

A INTERVENÇÃO DO FIADOR COMO ASSISTENTE NA EXECUÇÃO CIVIL COM BASE NO ART. 834 DO CÓDIGO CIVIL

*Antonio Adonias Aguiar Bastos
Doutorando e Mestre pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professor de Teoria Geral do Processo e de Direito Processual Civil na pós-graduação lato sensu e na graduação da Faculdade Baiana de Direito e da Faculdade de Direito da UNIFACS (Universidade Salvador). Advogado (adonias@adonias.adv.br).*

1. Introdução

O presente texto visa a estudar a atuação do fiador na execução civil com base no art. 834 do Código Civil, que assim estatui:

Art. 834. Quando o credor, sem justa causa, demorar a execução iniciada contra o devedor, poderá o fiador promover-lhe o andamento.

Trata-se de questão controvertida na doutrina, havendo quem defenda tratar-se de hipótese de legitimidade extraordinária e concorrente, ao passo que outros juristas afirmam tratar-se de assistência simples.

Para tanto, examinaremos as espécies de intervenção cabíveis na atividade processual satisfativa, detendo-nos sobre a assistência. Primeiramente, porque ainda não há consenso doutrinário acerca da possibilidade da aplicação de tal instituto à execução. Em segundo lugar, porque consiste num dos posicionamentos defendidos pela doutrina acerca da incidência do art. 834 do Código Civil.

Seguiremos, então, para o nosso objetivo principal, abordando conceitos que lhe são indispensáveis, como os da legitimidade ordinária e da legitimação extraordinária, para delimitar quais são os poderes que o fiador possui ao atuar em juízo com fulcro no mencionado dispositivo legal substantivo.

2. A intervenção de terceiros na execução civil¹.

A doutrina pacificou o entendimento de que as formas de intervenção de terceiros criadas para o processo de conhecimento e reguladas pelos arts. 50 a 80 do CPC são inaplicáveis à demanda executiva, à exceção da assistência, que é objeto de divergência entre os juristas.

2.1. Denúnciação da lide e chamamento ao processo.

Com efeito, a execução judicial visa à prática de atos concretos, forçando o executado a cumprir determinada obrigação já certificada em título judicial ou extrajudicial². Neste passo, a certificação do direito em um título judicial ou extrajudicial é premissa para a atividade satisfativa, atendendo ao princípio “*nulla executio sine titulo*”.

De outro lado, a denúnciação à lide é modalidade de intervenção provocada de terceiros, nas hipóteses do art. 70 do CPC, que permite ao autor ou ao réu da demanda cognitiva obter sentença condenatória em face do litisdenunciado, em demanda regressiva de garantia, na eventualidade de o denunciante sair sucumbente, como estatui o art. 76 do mesmo *Codex*.

Também o chamamento ao processo visa à obtenção de certificação do direito de regresso do fiador ou do devedor acionado, em face daquele que deveria pagar em caráter principal ou dos co-obrigados, segundo a dicção do art. 80 do Código.

Como se vê, denúnciação e chamamento³ são incompatíveis com a execução, seja porque a certificação é o fim daquelas e a premissa desta⁴; seja porque não há como

¹ Não estamos preocupados, aqui, com a intervenção de terceiros na defesa do executado. Fizemos tal análise no livro “A defesa do executado de acordo com os novos regimes da execução estabelecidos pelas Leis n.º 11.232/2005 e 11.382/2006” (2008, p. 25).

² Enrico Tullio Liebman (1968, p. 04) diz ser a execução “desenvolvida pelos órgãos judiciários para dar a atuação à sanção (...); em especial, execução civil é aquela que tem por finalidade conseguir por meio do processo, e sem concurso da vontade do obrigado, o resultado prático a que tenda a regra jurídica que não foi obedecida”. José Carlos Barbosa Moreira (2005, p. 186-187) afirma que a execução visa *atuvar praticamente* a norma jurídica que disciplina a situação litigiosa, aduzindo que, na maioria dos casos, ela é precedida da respectiva formulação pelo órgão judicial, mas que existem hipóteses em que a lei confere eficácia executiva a certos títulos, “considerando que neles já se acha contida a norma jurídica disciplinadora das relações entre as partes”, dispensando a prévia cognição judicial.

³ Nesta senda: 3ª Câmara do TAMG, AI 304.370-9. Rel. Juiz Kildare Carvalho.

operacionalizar certificação e satisfação simultaneamente num único e mesmo procedimento⁵. No âmbito dos títulos cambiais que também sejam executivos, Humberto Theodoro Junior (2008, p. 99) anota que o “direito cambiário já contém um sistema próprio de estabelecer os direitos regressivos, que dispensa a sentença judicial”⁶.

