

O TERCEIRO PRESTANTE DE GARANTIA REAL NO PROCESSO DE EXECUÇÃO

*Benedito Ferreira Marques **

RESUMO

Trata-se de assunto polêmico, em que o articulista, discordando do entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal, sustenta a tese de que o terceiro prestante de garantia real deve tomar conhecimento da execução movida contra o devedor via de intimação, e não por intermédio da citação.

- I) As modalidades de garantias.
- II) O terceiro prestante de garantia real e a natureza jurídica de sua responsabilidade.
- III) O questionamento.
- IV) O caso concreto examinado pelos Tribunais.
- V) A conclusão.

I – AS MODALIDADES DE GARANTIAS

O direito brasileiro admite duas modalidades de garantias para as obrigações: *personais* e *reais*.

As garantias pessoais, também chamadas fidejussórias, compreendem o aval e a fiança, ambas de caráter solidário, diferenciando-se apenas no aspecto de que o aval, que é próprio das cambiais, é considerado autônomo e abstrato, com relação ao avalizado, enquanto a fiança, instituto tipicamente civil, porque é próprio dos contratos, tem caráter subsidiário.

Enquanto a obrigação decorrente do aval pode ser exigida do avalista, independentemente de molestação simultânea do devedor, a fiança é garantia subsidiária, vale dizer, o fiador, se não tiver renunciado ao

*Prof. Assistente da Faculdade de Direito da UFG.

benefício de ordem (art. 1491, do Código Civil), só pode ser molestado depois que o for o devedor afiançado, cujos bens sejam insuficientes para a total cobertura do débito.

As garantias pessoais também se distinguem, entre si, no aspecto da sua constituição. O aval, só admitido nos títulos de crédito, pode ser prestado por pessoa casada, independentemente de outorga conjugal, enquanto a fiança não dispensa essa formalidade, qualquer que seja o regime de casamento adotado pelos cônjuges (arts. 235, III e 242, I — Cód. Civil).

Já as garantias reais, assim consideradas aquelas que incidem sobre bens corpóreos, são as seguintes, contempladas no direito brasileiro a hipoteca, o penhor, a anticrese e a alienação fiduciária em garantia, esta instituída pela Lei no. 4.728, de 14.07.65, em seu artigo 66, que teve a sua redação alterada pelo Dec. lei no. 911, de 01.10.69.

É de sabença elementar que as garantias reais constituem direitos reais, na medida em que a relação jurídica que se estabelece com a sua constituição vincula a coisa à obrigação. Em outras palavras, a coisa dada em garantia se submete ao poder do credor, numa relação pessoa-coisa, segundo a concepção dos autores e defensores da teoria clássica ou realista.

O direito real se caracteriza pelo poder de dominação do seu titular. Particularmente, no direito real de garantia, esse poder se substancia nos seguintes direitos conferidos ao credor **SEQÜELA**, **PREFERÊNCIA** e **EXCUSSÃO**.

De fato, normatiza o art. 755 do Código Civil Brasileiro que o bem dado em garantia fica sujeito por vínculo real à satisfação da dívida. E, no mesmo sentido, o art. 759 do mesmo diploma substantivo civil prescreve:

“O credor hipotecário e o pignoratício tem o direito de excutir a coisa hipotecada, ou empenhada, e preferir, no pagamento, a outros credores, observada, quanto à hipoteca, a prioridade na inscrição”.

Como se observa, o poder de dominação do credor por garantia real vai desde a possibilidade de perseguir a coisa onde e com quem se encontrar (seqüela), mesmo que não seja o devedor, como ainda o de preferir no pagamento a outros credores, em caso de instauração de

concurso creditório, e, finalmente, o de excutir a coisa, ou seja, postular a sua venda em juízo, para, com cujo produto, se pagar.

As diferenças entre as garantias pessoais e reais são, portanto, visíveis. Naquelas, não havendo vínculo da garantia a um bem determinado, o credor fica à mercê de existência ou não de bens em poder de quem constitui a garantia, enquanto nestas os bens são previamente destacados do patrimônio do garantidor para a futura satisfação da obrigação.

II — O TERCEIRO PRESTANTE DA GARANTIA REAL E A NATUREZA JURÍDICA DA SUA RESPONSABILIDADE

Conhecido o quadro das garantias reais existentes no direito brasileiro, indaga-se sobre a possibilidade de uma pessoa, que não seja aquela que assume a obrigação de pagar uma quantia certa e a termo, constituir garantias reais sobre seus próprios bens, em negócio jurídico alheio.

