

PETIÇÃO (MOD) CIVIL E PROC CIVIL

RESCISÓRIA DE CONTRATO

Recurso

Resp 4.850-

Tribunal

STJ

AVALISTA — SE TEM DIREITO AO BENEFÍCIO

RESUMO

- O pedido é juridicamente possível, pois é admitido pela ordem jurídica. - Não se pode confundir a falta de razão a amparar a pretensão do autor com a impossibilidade jurídica do pedido. Uma coisa é ausência do direito pleiteado, e outra é não ser o pedido amparado pelo ordenamento jurídico em vigor, como ocorre com o clássico exemplo da cobrança de dívida de jogo. - Assim, o pedido é possível juridicamente, pois pode-se questionar o benefício de ordem na penhora de bens, por haver previsão legal neste sentido, não havendo, assim, carência de ação por falta desta condição. - Rejeito, pois, a preliminar. - O Exmo. Sr. Des. RENATO MIMESSI : Rejeito. - O Exmo. Sr. Des. SEBASTIÃO T. CHAVES: Também rejeito. - No mérito, não assiste razão aos agravantes. - Verifica-se que os recorrentes foram executados por serem avalistas do devedor principal, também executado, no título executivo extrajudicial objeto da ação executiva. - Não se conformam os agravantes com o fato de serem penhorados seus bens antes do retorno da carta precatória para citação e penhora de bens do devedor principal, os quais entendem que deveriam ser constritos primeiro, havendo, desta forma, observância do benefício de ordem na penhora, e evitando-se assim gravosidade desnecessária à execução. - Contudo, no caso, não há como invocar-se o benefício de ordem previsto no art. 595 do CPC, eis que este somente se aplica ao fiador, não contemplando o avalista (RT 593/146). - O mestre THEOTONIO NEGRÃO, em sua obra Código de Processo Civil, 27. ed., cita Jurisprudência que esclarece a qual fiador quis referir-se o legislador, que propositalmente excluiu o fiador da condição de principal pagador e pela mesma razão deixou de incluir o avalista porque na mesma condição deste último, não contemplado pelo benefício. Verbis: "Art. 595: 3. O texto supra não se refere ao fiador extrajudicial, quando principal pagador (CC 1.492), mas apenas ao fiador garante subsidiário (CC 1.491). O fiador e principal pagador ou devedor solidário não pode invocar benefício de ordem (STJ - 3ª T., Resp 4.850-SP, rel. Min. NILSON NAVES, j. 16.10.1990, v.u., DJU 03.12.1990, p. 14319, seção I, apud Bol. AASP 1.674/23, em. 05). Neste sentido: RT 492/142, JTA 35/262, 39/216, 63/266, RP 7/249". - Também lecionam neste mesmo sentido NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY, in Código de Processo Civil Comentado, 2.a ed., 1996, ao comentarem o art. 595, CPC: "Responsabilidade do fiador. É inerente ao contrato de fiança a obrigação do fiador de cumprir a obrigação caso o devedor não a cumpra (CC 1.481). São duas as espécies de fiança, sob o aspecto de o fiador poder ou não valer-se do benefício de ordem: a) aquela em que o fiador assume por contrato o papel de garante subsidiário da responsabilidade pelo pagamento da dívida e tem direito de invocar o benefício de ordem (CC 1.491); b) aquela em que por contrato o fiador assume o papel de principal pagador, ou devedor solidário (CC 1.492 II), não podendo invocar o benefício de ordem. O fiador somente poderá ser executado por título judicial se tiver sido parte no processo de conhecimento de onde emanou o título executivo que o reconheceu devedor (CPC 568 I). - Fiador principal pagador. O fiador extrajudicial, quando é o pagador principal, pode sofrer execução por título extrajudicial, independentemente de ser também executado o devedor, porque a este se equipara (RT 515/184)". - Diz a Jurisprudência: "Execução. O art. 595 do CPC aplica-se unicamente ao fiador, não sendo extensivo ao avalista. Matéria referente à penhora, e não decidida no primeiro grau, não pode ser conhecida em agravo de instrumento" (TJ-RS. Câmara Cível, relator: Alfredo Guilherme Englert). - Dos fundamentos acima conclui-se que o avalista não foi contemplado pelo benefício de ordem pois encontra-se na mesma condição do fiador principal pagador, ou seja, nos casos de aval a obrigação é sempre solidária e o avalista

se equipara ao devedor principal; assim sendo, pode ser executado o avalista, com penhora de seus bens, independentemente de figurar no pólo passivo também o devedor principal ou de se primeiramente penhorar bens deste, ficando a escolha a cargo do exeqüente, restando ao avalista a ação regressiva contra o devedor principal. - Da mesma forma, improcede a alegação do recorrente de que não havia retornado a carta precatória para penhora dos bens do devedor principal, pois a mesma nem chegou a ser expedida, face a devolução da carta precatória para citação, juntada aos

EMENTA

O avalista, por estar equiparado ao devedor principal, não tem direito ao benefício de ordem na penhora de bens, pois a obrigação é sempre solidária, uma vez que a regra do art. 595 do CPC somente se aplica ao caso de fiança estabelecido no art. 1.491 do CC.

NOTA DA REDAÇÃO

RT