Referindo-se às lições de Antônio Rodrigues Porto, Humberto Theodoro Junior (2008, p. 101) aduz que a admissibilidade do chamamento implicaria em retirar todo o sentido do art. 595, parágrafo único, do CPC. De acordo com este dispositivo, o “fiador, que pagar a dívida, poderá executar o afiançado nos autos do mesmo processo”. Para tanto, não precisará obter uma sentença de mérito, reconhecendo o direito de regresso. Se houvesse a necessidade de obtê-la, inócuo seria o dispositivo em comento.

2.2. Oposição.

Pela oposição, o terceiro que pretender, no todo ou em parte, a coisa ou o direito sobre que controvertem autor e réu, poderá, até ser proferida a sentença, ingressar espontaneamente no processo, postulando uma certificação a seu favor e excluindo o direito das partes originárias, que passarão a atuar como litisconsortes passivos e simples (art. 56). Com efeito, a procedência da pretensão do oponente possuirá eficácia declaratória em relação ao autor primitivo, na medida em que afirma não ter ele o direito postulado em sua inicial; e condenatória em relação ao réu originário, determinando que transmita ao interveniente o direito ou a coisa litigiosa.

⁴ Neste sentido: Cassio Scarpinella Bueno (2008, p. 64; 2003, p. 274-275), Araken de Assis (2007, p. 387) e Teori Albino Zavascki (2004, p. 157). O primeiro doutrinador afirma: “O objeto principal da denunciação da lide é a instauração, por iniciativa do demandante, de verdadeira ação de regresso exercitável *eventualmente* em face do denunciado, valendo-se da mesma base procedimental em que aciona ou em que é acionado. A doutrina não hesita em reconhecer a denunciação da lide como hipótese de *cumulação sucessiva* de ações (demandas) em um mesmo processo. Sua natureza *condenatória*, ademais, é indisfarçável, não obstante a redação do art. 76 do Código de Processo Civil. Se assim é, não há como admitir a denunciação da lide nos processos de execução, em que preexiste título executivo, incabível a formação de outro, sem enorme prejuízo para a economia processual”. (2003, p. 274-275) (itálicos já existentes na versão original). Quanto à não aplicação do chamamento na execução: “A exemplo da denunciação da lide, o objetivo do chamamento ao processo é a criação de título executivo judicial em face dos chamados. Independentemente do entendimento sobre *quem* poderá beneficiar este título – é dizer: se só o chamante, em ação regressiva; ou se também o autor, que poderá, a final, executar a sentença indistintamente contra qualquer dos réus, chamante(s) ou chamado(s) –, não há como entender possível o chamamento nos processos de execução ou cautelar” (BUENO, 2003, p. 311-312).

⁵ Neste sentido: Araken de Assis (2007, p. 387) e Celso Agrícola Barbi (1994, p. 212 e 219-220).

⁶ Também assim: 1ª Turma do STF, RE 91.581/SP. Rel. Min. Xavier de Albuquerque.

Assim como as formas de intervenção já analisadas, a oposição visa à certificação de um direito de posse ou propriedade que o oponente entende ser seu, e não das partes originárias, razão pela qual não se coaduna com a finalidade da demanda executiva, que pressupõe a certificação, rumo à satisfação⁷.

No exercício da magistratura, José Roberto dos Santos Bedaque relatou o acórdão da apelação n.º 728.587-4 (12ª Câmara Cível do 1º TACSP), cuidando do assunto:

Verifica-se, pois, que duas razões impedem seja a oposição admitida em processo executivo. Primeiro, porque não se discute a respeito de posse ou propriedade de bem. Além disso, inexistente sentença reconhecendo direito a qualquer das partes. Se os apelantes pretendem seja-lhes assegurada a posse ou propriedade de imóvel submetido a constrição judicial em processo de execução, devem valer-se da via processual adequada. A oposição seguramente não se presta a esse objetivo. São eles, portanto, carecedores da ação, visto que pleitearam tutela jurisdicional inadequada para a situação fática descrita na inicial. Não têm interesse processual. (...)

Se um terceiro entende possuir um direito em face do exequente, deverá, em outro processo, mover ação contra ele, seja executiva ou cognitiva, conforme possua, ou não, título. Contudo, não pode pretender que o executado lhe entregue diretamente o bem da vida perseguido pelo seu credor. Se, diversamente, pretende retirar constrição sobre bem que entende seja seu e que não deveria ter sido objeto de penhora, deverá manejar os embargos de terceiro.