O estatuto civil nacional não cuidou dessa questão com muita profundidade. Com efeito, depois de prescrever que *“só aquele que pode alienar, poderá hipotecar, dar em anticrese, ou empenhar...”* (art. 756), e que *“só as coisas que se podem alienar poderão ser dadas em penhor, anticrese, ou hipoteca”*, previu a possibilidade de garantia prestada por terceiro, como se pode ler no art. 764, assim expresso, *verbis*

“Salvo cláusula expressa, o terceiro que presta garantia real por dívida alheia não fica obrigado a substituí-la, ou reforçá-la, quando sem culpa sua, se perca, deteriore, ou desvalie”.

O art. 68, do Dec. lei n. 167, de 14.02.67, também se referiu à possibilidade de constituição de garantias reais por terceiros, nos contratos de mútuos celebrados através de cédulas de crédito rural, prescrevendo que eles também subscreverão os títulos, *para que se constituam as garantias*.

Dúvida não há, pois, de que é viável a constituição de garantia real por terceiro, em negócios jurídicos alheios, desde que, evidentemente, a coisa oferecida seja alienável e o seu proprietário a possa alienar, segundo a regra já referenciada (art. 756, CC).

O que se discute, em tais hipóteses, é a natureza jurídica da responsabilidade do terceiro prestante da garantia. Indaga-se, a pro-

pósito *assume o prestador da garantia a obrigação de pagar o débito do mutuário, como sucede no aval ou na fiança? E mais: trata-se de obrigação solidária?*

Para responder a essas indagações, torna-se imperiosa uma incursão na controvertida questão suscitada pelas teorias da *dívida* e da *responsabilidade*. A primeira consiste no dever de prestar por parte do devedor, enquanto a segunda, na sujeição dos bens do devedor à ação do credor.

Dir-se-ia que a dívida representa um vínculo pessoal, e a responsabilidade, um vínculo patrimonial. Não foi, aliás, sem razão que LOPES DA COSTA (Alfredo Araújo) afirmou, certa feita, que "Toda execução é real, porque incide sobre o patrimônio e não a pessoa do devedor" (*in* "Processo de Execução" — 7a. edição/1983; de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR *apud* "Direito Processual Civil" Brasileiro", de LOPES DA COSTA — 2a. ed., vol. IV, no. 48, pág. 53).

Raciocinando-se em torno dessa dicotomia, explica-se a possibilidade de existir dívida sem responsabilidade ou responsabilidade sem dívida, na medida em que o credor pode ou não se valer, coativamente, dos bens do devedor, através da execução, para a satisfação do seu crédito.

No primeiro caso, é comum mencionar-se a hipótese da obrigação natural, em que há dívida, mas não há responsabilidade, porquanto, não sendo paga a dívida, o credor não pode molestar os bens do devedor.

Na segunda hipótese — responsabilidade sem dívida — tem-se mencionado, como exemplo, a fiança, sem que o fiador tenha renunciado ao benefício de ordem. Em tal circunstância, o fiador não se obriga, propriamente, dado o caráter subsidiário da garantia, importa dizer, só haverá obrigação — e, por via de consequência, a submissão dos bens do fiador à ação do credor — se e quando o devedor afiançado não satisfizer o seu débito junto ao credor, ou não possuir bens que o garantam.

O exemplo mais típico de responsabilidade sem dívida não resta dúvida de que é o da garantia real prestada por terceiro, muito comum nos financiamentos rurais, celebrados através das cédulas de crédito rural, instituídas pelo Dec. lei no. 167, de 14.2.67.

Nada obstante ser comum essa forma de constituição de garantias reais, não tem sido objeto de maior exame pela doutrina, nem alvo de manifestações jurisprudenciais, a natureza jurídica da responsabilidade do terceiro prestante dessas garantias.

Em modesta monografia que, há pouco mais de quatro anos, ousei publicar, sob o título "AS GARANTIAS DO CRÉDITO RURAL E SUAS INDICAÇÕES JURÍDICAS", observei que o terceiro prestador de garantia real não figurava no elenco dos que se beneficiam com a sub-rogação, por efeito de pagamento de dívida de outrem, conforme o disposto nos artigos 985 a 990 do Código Civil.

Sustentei, ali, o argumento de que, a rigor, o terceiro prestante de garantia não paga a dívida, mas apenas submete o seu patrimônio, no todo ou em parte, à eventual excussão para o cumprimento da obrigação alheia.

