penhorado.

BIBLIOGRAFIA

- ALVIM, Eduardo Arruda. Direito processual civil. 2ª Ed. Reformulada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008
- ARRUDA ALVIM, José Manoel Netto. Manual de direito processual civil. 11.ed. Parte geral. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.
- ASSIS, Araken de. Comentários ao código de processo civil. 3ª ed. Revista e Atualizada. Vol. VI. Rio de Janeiro: Forense, 2009
- CARMONA, Carlos Alberto. Código de processo civil interpretado. Coordenação de Antônio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2008
- DINIZ, Maria Helena. Conflito de normas. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005
- MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. Código de processo civil comentado artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008
- MENDONCA, Delosmar Domingos de Júnior. Agravo interno. Recursos no processo civil. Coordenação de Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009
- VECCHIO, Del Vecchio. Filosofia Del derecho. 13 ed. Milano, Giuffre, 1965
- VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Código de processo civil interpretado. Coordenação de Antônio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2008
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O princípio da fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo *in* Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, vol. 8, Capítulo XXX