2.3. Nomeação à autoria.

A nomeação à autoria, regulada pelos arts. 62 a 69 do CPC, consiste num dever processual do detentor ou do preposto, que foi acionado indevidamente, nas hipóteses específicas de detenção e de preposição, visando à correção do pólo passivo da relação

⁷ Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2007, p. 276) e Teori Albino Zavascki (2004, p. 157).

processual⁸, indicando o verdadeiro possuidor ou o preponente, que ocupará o lugar do réu originário, sendo este excluído do processo. O conserto tem em vista o aproveitamento do processo já iniciado, em face da aparência de correção quanto à indicação do réu, sem lhe causar prejuízo à defesa e permitindo a futura certificação do direito (resolução do mérito)⁹.

Não configuradas as situações expressamente previstas na legislação, haverá a extinção do processo por ilegitimidade passiva *ad causam*.

Não tendo sido positivado para a utilização na execução, o instituto lhe é inaplicável¹⁰. Neste passo, a indicação equivocada do executado implicará na extinção da execução por ilegitimidade¹¹.

Ademais, a identificação do executado dá-se a partir da leitura do título ou dele e de outros documentos, quando se tratar de legitimidade passiva derivada. Vale frisar, ainda, que não existe, na própria execução, momento adequado para a recusa da legitimidade atribuída pelo título¹².

2.4. Formas próprias de intervenção de terceiros na execução civil.

Dissemos alhures que as formas de intervenção de terceiros criadas para o processo de conhecimento e reguladas pelos arts. 50 a 80 do CPC são inaplicáveis às demandas satisfativas, à exceção da assistência, que é objeto de debate doutrinário, como veremos a seguir. Contudo, isso não significa que não seja possível a intervenção na execução. Em realidade, elas adquirem formas próprias e específicas (o que não significa que sejam exclusivas), estando diluídas ao longo do Livro II do CPC¹³. Como exemplos, podemos mencionar as seguintes situações: recaindo a penhora sobre bem hipotecado, far-se-á necessário convocar o respectivo titular do gravame, nos termos dos arts. 615, II, e 698 do CPC; o art. 626 do CPC determina que se expeça mandado contra o terceiro adquirente de coisa alienada quando já litigiosa; o art. 634 autoriza o

⁸ José Roberto dos Santos Bedaque (In: MARCATO, 2004, p. 173) afirma que a finalidade da nomeação “é possibilitar que o real ocupante da situação legitimante integre o processo”

⁹ Teori Albino Zavascki (2004, p. 157).

¹⁰ Nesta esteira: 3ª Turma do TRF da 1ª Região. Apelação 93.01.33023-7/MG. Relator Juiz Olindo Menezes.

¹¹ Neste sentido: Cassio Scarpinella Bueno (2003, p. 203).

¹² Neste sentido: Cassio Scarpinella Bueno (2003, p. 203).

¹³ Araken de Assis (2007, p. 387) e Cassio Scarpinella Bueno (2008, p. 64).

cumprimento de obrigação de fazer por terceiro indicado pelo exequente; o art. 655, § 2º, determina a intimação do cônjuge do executado quando a penhora recai sobre imóveis; o art. 685-A, § 2º, garante a possibilidade de a adjudicação ser realizada pelo credor com garantia real, pelos credores concorrentes que hajam penhorado o mesmo bem, pelo cônjuge, pelos descendentes ou ascendentes do executado.

3. A assistência na execução civil.

Como já adiantamos, o cabimento da assistência na demanda satisfativa é objeto de divergência doutrinária.

Sabe-se que ela consiste na intervenção espontânea de terceiro que possui interesse jurídico¹⁴, com o fito de auxiliar uma das partes a sagrar-se vitoriosa, ou, nos termos do art. 50, para “que a sentença seja favorável a uma delas”, em uma causa que esteja pendente, como define Athos Gusmão Carneiro (2000, p. 129):

A intervenção por *assistência* é uma forma de intervenção *espontânea*, e que ocorre não por via de ação, mas sim por *inserção* do terceiro na relação processual pendente. (itálicos existentes na versão original)

O interveniente deve ter, portanto, interesse jurídico na demanda, podendo este ser reflexo ou qualificado. Na primeira situação, caracteriza-se a assistência simples, em que o assistente mantém relação jurídica com o assistido, e não com a parte adversa (art. 50)¹⁵. O direito litigioso não diz respeito diretamente ao terceiro. Sua relação jurídica material não é objeto do processo¹⁶. Por isso, inclusive, ele subordina-se à parte a quem auxilia. Caso haja contrariedade entre as manifestações do assistente e do assistido, prevalecerá as deste. Na segunda, a assistência é litisconsorcial, na medida em que o terceiro relaciona-se diretamente com o adversário do assistido (art. 54), circunstância

¹⁴ José Sebastião de Oliveira (2006, p. 81) frisa que “só o interesse juridicamente protegido legitima a intervenção. Não basta o interesse econômico, moral, científico, ou qualquer outro”.

¹⁵ Neste sentido: José Sebastião de Oliveira (2006, p. 81).