Abordei, outrossim, no referido ensaio, a possibilidade de enquadramento de tal obrigação entre as doutrinariamente chamadas de "PROPTER REM", que, segundo SÍLVIO RODRIGUES, é assim entendida:

"O devedor, por ser titular de um direito real sobre uma coisa, fica sujeito a uma determinada prestação, que, por conseguinte, não derivou da manifestação expressa ou tácita de sua vontade" (*in* Direito Civil — Parte Geral das Obrigações" — Vol. 2, pág. 105).

Citam-se, como exemplos a obrigação do condômino de pagar o rateio das despesas nas ações divisórias ou demarcatórias (art. 624-CC), a obrigação do adquirente do imóvel hipotecado de pagar o débito que o onera (art. 985, I-CC), etc. Em qualquer dessas hipóteses, a obrigação de pagar resulta da titularidade do direito real.

Com relação ao interveniente-garante, todavia, não se conhece nenhum dispositivo legal que determine tal obrigação de pagar o débito garantido.

É oportuno observar que o art. 17, do mencionado Dec. lei no. 167/67, dispõe que o terceiro prestante da garantia real assume apenas a obrigação de depositário, solidariamente com o devedor, e somente no caso de garantia de penhor.

De outra parte, a assinatura desse terceiro garantidor tem por finalidade precípua formalizar a constituição da garantia real, como faz ver o art. 68 do mesmo diploma legal, assim expresso:

"Se os bens vinculados em penhor ou em hipoteca à cédula de crédito rural pertencerem a terceiros, *subscreverão também o título, para que se constitua a garantia*".

Não havendo norma expressa que vincule o terceiro prestante de garantia real ao cumprimento da obrigação, senão apenas que o considera depositário, não me parece que tal obrigação possa ser enquadrada como da modalidade "PROPTER REM".

Trata-se, portanto, de situação singular, que, infelizmente, não mereceu, até aqui, melhor atenção da doutrina especializada, mesmo nos comentários ao art. 764 do Código Civil.

Não obstante, permito-me transcrever um dos raros comentários por mim encontrado, o qual, apesar da sua pequenez, considero bastante lúcido para a questão enfocada. Vejamo-lo:

"Nada impede que um terceiro preste garantia real por dívida alheia."

"É importante assinalar que o terceiro não assume obrigação pessoal, não se transforma em fiador ou co-devedor. O que ocorre é que um bem seu é vinculado ao pagamento da dívida."

"O patrimônio do terceiro continua estranho ao débito, respondendo apenas e tão-somente o bem vinculado."

"Essa situação tem importante conseqüência prática se a coisa gravada se deteriora ou se desvaloriza, o terceiro não fica obrigado a substituí-la ou reforçá-la. A obrigação só nasce se a deterioração ou desvalorização decorrer de culpa do terceiro". (in "Teoria e Prática do Direito das Coisas", de MARCO AURÉLIO S. VIANA — Ed. Saraiva — 1983, nota no. 193. pág. 221).

O comentário acima transcrito encerra uma compreensão sensata, a meu sentir, quanto a que o terceiro prestante da garantia real não assume a obrigação de pagar a dívida, que pode ser até maior do que o valor do bem oferecido em garantia. Todavia, nada esclarece sobre a natureza jurídica da responsabilidade do prestador da garantia.

III — O QUESTIONAMENTO

A questão que se agita é a de saber se é ou não necessária a citação do terceiro prestante de garantia real, em um processo de execução forçada, em caso de inadimplência do devedor, vale dizer, do mutuário.

Antes de mais nada, cumpre examinar qual a *finalidade da citação*, no processo de execução por quantia certa contra o devedor solvente,

tal como está normatizado no art. 652 do Código de Processo Civil, assim redigida, *ipsis verbis*:

“O devedor será citado para, no prazo de 24 horas, pagar ou nomear bens à penhora”.

Dada a clareza do texto, não se discute que a citação, em tal processo, tem por finalidade precípua convidar o devedor a pagar o débito, ou, não o fazendo, nomear bens à penhora, sob pena de fazê-lo, compulsoriamente, o Oficial de Justiça.

Diferente é a citação no processo de conhecimento, conforme a exegese do art. 213 do mesmo estatuto formal, assim expresso:

“Citação é o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado, a fim de se defender” (é meu o destaque).

