

A idoneidade da fiança judicial

Ricardo de Oliveira Paes Barreto

É princípio basilar da atuação jurisdicional, no caso contenciosa, o contraditório. Esse princípio, mais que balizador do direito processual civil, está inserido no vigente texto constitucional pátrio em seu art. 5º, LV, e é uma das bases do denominado *due process of law* – devido processo legal.

Com o surgimento da denominada constitucionalização do direito processual civil, os princípios constitucionais se sobrepuseram aos princípios próprios de cada tema processual, tanto que o conceito de processo vem hoje evoluindo de uma simples relação jurídica para um direito, ou seja, todos nós temos direito de provocar a atuação da jurisdição através da ação – preenchidas as condições essenciais – a qual deverá seguir princípios procedimentais devidos, dentre eles o contraditório, especialmente como forma de garantir a maior amplitude ao direito de defesa, evitando e procurando banir, de uma vez por todas, de nossas cortes os atos inquisitórios.

Contraditório, como sua própria denominação indica, significa contrariar, dizer em contrário, aquilo que se diz contra uma afirmação ou, ao menos, oportunizar o direito de defesa em seu sentido amplo.

Considerando que a jurisdição contenciosa pressupõe a existência de partes – os dois pólos da relação processual –, caberá ao juiz competente, ao receber a petição inicial, oportunizar o contraditório ao réu, mediante regular citação, promovendo-se os ulteriores atos processuais até o julgamento do pedido, extinguindo-o com ou sem julgamento do mérito, acolhendo-o parcial ou totalmente ou, ainda, rejeitando-o, depois de formada sua convicção em relação aos argumentos e ao conjunto probatório constante dos autos.

Urge, ainda, a necessidade de obediência ao contraditório quando na contestação se arguem preliminares e ou se juntam documentos, formando-se réplica, como também sempre que uma das partes algo requerer de forma substancial ou juntar documentos incidentalmente.

A regular consequência pela não-observância desse princípio processual-constitucional é a pena de nulidade, que fulmina o processo desde o momento lógico em que ocorreu sua desobediência, como no caso do art. 741, I, do CPC, quando, no processo de execução, a parte tem a faculdade de argüir a nulidade do título por falta de citação regular no processo de conhecimento, matéria de ordem pública que não sofre os efeitos da preclusão lógica *pro judicato*.

Por outro prisma, permite o ordenamento processual a possibilidade de concessão de provimentos liminares satisfativos, as denominadas tutelas antecipadas, ou preventivos, decorrentes do processo cautelar, prevendo, inclusive, seu deferimento *inaudita altera pars* – sem ser ouvida a parte contrária. Não haveria, nesse contexto, ferimento ao princípio maior ao qual nos reportamos, o contraditório?

Exatamente, diante dessa indagação, é que a legislação procurou cercar-se de uma série de exigências para que esses provimentos liminares sejam concedidos, evitando-se abusos de autoridade ante a falta do regular contraditório prévio ao juízo de deferimento ou não do pedido urgente, mas, inobstante, muito fica ao arbítrio do magistrado conceder ou não aquele pleito *in limine litis*.

Na prática, as liminares – preventivas ou satisfativas –, quando concedidas sem ouvida da parte contrária e, caso tenham conteúdo patrimonial, diante da possibilidade de reversão do provimento após o regular contraditório, exigem da parte beneficiada a prestação de uma garantia nos autos, regra ínsita do art. 804, do CPC, garantia essa que deve ser idônea, termo daqueles que poderíamos entender como indeterminado, como em relação à boa-fé, ao merecimento, ao interesse público, avaliáveis caso a caso, de acordo com a questão e suas peculiaridades próprias.

Assim é que indagamos o que seria idôneo de maneira a garantir a efetividade da jurisdição, de modo a buscar o justo, acima da letra fria da lei, no caso, frente a uma posição unilateral e sendo o caso de revogação posterior àquela liminar deferida, ao arripio do contraditório.

A lei exige a garantia por terceiro que não seja parte no processo, pessoa física ou jurídica, mas faculta ser ela real ou fidejussória; cabe à parte optar pela forma de sua prestação e ao juiz exigir depósito em dinhei-

ro, mas apenas controlar sua idoneidade.

Se o autor da demanda promove o depósito da quantia em discussão ou oferta bens de raiz livres e desembaraçados, lavra-se o termo de garantia nos autos, comunicando-se de eventual indisponibilidade a quem de direito até seu trânsito em julgado.

Na prática, porém, temos observado o comum uso de cartas de fiança, a denominada fiança judicial, a título de caução nos autos, até porque não implica imediata constrição de bens patrimoniais, como nos casos de garantias imobiliárias ou mobiliárias, ou mesmo do depósito do valor em discussão, em espécie.