¹⁶ Athos Gusmão Carneiro (2000, p. 129) ensina que “O terceiro, ao intervir no processo na qualidade de assistente, não formula pedido algum em prol de direito seu. Torna-se *sujeito* do processo, mas não se torna parte. O assistente insere-se na relação processual com a finalidade ostensiva de coadjuvar a uma das partes, de ajudar ao *assistido*, pois o assistente tem *interesse* em que a sentença venha a ser favorável ao litigante a quem assiste” (itálicos existentes na versão original).

em que “a relação jurídica inserida no processo tem por objetivo o mesmo bem da vida objeto da relação entre o assistente e o adversário do assistido”, como leciona José Sebastião de Oliveira (2006, p. 81). Aqui, o assistente é direta e imediatamente vinculado à relação jurídica objeto do processo¹⁷. Por tal razão, os poderes processuais do assistente são amplos, podendo praticar atos que visem a beneficiar o assistido, mesmo contra a vontade deste¹⁸.

Humberto Theodoro Junior (2008, p. 80) entende não ser o instituto aplicável à demanda executiva, sob o fundamento de que “o processo de execução não tende à obtenção de sentença, mas apenas se destina à prática dos atos concretos de realização coativa do crédito do autor”. Inexistindo julgamento de mérito, “faltaria a possibilidade jurídica de o assistente coadjuvar, a parte a obter sentença favorável, que é o objeto específico do instituto da assistência”, admitindo-a apenas nos embargos, por serem uma ação de conhecimento. Alcides de Mendonça Lima (1991, p. 90-96) não a admite na execução, seja ela fundada em título judicial ou extrajudicial, nem na impugnação à execução por título judicial:

Entendemos, assim, que a assistência, na execução (...) deve ser *vedada*, se for baseada em título *judicial*, porque a ajuda, o auxílio e a cooperação já se exauriram com a sentença exequenda, nada mais restando a fazer em benefício do credor ou do devedor e, conseqüentemente, do próprio pretendido assistente, qualquer que seja a posição por ele assumida junto à parte principal. (LIMA, 1991, p. 96) (itálico existente no original)

O mencionado jurista apenas a admite nos embargos à execução fundada em título extrajudicial, por tratar-se de ação de conhecimento.

Cassio Scarpinella Bueno (2008, p. 64) afirma ser cabível a assistência na execução, “toda vez que houver espaço ou necessidade de o juiz desenvolver alguma atividade cognitiva”, exemplificando com o ingresso daquele que possui responsabilidade pela dívida, pretendendo sustentar a posição jurídica do executado (assistido) em detrimento do adversário comum (o exequente). Araken de Assis (2007,

¹⁷ Athos Gusmão Carneiro (2000, p. 134).

¹⁸ Debate a doutrina, sem conclusão pacífica, se o assistente litisconsorcial figura como parte ou como terceiro ao ingressar espontaneamente no processo.

p. 406) aduz que os conceitos do Livro I do CPC foram “calibrados” para o processo de conhecimento, já que o legislador considerou “despicienda uma parte geral, onde os institutos afins às estruturas concebidas, ou seja, aos processos de conhecimento, de execução e cautelar, fossem tratados equilibradamente”. Nesta senda, cabe ao intérprete examinar as normas do Livro I, voltadas ao processo de conhecimento, rejeitando as incompatíveis com a execução e adaptando as demais, “em que pesem umas e outras oscilarem, muita vez, em zonas duvidosas”. O jurista afirma ser a assistência cabível na execução. Primeiramente, por haver sentença em tal atividade (art. 795), podendo ela favorecer ao exequente, no caso de satisfação (art. 794, I), ou ao executado, quando ocorre a extinção sem perda patrimonial; e pela circunstância de o art. 50 não aludir à “sentença de mérito”, mas, simplesmente, à “sentença”.

Ainda no campo dos argumentos hermenêuticos, Eduardo José da Fonseca Costa (2006, p. 35) entende que a expressão “sentença” não deve ser interpretada literalmente, devendo ser considerada como “tutela jurisdicional”, que, para o doutrinador, significa, em síntese, o “resultado útil final da experiência processual em favor de quem tem razão”. Para ele, “o essencial para a intervenção adesiva simples é a existência do interesse jurídico na vitória do assistido, satisfazendo-se o seu direito por atos de execução forçada ou obtendo-se sentença favorável de mérito” (2006, p. 40).