No primeiro caso — citação no processo de execução — a finalidade da comunicação processual sob enfoque não é para o executado se defender, mas para pagar ou nomear bens à penhora, o que não acontece no segundo caso — processo de conhecimento — em que a finalidade é, claramente, para oferecer defesa.

São tão notórias as diferenças de finalidades do ato citatório, nos processos tratados, que, a meu pensar, descabe a aplicação da regra consubstanciada no artigo 598 do Código de Processo Civil, que manda aplicar, subsidiariamente, à execução, as disposições que regem o processo de conhecimento.

De mais a mais, é tão clara a finalidade da citação no processo executório, que não se registra qualquer dissenso na doutrina a respeito, como se pode ver nos seguintes depoimentos:

“O artigo 652 fala de citação para pagar ou nomear bens à penhora, de modo que, se o citado não paga, nem faz a nomeação de bens, na conformidade dos arts. 655 e 656, proceder-se-á à penhora, independentemente de novo mandado. A citação do art. 652 é, portanto, para que pague, se não paga, expõe-se à penhora e no mesmo prazo há de nomear bens à penhora” (*in* “Comentários ao Código de (Processo Civil” — Tomo X, pág. 208 — Ed. Forense, de PONTES DE MIRANDA).

E arremata:

“A citação não é ato executivo, mas já é ato do processo executivo. Com ele já se introduz a ação executiva, e a relação jurídica processual angular já se forma...” (ob. cit., pág. 214).

No mesmo sentido, é o magistério de SÉRGIO SAHIONE FADEL, quando declara:

“Instaurada a execução por quantia certa contra o devedor solvente, este será citado para, em vinte e quatro horas, pagar ou nomear bens à penhora”. (in “Cód. de Proc. Civ. Comentado”, vol. IV, pág. 14 – Ed. José Konfino/1974).

E JOSÉ ANTONIO DE CASTRO, a seu tempo, sentenciou:

“Na execução forçada o devedor é citado para pagar e não para opor defesa, repita-se. Assim, sua inércia não conduz à revelia, com seus efeitos” (in “Execução no Cód. de Proc. Civil” – 3a. edição, 1980 – Ed. Univ. de Direito – pág. 232).

Para arrematar, vejamos a magistral opinião do festejado mestre HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, no seguinte trecho:

“Dada a índole não contraditória do processo de execução, a citação não é feita, propriamente, para convocar o demandado a defender-se, pois a prestação jurisdicional executiva não tende a qualquer julgamento de mérito. O chamamento do devedor é especificamente para pagar ou dar bens à penhora, conferindo-lhe, dessa forma, uma última oportunidade de cumprir sua obrigação e, na falta, submetê-lo imediatamente à atuação dos órgãos judiciários que procedem à execução...” (in “Proc. de Execução” – (4a. edição – Ed. Univ. de Direito – 1978, pág. 253, nota no. 4).

Posta a questão nesses termos, parece óbvio que não cabe a citação do terceiro prestador da garantia real, visto como não é ele considerado devedor, já que não se obrigou a pagar. E, se a citação no processo de execução tem por finalidade chamar o executado para pagar ou para nomear bens à penhora, não faz sentido diligenciá-la contra o terceiro,

já porque não está obrigado a pagar a dívida pessoalmente assumida só pelo devedor, já porque não se faz mister nem mesmo a nomeação de bens à penhora, nas hipóteses em que há garantias reais pré-constituídas nos termos do § 2º, do art. 655, do Código de Processo Civil.

Para melhor compreensão do questionamento levantado, ocorre-me apresentar o seguinte quadro:

- a) — suponha-se que uma pessoa celebrou um contrato de mútuo com certa instituição financeira, no importe de Cr\$ 10 milhões de cruzeiros;
- b) — em garantia do débito contraído, o mutuário ofereceu os seguintes bens: I — em hipoteca de 1º grau, um imóvel de sua propriedade, avaliado em Cr\$ 4 milhões de cruzeiros; II — ainda em garantia de hipoteca de 1º grau, outro imóvel pertencente a seu pai, igualmente avaliado em Cr\$ 4 milhões de cruzeiros; III — e, para completar a garantia, o mesmo mutuário ofereceu, em penhor de 1º grau, 100 cabeças de gado vacum, estimados em Cr\$ 2 milhões de cruzeiros;
- c) — vencida a dívida, o devedor não se dignou em pagá-la, razão por que o credor resolve promover a Execução, do que resultará, necessariamente, a penhora sobre os bens dados em garantia (§ 2º, art. 655-CPC);
- d) — se o terceiro prestante da garantia real for também citado, sê-lo-á, obviamente, para *pagar* o débito exequendo, sob pena de a penhora recair sobre o seu imóvel, independentemente de nomeação, à força do disposto no § 2º, do art. 655, do Código de Processo Civil, pois não se pode compreender que a sua citação seja somente para vir pagar apenas o valor do seu imóvel dado em hipoteca.