Nas fianças judiciais prestadas, terceiros estranhos à lide e não à própria parte, vez que esta já se encontra vinculada patrimonialmente ao feito, assumem, solidariamente com aquela, a responsabilidade por eventuais perdas e danos, até mesmo quanto à eventual carga sucumbencial, advindo improvimento do pleito.

É comum no dia-a-dia forense, especialmente nas comarcas de maior volume de serviço, hoje quase insuportável, observar que os advogados beneficiários de liminares, na grande maioria dos casos, juntam como garantia, desde que no prazo oportunizado, tão-somente uma folha digitada, ou datilografada, onde ente terceiro declara responsabilizar-se solidariamente com a parte beneficiária, em relação ao objeto daquela lide.

Questiona-se, aqui, a idoneidade dessa fiança judicial, pois quem garante que aquele que assumiu a responsabilidade é capaz, financeira e ou patrimonialmente, para suportar eventual reversibilidade do provimento liminar deferido? O que demonstraria essa capacidade? Faz-se necessário, antes de mais nada, distinguir se aquele que prestou a fiança é pessoa física ou jurídica, vez que há elementos típicos vinculados a cada uma delas na questão posta – sua idoneidade.

Capacidade significa possibilidade, força de suporte, de maneira que, para a efetiva prova de idoneidade da garantia ofertada por pessoa física, é necessário se provar, desde logo, a existência de patrimônio disponível – evitando-se bens impenhoráveis (art. 649 do CPC), como os de família ou, ainda, gravados com ônus –, demonstrável por cópias autênticas dos títulos de propriedade móvel ou imóvel livres e desembaraçados,

posto que mera capacidade financeira momentânea, sem lastro patrimonial, em nada, ou quase nada, teria valia, havendo necessidade de execução futura. A propriedade de bens, à época da prestação da garantia, possibilitaria, *ad futurum*, em face do compromisso assumido pelo terceiro nos autos, sua expropriação para satisfação de eventuais perdas e danos que fluem (art. 568, IV c/c o art. 591, ambos do CPC), comumente, da reversão do provimento liminar.

Em relação às pessoas jurídicas, temos que, primordialmente, observar a necessidade de juntada aos autos do contrato social e alterações posteriores que demonstrem a capacidade e poderes para subscrição do termo daquele que prestou a garantia ofertada em nome da entidade coletiva. Nesse particular, mesmo que proibida a prestação da garantia, a jurisprudência pátria tem-se inclinado no sentido de admiti-la, desde que o signatário tenha poderes de gerência, senão vejamos.

O fato é que necessário se faz um controle eficaz na análise e eventual recebimento dessas garantias, que vêm sendo prestadas diuturnamente e muitas, mais muitas delas, sem qualquer lastro, totalmente irregulares, podendo vir a causar danos irreparáveis, ou de difícil reparação, exatamente na via inversa das alegações da parte beneficiária do provimento liminar deferido e posteriormente revogado. Só a garantia idônea, no sentido posto, deve ser aceita. Por consequência, quais as providências que deve o magistrado tomar ao receber garantias ao menos aparentemente inidôneas: revogar o provimento liminar desde logo ou oportunizar sua regularização?

Sabemos que se se fixa um prazo para a prestação da garantia que, nem sempre, acompanha a petição inicial, e esta é a primeira das questões a enfrentar: a tempestividade. Deveria o provimento intempestivamente garantido ser de logo indeferido ou seria admissível receber a caução fora do prazo? Pela ordem, entendo que a garantia deve ser aceita mesmo que intempestiva, mesmo porque o prazo que se estipula para prestação da garantia não é peremptório, mas dilatatório, permitindo, assim, prorrogação.

No tocante à falta de idoneidade, entendo que deve oportunizar-se a regularização da garantia, mesmo em se concedendo prazo mais curto que o inicial. A regra das irregularidades procedimentais, a meu prisma, tem

sede no art. 284, do CPC, que deve ser interpretado no sentido de primeiro oportunizar a regularização e, só então, no caso de inércia, com insistência no erro, indeferir o pleito, no caso, revogando o provimento liminar anteriormente deferido sob condição de prestação de caução idônea.

Parece-me correta, senão justa, essa posição, vez que não estamos diante de vícios insanáveis, aqueles que levam à nulidade plena do ato praticado, mas de vícios sanáveis, regularizáveis, desde que a parte assim o faça no prazo complementar deferido.

Nessa linha de raciocínio, cabe ao magistrado competente observar, portanto, se a garantia prestada é idônea, se está regular e suficientemente prestada, inclusive oportunizando eventual saneamento em prol da justeza na prestação jurisdicional, eis que é essa sua verdadeira e imprescindível finalidade.