Com efeito, não podemos confundir sentença e tutela jurisdicional, ou jurídica. Cândido Rangel Dinamarco (2004, p. 203) afirma que o último instituto consiste na “efetiva concretização, em benefício do vencedor, de uma situação melhor que a existente antes do processo e do provimento jurisdicional que ali o juiz emite”. José Joaquim Calmon de Passos (2004, p. 19-20) distingue a prestação jurisdicional da tutela jurídica da seguinte maneira:

Sempre procurei distinguir a *prestação da atividade jurisdicional* da *tutela jurídica*. São coisas diversas. A primeira, um dever-poder a que o Estado está obrigado constitucionalmente e que corresponde à decisão, sempre devida, em face do exercício, por qualquer pessoa física ou jurídica, do seu direito de ação (direito de obter, do Estado-Juiz, um pronunciamento em face da postulação que lhe é formulada); a segunda, o deferimento de certo bem da vida, reclamado pelo sujeito que exercitou o direito de ação, que lhe é devido segundo prescrição

do direito positivo do sistema em que atua o julgador, ou seu indeferimento, por ser o réu o merecedor de ter seu patrimônio ou sua pessoa preservados da ingerência nele pretendida pelo autor.

A atividade jurisdicional do Estado deve ser prestada a todos que a reclamem. Já a tutela jurídica diz respeito a um bem da vida que transcende o processo e cuja obtenção se pretende *mediante o processo*. A prestação jurisdicional, portanto, faz-se presente em todo processo. A tutela jurídica, diversamente, ainda quando *se pretenda* obtê-la mediante o processo, pode deixar de nele ocorrer, sem que deixe de existir a prestação da atividade jurisdicional (sentença). E assim é porque são coisas distintas o *direito à prestação da atividade jurisdicional*, direito a uma resposta do juiz à postulação que lhe é dirigida (direito a uma sentença) e o *direito ao bem da vida*, atribuído a alguém pelo ordenamento jurídico e perseguido mediante o processo, bem da vida que é o objeto do direito subjetivo material que se quer ver certificado e aplicado no processo. Mas a pretensão à prestação da atividade jurisdicional, que se formaliza com o processo é, por seu turno, um bem da vida, uma vantagem, objeto de um *outro* direito subjetivo público, constitucionalmente assegurado a todo e qualquer sujeito de direito, pelo ordenamento – o direito de ação (itálico existente no original).

Neste passo, a sentença corresponde à entrega da prestação jurisdicional (e não da tutela jurídica) pelo juízo de 1º grau. Na atividade cognitiva, ela pode ser terminativa, nos termos do art. 267 do CPC, caso em que o litígio não é resolvido e não há a concessão da tutela jurídica, como também pode ser de mérito, nos termos do art. 269 do mesmo Diploma, situação em que se concede a tutela, afirmando a existência do direito a uma das partes. Como vimos, a atividade satisfativa não é voltada para o acertamento de uma relação jurídica, mas isso não a torna desprovida de resultado útil em potencial, que consiste na efetivação do comando jurídico particularizado constante no título. A tutela (o direito ao bem da vida, objeto da pretensão autoral) pode ser concedida ao exequente. Caso isso aconteça, o Estado terá protegido o seu direito não mais com a certificação, mas com a efetivação respectiva. Caso contrário, o processo

chegará ao seu fim sem alcançar o resultado esperado em tese e sem que o demandante obtenha a efetivação do direito anteriormente certificado. Vitorioso, naquele processo, será o executado.

A interpretação do art. 50 não deve ser literal, nem restritiva. Parece-nos que o fundamental é a existência do interesse jurídico na vitória do assistido, que consiste no atendimento da sua pretensão. Ocorre que tal pretensão pode ser tanto a uma sentença como à prática de atos executivos, visando à entrega da coisa, ao pagamento de uma quantia ou à prática ou à abstenção de um ato. Assim, concebemos ser possível que terceiro intervenha espontaneamente para auxiliar o exequente a sair vitorioso na satisfação do direito certificado, alcançando, em concreto, o resultado útil da atividade satisfativa.

Importa destacar que o interesse jurídico protegido não será o do assistente, mas o do assistido, traço, aliás, que caracteriza o instituto da assistência simples. Assim, não pode ser considerado como tal o credor hipotecário que ingressa na execução para proteger o seu direito de preferência¹⁹, na medida em que ele mesmo é o titular daquele interesse.

4. A intervenção do fiador como assistente na execução civil com base no art. 834 do Código Civil.

O art. 834 do Código Civil permite que o devedor promova o andamento da execução iniciada contra o devedor, quando o credor, sem justa causa, deixe de fazê-lo.

Indaga-se se aquele que garante a obrigação teria legitimidade extraordinária concorrente ou se lhe caberia o papel de assistente simples.

Araken de Assis (2007, p. 395) e Néelson Godoy Bassil Dower (2008, p. 387-388) defendem o primeiro posicionamento, como se extrai do seguinte excerto:

O fiador tem outros direitos contra o seu afiançado. Por exemplo, se o credor inicia a execução somente contra o devedor e, sem justa causa, começa a retardar o andamento do processo, o fiador que tem interesse em exonerar-se da responsabilidade assumida, pode dar prosseguimento no feito,

¹⁹ Exemplo de Eduardo José da Fonseca Costa (2006, p. 44).

passando a ser parte legítima no mesmo. (DOWER, 2008, p. 387-388)

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2007, p. 976) e Teori Albino Zavascki (2004, p. 157) advogam a última tese.