Ora, a hipótese imaginada comporta desdobramentos que, indubitavelmente, se incompatibilizam com a finalidade da citação no processo executivo. São eles, com efeito:

1. A execução pressupõe dívida *líquida*, certa e exigível, sob pena de nulidade (art. 618, I-CPC), de sorte que não se poderia, no quadro figurado, impor ao terceiro o pagamento de apenas parte do débito ajuizado, ou seja, o valor do seu imóvel, tanto porque este pode ter sofrido desvalorização ou experimentado valorização, depois da constituição da

garantia, como porque a avaliação judicial no processo de execução é ato posterior à citação e até mesmo à penhora, não sendo possível conhecer o valor do bem ao início da execução, ou seja, por ocasião da citação cogitada:

2. Não se poderia, outrossim, exigir o cumprimento da obrigação total ao terceiro prestante da garantia real, visto como inexistiria *solidariedade* entre ele e o devedor, exatamente porque "a solidariedade não se presume, resulta da lei ou da vontade das partes" (art. 896, do Código Civil). No caso, não há texto legal do meu conhecimento, que imponha essa solidariedade. Nem o terceiro, quando assinou o contrato de mútuo, se obrigara solidariamente a pagar o valor total do mútuo, sendo a sua assinatura apenas para formalizar a constituição da garantia real (art. 68, Dec. lei. nº 167/67).

3. A dívida assumida pelo devedor, no título de crédito, também sofre variações para mais ou para menos, em seu valor, seja em função da capitalização dos encargos financeiros pactuados (art. 5º, do Dec. lei nº 167/67), seja em razão de substanciais amortizações feitas antes do ajuizamento do saldo devedor do contrato, de sorte que não há critérios seguros e definidos para se estabelecer o valor da parte do terceiro, considerando-se a hipótese de inexistência de responsabilidade solidária.

4. É possível que a garantia do penhor do gado (na hipótese figurada) se tenha desfalcado, por culpa exclusiva do mutuário. Em tal caso, como seria possível exigir do terceiro prestante da garantia real a cobertura do débito, se ele apenas contribuiu com parte da garantia hipotecária?

5. É sabido que, pelo princípio da individualidade da hipoteca, consagrado no art. 758 do Código Civil, o pagamento de uma ou mais prestações da dívida não importa exoneração correspondente da garantia, ainda que esta compreenda vários bens, salvo disposição expressa no título, ou na quitação. Admitindo-se que o saldo devedor, no caso, se expressasse pelo valor de Cr\$ 6 milhões de cruzeiros e que o credor não tenha liberado o imóvel do terceiro prestante da garantia, do ônus hipotecário que o gravava, por saber que o gado dado em penhor não mais existia, como se poderia exigir do terceiro garantidor a satisfação integral do débito, sabendo-se que os imóveis foram avaliados por Cr\$ 4 milhões de cruzeiros, cada? Seria possível ao terceiro postular o benefí-

cio de ordem, assegurado aos fiadores, no art. 1491 do Código Civil? Desconheço normas legais que respondam a essas indagações...

A doutrina a que tive acesso, até aqui, não me transmitiu informações suficientes para responder a essas perguntas.

O renomado processualista ANTONIO CARLOS COSTA E SILVA, em sua apreciada obra "TRATADO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO" Sugestões Literárias – 1976 – tentou clarear o questionamento, ao defender a tese da "responsabilidade executiva secundária" preconizada por LIEBMAN. Fê-lo no seguinte trecho:

"Este terceiro não é parte no processo de execução. Legitimado passivamente é o devedor. No entanto, como a responsabilidade pela execução se destaca da obrigação de direito material, o terceiro suportará as conseqüências da execução, não podendo subtrair os seus bens à sujeitabilidade. Responsável principal é o devedor. Contudo, em vista das relações jurídicas existentes entre devedor e o terceiro, este último assume no processo de execução, onde aparece depois de proposta a ação, ou mesmo chamado de início a integrar a relação processual, passivamente, ao lado do devedor, como seu litisconsorte, uma responsabilidade secundária, intitulada por LIEBMAN de *responsabilidade executória secundária*, mas por amor à terminologia do Código, que à verdade científica" (*in ob. cit.*, pág. 94).