Releva estabelecer algumas distinções para alcançarmos uma conclusão.

Primeiramente, não se pode confundir a situação prevista pelo art. 834 com a da sub-rogação. O art. 567, III, atribui legitimidade para o sub-rogado, adquira ele esta qualidade por determinação legal (art. 346 do Código Civil) ou por convenção das partes (art. 347 do Código Civil). Desta maneira, aquele solve a dívida de outrem, investe-se no direito do credor originário, como pode ocorrer com o fiador, por exemplo. Em tais situações, ele poderá exigir do afiançado, nos mesmos autos (art. 595, parágrafo único), o pagamento da quantia já adimplida ao credor originário, sem caráter novativo, mas nos mesmos moldes da relação jurídica havida entre o credor primário e o devedor. Neste caso, o fiador sub-rogado defende interesse próprio, e não o de outrem. Por isso, figurará com exequente, possuindo legitimidade ativa, ordinária e derivada²⁰, até porque, já tendo adimplido a obrigação, perseguirá o ressarcimento em face do devedor principal, ao passo que, na situação estabelecida pelo dispositivo legal, o fiador ainda não atua por sub-rogação do direito originário do credor. Portanto, não busca a satisfação de um direito próprio. Aquele que garante a obrigação pretende ver expropriado o patrimônio do devedor principal para que o seu não seja atingido.

Entendemos que a situação do art. 834 do Código Civil também não verse sobre uma espécie de legitimidade extraordinária. Nesta, a lei autoriza que um sujeito atue como substituto processual de outro, postulando, em nome próprio, direito alheio. Este fenômeno tanto pode ocorrer na atividade judicial cognitiva, como na satisfativa. José Carlos Barbosa Moreira (1989, p. 9-18) a classifica em autônoma, caso em que o sujeito

²⁰ A legitimação ordinária derivada, também denominada de superveniente podendo ocorrer pela transferência do direito à prestação por ato *inter vivos*, por decorrência da morte ou por sub-rogação. Há um núcleo central que caracteriza o instituto: o credor não é aquele que figura no título executivo, mas que obteve o direito material por transmissão jurídica. Ele é um estranho no que tange à formação do título (THEODORO JUNIOR, 2005, p. 40-41). Daí a sua distinção no que concerne à legitimidade originária, em que o credor figura no título (ou a lei lhe atribui direito autônomo) e postula, em seu nome, direito próprio. Diferencia-se, ainda, da legitimidade extraordinária, em que o exequente, atuando em seu nome, postula o direito de outrem. Na legitimidade derivada, o credor, posto não figure no título e nem a lei lhe atribua direito autônomo, atua em nome próprio, buscando a satisfação de direito seu, que lhe foi juridicamente transferido. É requisito que o direito seja, pois, transmissível. Caso contrário, acontecerá a extinção da obrigação, com a conseqüente extinção do processo.

legitimado atua com total independência em relação ao titular o direito e em posição análoga à que este ocuparia; ou subordinada, quando o legitimado extraordinário só pode agir se o ordinariamente legitimado o fizer. A legitimidade autônoma subdivide-se em exclusiva, situação em que somente o substituto pode atuar em juízo, excluindo-se a legitimidade do substituído (daquele que seria legitimado em caráter ordinário); ou concorrente, que acontece quando tanto o substituto como o substituído podem promover a demanda satisfativa. Por fim, a legitimidade autônoma concorrente pode ser considerada como primária, permitindo que qualquer dos legitimados em caráter extraordinário possa atuar independentemente do outro; ou subsidiária, caso em que o legitimado em caráter extraordinário só pode agir na omissão daquele que possui legitimidade ordinária.

São diversos os exemplos de legitimidade extraordinária para a execução previstos no ordenamento pátrio. No campo dos direitos individuais, o art. 289, II e III, do Código Civil de 1916, regulava uma hipótese de legitimidade autônoma e exclusiva do marido, ao permitir que executasse o crédito originado de bem dotal da esposa (tal dispositivo não encontra correspondência no vigente Diploma Substantivo, que extinguiu a referida espécie de bem). Também desta espécie é a legitimidade prevista pelo art. 68, § 3º, da Lei 6.404/76, conferida ao agente fiduciário diante do inadimplemento da companhia emissora de debêntures. No âmbito dos direitos metaindividuais, pode-se mencionar os litígios que versam sobre direitos coletivos em sentido estrito, como os que são veiculados no mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, aliena “b”, da CF/88)²¹.