Afigura-se-me demasiado simplista a solução imaginada pelo tratadista, pois não responde a todos os questionamentos que levantei em linhas passadas. Além do mais, o raciocínio que se extrai do texto transcrito é o de que sempre há uma relação jurídica entre o devedor e o terceiro prestante da garantia, o que justificaria a existência do litisconsórcio.

Mas, datíssima vênia, o argumento não me convence, porquanto a maioria dos casos que conheço se referem a garantias constituídas por pais em favor dos filhos, sendo a relação entre eles meramente afetiva.

De outra parte, se bem examinada a hipótese desenhada, parece não configurar litisconsórcio, à luz dos artigos 46 a 49, da lei processual.

De outra parte, não consigo compatibilizar a hipótese figurada com aquelas elencadas no art. 592 do Código de Processo Civil, tidas como de *responsabilidade executória secundária*.

Mais sensata me parece a opinião de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, na lição seguinte:

“Há casos, porém, em que a conduta de terceiros, sem levá-los a assumir a posição de devedores ou de partes na execução, torna-os sujeitos aos efeitos desse processo. Isto é, seus bens particulares passam a responder pela execução, muito embora inexista assunção da dívida constante do título executivo. Quando tal ocorre, são executados *bens que não são do devedor, mas de terceiro*, que não se obrigou, e, mesmo assim, respondem pelo cumprimento das obrigações daquele. Trata-se, como se vê, de obrigação puramente processual” (*in ob. cit.*, pág. 158, *apud* ALCIDES DE MENDONÇA LIMA — “Comentário ao Código de Processo Civil, vol. VI, Tomo I, nº 1041, pág. 471).

A despeito da esclarecida opinião do respeitável mestre, a indagação pertinente à necessidade ou não de se proceder à citação do terceiro prestante da garantia real permanece, a meu ver, sem resposta satisfatória.

IV — O CASO CONCRETO EXAMINADO PELOS TRIBUNAIS

Para uma reflexão mais profunda do assunto em debate, nada melhor do que um caso concreto apreciado e julgado no Estado de Goiás, que ensejou a manifestação até mesmo do Excelso SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Perante uma das Varas Cíveis de Goiânia (GO), foi proposta uma execução contra determinado devedor, tendo por título exequendo uma Cédula Rural Pignoratícia e Hipotecária, através da qual foi constituída a garantia de hipoteca sobre um imóvel pertencente a terceiro. Citado o devedor, e não tendo este efetuado o pagamento do débito, no prazo de 24 horas, o exequente pediu a expedição de uma Carta Precatória, visando à penhora do imóvel hipotecado, que se situava em outro município. O meretíssimo Juiz, todavia, indeferiu a pretensão formulada pelo credor, sob pretexto de que, primeiramente, se impunha

a citação do terceiro interveniente-garante. Inconformado, o exeqüente agravou do referido despacho denegatório, sob o argumento de que o terceiro prestante da garantia real não podia nem devia figurar no pólo passivo da relação processual, exatamente porque não era considerado devedor, sendo, portanto, incabível a sua citação. Outrossim, argumentou que a penhora havia de recair sobre o imóvel dado em garantia, independentemente de nomeação, *ex-vi* do § 2º, do art. 655, do estatuto processual civil. Mas o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, por sua Terceira (3ª) Câmara Cível, contrariando o voto do Desembargador-Relator FENELON TEODORO REIS, decidiu, por maioria de votos, negar provimento ao Agravo de Instrumento interposto, com a seguinte ementa:

“Ação de execução forçada movida por casa bancária contra devedor em Cédula de Crédito Rural. Pedido de penhora de bem imóvel de terceiro garante e que assinou a respectiva Cédula. Necessidade de citação inicial do devedor solidário – A lei, neste caso particular, apenas diz que a penhora se fará independente de nomeação, não dizendo que se fará também sem a citação, sempre essencial nos pleitos judiciais, sob pena de nulidade. A citação, no caso, terá como objeto possibilitar ao terceiro garante o pagamento da dívida cobrada.” (Agr. de Instrumento (nº 2.449 – Goiânia (GO) – 3ª Câm. Cível, acórdão de 01.09.81).

Irresignado, o exeqüente interpôs Recurso Extraordinário para o Excelso SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, com fulcro no art. 119, III, “a”, da Constituição Federal, argüindo ofensa ao art. 153, § 2º, da Constituição Federal, bem como aos artigos 77, do CPC e 896 do Código Civil. A subida do apelo extremo, todavia, foi denegada pelo Presidente da Corte Estadual, por isso que o exeqüente interpôs o competente Agravo de Instrumento contra o aludido despacho, que restou provido pelo eminente Relator, Ministro OSCAR CORRÊA, mandando subir o recurso extraordinário para melhor exame.

Nada obstante, na Excelsa Corte o recorrente não logrou êxito, embora não tenha sido apreciado o mérito da questão. É que a 1ª Turma do S.T.F., por unanimidade de votos, não conheceu do recurso, com base nas Súmulas 282 e 356, porque não foram prequestionados os

dispositivos legais e constitucionais na instância ordinária, o que fora feito somente por ocasião do apelo derradeiro.

Esse acórdão, cujo inteiro teor foi publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência – Vol. 107, págs. 833 a 837, contém o brilhante voto do Ministro ALFREDO BUZAID, no qual analisou com profundidade a matéria discutida, cuja conclusão também foi pelo improvimento do recurso.

A despeito do prestígio do renomado mestre ALFREDO BUZAID, a cuja erudição me curvo humildemente, ousou dizer que os seus argumentos não me convenceram do acerto da decisão da Egrégia Câmara Cível do TJ-Goiás, no que pertine à necessidade de citação do interveniente-garante.

É que, conforme já assinaei em outra passagem, não vejo caracterizada a *responsabilidade solidária* do terceiro garante, como admitiu o acórdão recorrido.

De outra parte, o erudito voto do Ministro BUZAID, sob comentário, partiu de uma premissa e concluiu por outra, *data venia*, como se pode ver facilmente da leitura do seu voto.

Com efeito, depois de admitir a existência das teorias da *dívida* e da *responsabilidade*, fazendo suas as conclusões de CARNELUTTI, a quem conferiu “o mérito de haver posto ordem nas idéias”, concluiu pela inaceitabilidade da tese do recorrente, apenas porque, segundo alegou, em nenhuma parte do título de crédito constou a possibilidade de se penhorar o bem de terceiro *sem prévia citação do responsável para pagar* (sic).

Ora, mesmo que constasse a imaginada dispensa da citação do interveniente-garante, para o v. acórdão recorrido a execução seria nula, sem tal citação.

Entendeu o insigne jurista, outrossim, que, no caso concreto examinado, a cédula continha os vocábulos “PAGAREMOS” ou “RESPONDEREMOS” em diversas cláusulas inseridas, por isso que concluía pelo entendimento de que o interveniente-garante também assumiu a dívida e, simultaneamente, a responsabilidade, só podendo exonerar-se pelo pagamento.

Ora, quem está acostumado a lidar com tais títulos de crédito sabe que, pelo volume de operações creditícias que os Bancos celebram, as cédulas de crédito rural já são impressas em grande quantidade, e nelas

são inseridas as cláusulas próprias desses negócios jurídicos, daí o emprego dos vocábulos assinalados, mas dispostos no instrumento de modo a se entender que o sujeito das respectivas orações são o(s) devedor(es), não raro marido e mulher. A cláusula que vincula o interveniente-garante é especial e destacada daquelas outras, no final da cédula, como sucede em contratos onde se pactua a fiança, v.g., locação ou mesmo mútuos.

Por essas razões, as judiciosas considerações contidas no voto comentado não me convenceram sobre a necessidade de citação do terceiro prestante de garantia real, no caso concreto sob enfoque. Convençame-me, todavia, as razões que levaram a Suprema Corte a não conhecer do recurso extraordinário, porquanto, efetivamente, a matéria alegada no apelo final não haviam sido pré-questionadas nas instâncias ordinárias.

De qualquer forma, a discussão do controvertido tema continua em aberto, a nível da instância derradeira, porquanto o mérito não foi decidido e confesso desconhecer outro julgado sobre a mesma matéria.

V – CONCLUSÃO

Diante de todas as considerações expendidas neste despretensioso trabalho, atrevo-me a sustentar o entendimento de que o terceiro prestante de garantia real deve tomar conhecimento da execução que seja movida contra o devedor. Não, porém, através da citação.