Como expusemos anteriormente, a controvérsia acerca da atuação do fiador nos moldes do art. 834 do Código Civil está compreendida entre a disparidade entre dois entendimentos: o primeiro, no sentido de tratar-se de legitimidade autônoma concorrente sobre direito individual do credor; e o último, que afirma ser esta uma situação de assistência simples.

²¹ Não se pode olvidar da séria divergência doutrinária acerca da legitimidade nas ações coletivas, havendo três correntes principais: a da legitimação extraordinária por substituição processual, liderada por José Carlos Barbosa Moreira (1977); a da legitimação autônoma para condução do processo, defendida por Nelson Nery Junior (1990) e por Antonio Gidi (1995); e a da ordinária das “formações sociais”, decorrente da interpretação ampliativa do art. 6º do CPC, capitaneada por Kazuo Watanabe (1984). As tensões entre as três correntes podem ser encontradas nas obras de Hermes Zaneti Junior (2006), Luiz Manoel Gomes Júnior (2005) e José Marcelo Vigliar (2005).

De um lado, a legitimidade extraordinária realmente consiste numa maneira de o substituto, atuando em nome próprio, litigar pelo direito de outrem. Também na assistência, o interesse jurídico diretamente envolvido no processo é o do assistido, e não o do assistente, como frisa o *caput* do art. 50 do CPC. Nas duas situações, o objeto do processo não é o interesse do sujeito legitimado em caráter extraordinário, nem do terceiro interveniente. Ao atuar em juízo, ambos defendem a posição jurídica do credor. Até aí, os dois institutos se amoldam ao art. 834 do Código Civil, que é a da execução movida pelo credor em face do devedor principal, e na qual o fiador busca dar-lhe andamento para obter a satisfação de um direito alheio, afastando, portanto, a incidência da legitimação ordinária, como já vimos.

Contudo, importa lembrar que, na legitimidade extraordinária autônoma, o substituto age com total independência em relação ao titular do direito (legitimado ordinariamente) e em posição análoga à que este ocuparia. Eis aqui o primeiro motivo que impede o enquadramento da situação tipificada pelo art. 834 do Código Civil a tal espécie de legitimidade. Com efeito, a atuação do fiador nos termos do dispositivo legal encontra-se subordinada à do credor. Tomemos os exemplos em que o exequente renuncie expressamente ao direito sobre que se funda a ação ou em que ele requeira expressamente a desistência de toda a execução ou de algumas medidas executivas, nos termos do art. 569 do CPC. O comando legal não autoriza que o garante dê prosseguimento ao feito satisfativo em tais circunstâncias. Ele não poderá opor-se à manifestação expressa do exequente. Parece-nos, assim, que o art. 834 seja aplicável aos casos de inércia do credor, de sua omissão, amoldando-se ao regramento da assistência simples, sobre o qual ensina Celso Agrícola Barbi (1994, p. 178):

Dispõe o art. 52 que a atividade do assistente é de auxiliar da parte principal, tendo os mesmos poderes e sujeitando-se aos mesmos ônus. Sua condição de auxiliar lhe permite apresentar provas, impugnar atos da parte contrária, recorrer, promover o andamento do processo etc.

Mas, sendo sua atividade subordinada, não pode praticar atos contrários aos do assistido, recorrer quando o assistido tiver recorrido e, em seguida, desistido, recusar perito aceito por aquele etc. No acertado entendimento de Lopes da Costa, a contradição entre os dois atos – o do assistente e o

do assistido – deve ser positiva: é necessária a existência de um ato expresso do assistido para impedir a atividade do assistente; na dúvida, deve ser permitido o ato do assistente.

O dispositivo do Código Civil diz que a atuação do fiador poderá acontecer quando o credor, sem justa causa, não der andamento à atividade executiva. Caso o exeqüente dê andamento ou entenda pelo seu encerramento, não poderá o fiador questionar e requerer que a execução siga outro caminho ou que permaneça tramitando.

Ademais, se fosse o caso de legitimidade extraordinária autônoma e concorrente, tanto o substituto como o substituído poderiam promover a demanda satisfativa, iniciando-a. Eis aqui outra discrepância entre o instituto da legitimidade extraordinária concorrente em relação à hipótese tipificada pelo art. 834 do Código Civil, que permite que o fiador promova o *andamento* da execução já iniciada pelo credor contra o devedor, não o autorizando a deflagrá-la. Assim é que ele passará a *integrar* o processo já em curso na qualidade de terceiro interessado, como explicam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2008, p. 609):

Baseada, porém, no mesmo **espírito**, foi mantida a regra de que o fiador detém a prerrogativa de **promover o andamento da ação executiva iniciada contra o devedor, quando o credor, sem justa causa, sustar tal andamento ou demorar em sua promoção** (art. 834 do CC-02; art. 1.498, CC-16). No exercício desta prerrogativa, passaria o fiador a integrar a lide na condição de **terceiro juridicamente interessado**. (grifos já existentes no original)

Não existe autorização no ordenamento jurídico brasileiro para que o fiador inicie a execução, postulando direito do credor, mas somente quando ele se sub-roga, situação em que atuará com interesse próprio, na qualidade de legitimado ordinário e derivado, nos termos do art. 567, III, do CPC.

Por fim, observamos que a fiança é um negócio acessório, celebrado diretamente entre o fiador e o credor, não precisando de anuência do afiançado (devedor), nos termos do art. 820 do Código Civil, embora deva se lhe dar conhecimento da garantia

prestada, em observância ao princípio da boa-fé objetiva²². Neste passo, ele possui relação jurídica direta com o assistido (exequente), e não com a parte adversa (executado), enquadrando-se à perfeição no regramento da assistência simples.

5. Conclusão.

Como visto ao longo do texto, entendemos que, embora a denunciação da lide, o chamamento ao processo, a oposição e a nomeação à autoria não sejam cabíveis na execução civil, admite-se outras formas de intervenção de terceiros que lhe são próprias, como as que estão previstas nos arts. 615, II, 626, 634, 655, § 2º, 685-A, § 2º e 698 do CPC.

Além delas, admitimos ser cabível a assistência em tal atividade processual. Neste passo, o art. 834 do Código Civil tipifica uma hipótese de assistência simples em que o fiador intervirá no processo para auxiliar o credor a sair vitorioso na execução movida em face do devedor.

Com efeito, o mencionado dispositivo legal não tipifica uma situação de legitimidade ordinária derivada, já que o ingresso do garante não se dá após a sub-rogação, como prevê o art. 567, III, do CPC. Desta maneira, ele não está litigando por direito seu, mas do credor, que figura como exequente.

Tampouco pode tratar-se de legitimidade extraordinária autônoma e concorrente. Em primeiro lugar, porque, em tal espécie de legitimidade, o substituto age com total independência em relação ao titular do direito (legitimado ordinariamente) e em posição análoga à que este ocuparia, ao passo que a atuação do fiador nos termos do art. 834 do Diploma Substantivo encontra-se subordinada à do credor, de maneira que ele não pode opor-se à manifestação do exequente, aplicando-se aos casos de omissão injustificada do credor em dar andamento à execução. Em segundo lugar, porque o dispositivo legal não confere ao fiador a legitimidade para iniciar a execução, mas somente para dar-lhe seguimento, uma vez deflagrada pelo credor, alinhando-se, pois, à intervenção espontânea da assistência, regulada pelo art. 50, *caput*, do CPC, que tem como um de seus requisitos a pendência da causa.

²² Neste sentido: Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2008, p. 587)

Por fim, o fiador possui relação jurídica direta com o assistido (exequente), e não com a parte adversa (executado), enquadrando-se no regramento da assistência simples. Nos termos do art. 820 do Código Civil, a fiança é um negócio acessório, celebrado diretamente entre o fiador e o credor, não precisando de anuência do afiançado (devedor).

6. Referências.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. *A defesa do executado de acordo com os novos regimes da execução estabelecidos pelas Leis n.º 11.232/2005 e 11.382/2006*. Salvador: JusPodivm, 2008.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil – tutela jurisdicional executiva*. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Assistência nas execuções obrigacionais*. In: Revista de Processo, Ano 31, n. 134. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. III. 4. ed. São Paulo: Malheiros 2004.

DOWER, Néelson Godoy Bassil. *Curso Moderno de Direito Civil - Contratos e Responsabilidade Civil*. Vol. 03. São Paulo: Nelpa, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil – contratos*. Vol. IV. Tomo 2. São Paulo: Saraiva, 2008.

GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1968.

MARCATO, Antonio Carlos (coord). *Código de processo civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos*. In: Temas de direito processual. 1ª série. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 110-123.

_____. *Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária*. In. Revista dos Tribunais. Vol. 404. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. *Mandado de segurança coletivo*. In: Revista de Processo, Ano 15, n. 57. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar 1990.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, José Sebastião de. *O instituto da assistência nos seus aspectos históricos e dogmáticos no direito processual civil nacional e estrangeiro*. In: Revista de Processo, Ano 31, n. 142. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez. 2006.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. III. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. 25. ed. São Paulo: LEUD, 2008.

_____. *Curso de direito processual civil*. Vol. II. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

VIGLIAR, José Marcelo. *Interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. Salvador: JusPodivm, 2005.

WATANABE, Kazuo. *Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

ZACASCKI, Teori Albino. *Processo de execução – parte geral*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2006.