Na verdade, a notícia da execução ao terceiro interveniente-garante só se justifica após a citação do devedor e desde que este tenha deixado escoar o prazo de 24 horas sem efetuar o pagamento, pois, se o fizer, os bens do terceiro não chegam a ser molestados, em face da extinção da garantia por efeito do pagamento (arts. 849, I e 802, I, do Código Civil).

Uma vez citado o devedor e não pagando este o débito, a penhora sobre os bens dados em garantia se impõe, independentemente de nomeação (§ 2º, do art. 655, do CPC), caso em que se justifica a comunicação do fato ao terceiro garantidor, para que, se pretender livrar os seus bens da expropriação, requeira a remição dos mesmos bens, conforme faculta o art. 787 do diploma adjetivo civil. Não a remição da dívida – facultada apenas ao devedor (art. 651, CPC), mas a remição da coisa

dada em garantia, hipótese em que fica assegurado ao terceiro o direito de postular, por via regressiva, o reembolso do que pagou (art. 931, do CC).

Quanto ao meio dessa comunicação ao terceiro, já sustentei em meu livro "As Garantias do Crédito Rural e suas Indagações Jurídicas" (ob. cit.) que, não sendo o caso de citação, "seria cabível a notificação." Hoje, porém, depois de repensar a questão, parece-me que melhor será a *intimação* do terceiro garante, tanto que se dê a penhora sobre os seus bens, como sucede, por exemplo, com a intimação do cônjuge, quando a penhora recai sobre bem imóvel pertencente ao casal, sendo a execução movida apenas contra um dos cônjuges (§ 2º, art. 669, do Código de Processo Civil).

É que a intimação, em tal hipótese, não tem o condão de impor uma obrigação ou um dever ao intimado, pois apenas se presta para comunicar o fato da penhora, abrindo-se-lhe a oportunidade para adotar providências com vistas a salvar os seus bens de constrição judicial. Não há qualquer cominação, como acontece na notificação, nem se presta para a formação da angularidade da relação processual, que só é possível pela citação válida.

Bem oportuno, neste passo, é o magistério de PONTES DE MIRANDA, a respeito do assunto:

"Temos de usar os termos de acordo com o Código. Aliás, os nomes podem importar pouco se lhes conhecemos, exatamente, o conteúdo. No plano do direito processual, já frisamos que se distinguiram as citações e as intimações ou as notificações, posto que aquelas possam conter essas, o que se passa, por exemplo, nas ações cominatórias. Se há apenas comunicação de fato, de representação ou de idéia, ou de vontade, só há *intimação*; se há, além disso, cominação legal ou voluntária, isto é, "ex-lege" ou "ex-voluntate", há *notificação* se, além dos dois elementos, há provocação à formação da angularidade da relação processual, há *citação*" (in ob. cit., pág. 218).

No caso em foco, parece-me inquestionável que a comunicação que se pretende seja feita ao terceiro interveniente garante, uma vez efetivada a penhora sobre seus bens, é para que exerça o direito de remissão, não para pagar o débito exequendo todo, pois, conforme já salien-

tei em outro ponto, este pode ter valor superior ao do bem garante, ou vice-versa, sendo certo que a avaliação da coisa só se torna conhecida depois da penhora, portanto, posterior à fase citatória.

Para concluir, penso que se pode dizer que a solução da *vexata quaestio* é de ordem técnica, na medida em que se tem de adotar a terminologia correta prevista no estatuto processual. E, conforme seja o ato de comunicação que se faça — citação, intimação ou notificação — os seus efeitos refletem a verdadeira posição do terceiro interveniente garante no processo de execução. Assim, se se fizer citação, aos invés de intimação, creio que o citando adquire legitimidade para opor embargos de devedor, com possibilidade de sucesso, impondo-se os ônus da sucumbência ao credor que, temerariamente, lhe pediu a citação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 01 — CASTRO, José Antonio de. *Execução no código de processo civil*. 3. ed. s. 1., Ed. Universitária de Direito, 1980.
- 02 — FADEL, Sérgio Sahione, *Código de processo civil comentado*. Ed. José Konfino, 1974. v. 4.
- 03 — MIRANDA, Pontes de. *Comentário ao código de processo civil*. Rio de Janeiro, Forense, s. d. 208p.
- 04 — RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: parte geral das obrigações*. São Paulo, Saraiva, 1978. v. 2.
- 05 — VIANA, Marco Aurélio. *Teoria e prática do direito das coisas*. São Paulo, Saraiva, 1983. 221p.