

ANTONIO BARBOSA DOS SANTOS JÚNIOR, N° USP: 10275020

Turma XXIV

FIANÇA JUDICIAL CIVIL

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2021

Antonio Barbosa dos Santos Júnior

Nº USP 10275020

FIANÇA JUDICIAL CIVIL

Tese de Láurea apresentada ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Associado Doutor Heitor Vitor Mendonça Sica.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2021

Antonio Barbosa dos Santos Júnior

Nº USP 10275020

FIANÇA JUDICIAL CIVIL

Tese de Láurea apresentada ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

APROVADA EM: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Professor Orientador

Professor(a) Avaliador(a)

Aos meus pais e esposa, os quais sempre me apoiaram nesta empreitada que chega ao final. Vocês são fontes da minha inspiração!

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus por me permitir graduar na melhor e mais tradicional Faculdade de Direito do Brasil.

À minha amada esposa Thábata pelo carinho e paciência desprendidos em nossa vida conjugal, em especial quando da minha rotina de estudos, sempre preparando o melhor ambiente ao meu desenvolvimento.

Aos meus pais Antonio e Ila pelo constante incentivo aos estudos, desculpando-me pelas diversas ausências motivadas pela dedicação ao bacharelado em Direito.

Saliento o meu agradecimento especial ao Professor Heitor Vitor Mendonça Sica pela atenciosa orientação na elaboração deste estudo, fazendo com que as dificuldades de pesquisa advindas com a pandemia do coronavírus fossem totalmente superadas. Professor, eu tenho pelo senhor grande admiração e respeito, sendo um modelo de docente que pretendo um dia alcançar.

Aos pós-doutorandos Márcio Oliveira Rocha e Marcos Youji Minami pela disponibilidade em dirimir minhas dúvidas, bem como pelo fornecimento de materiais à pesquisa.

Aos meus amigos da Academia de Polícia Militar do Barro Branco, em especial ao grupo de Tenentes (muitos já foram promovidos), pelo incentivo e pelas diversas vezes que seguraram as pontas em missões, a fim de que eu pudesse melhor aproveitar esta sonhada graduação.

Por fim, aos meus amigos franciscanos do querido grupo apelidado de USPeão, o qual é composto por André Lima dos Santos, Bruno Tsuyoshi Silva Nomura, Denis Cesar da Silva, Jonathan Kingo Takada, Mauro Przewozinski, Ronaldo Akyioshi Nagai e Wilson Tadahiro Sakata. Vocês são fora da curva, levarei as suas amizades à vida!

RESUMO

SANTOS JÚNIOR, Antonio Barbosa dos. *Fiança judicial civil*. Tese de Láurea (graduação). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2021.

As cauções visam aumentar a segurança do credor acerca do cumprimento de uma obrigação, pois ampliam a garantia ordinária representada pelo patrimônio geral do devedor. As cauções podem ser reais e fidejussórias, e se originam da lei, de convenção ou de ordem judicial (no plano penal ou civil). Nesse contexto, a fiança judicial civil é uma caução de natureza fidejussória que visa garantir a satisfação de uma obrigação judicial presente ou futura, surgindo por meio de imposições do magistrado à parte interessada num ato jurisdicional ou pelo seu próprio oferecimento. Destarte, ela é estabelecida pelo juiz durante o desenrolar de um processo, tendo por supedâneo situações jurídicas em que sua exigência é tipificada, em especial no Código de Processo Civil de 2015, visando a garantir a satisfação de uma obrigação judicial que eventualmente possa surgir em desfavor da parte beneficiada pelo ato jurisdicional caucionado. O rigor lógico da teoria dualista da obrigação permite concluir que o fiador judicial não é devedor da obrigação, mas ao garanti-la, torna-se responsável executivo secundário, sendo legitimado passivo na execução forçada. Identifica-se que o regime jurídico aplicado na fiança judicial civil se baseia no sistematizado para a fiança convencional, contudo apresenta particularidades decorrentes de sua formação endoprocessual.

Palavras-chave: Caução. Fiança judicial civil. Fiador judicial. Fiança convencional. Teoria dualista da obrigação.

ABSTRACT

SANTOS JÚNIOR, Antonio Barbosa dos. *Court decision bond*. Undergraduate Thesis. Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2021.

Security deposits aim to increase the creditor's security concerning the fulfillment of an obligation because it adds surety that stands for the debtor's assets. The surety can be from real property and fidelity bonds, caused by law, contract or court decision. Within this context, the court decision bond is a surety from the fidelity bond surety group that aims at guarantee an obligation originated by a presente or future court decision, that can be imposed on the party by a jurisdictional act or by the debtor's own will. Thus, the court decision bond is fixed by the judge during a process, taking precedence over legal situations in which its requirement is foreseen in the law, especially in the Brazilian Civil Process Code (Law No. 13,105/2015), to assure the fulfillment of a judicial obligation that may arise unfavorable to the party benefiting from the secured judicial act. The dualist theory of obligation's logical accuracy allows us to conclude that the court decision surety bond guarantor is not indebted to the obligation, however by guaranteeing it, it becomes subsidiarily responsible, being eligible to be part in an enforced execution. It is identified that the legal regime applied to court decision bond is based on the conventional bond, however, there are distinctiveness due to its formation within the process.

Keywords: Security deposits. Court decision bond. Court decision surety bond guarantor. Conventional bond. Dualist theory of obligation.

SUMARIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 DAS CAUÇÕES EM GERAL	12
1.1 O conceito de caução	12
1.2 A caução como garantia especial	12
1.3 Os casos de prestação de caução	14
1.3.1 Caução judicial na tutela de urgência e casos afins	15
1.3.2 Caução judicial na fase de conhecimento do processo civil	17
1.3.3 Caução judicial prestada pelo executado	19
1.3.4 Caução judicial prestada pelo exequente	21
1.3.5 A caução judicial prestada por terceiros no processo civil	23
1.3.6 Uma reflexão sumária sobre a caução judicial <i>ope judicis</i> no processo civil	24
1.3.7 A caução judicial no processo penal	25
1.4 As modalidades real e fidejussória da caução.....	27
2 A RELAÇÃO ENTRE CAUÇÃO FIDEJUSSÓRIA E FIANÇA JUDICIAL.....	30
2.1 A identificação da fiança judicial em relação às cauções fidejussórias	30
2.2 Diferenças entre aval e fiança	31
2.3 As espécies de fiança civil	32
2.3.1 Diferenças entre fiança judicial e fiança legal	33
2.3.2 Diferenças entre fiança judicial e fiança convencional.....	34
2.4 As diferenças entre a fiança judicial civil e a fiança criminal.....	35
3 A POSIÇÃO JURÍDICA DO FIADOR JUDICIAL	37
3.1 Os elementos da obrigação.....	37
3.2 A gênese da teoria dualista da obrigação	37
3.3 Os institutos jurídicos <i>die Schuld</i> e <i>die Haftung</i>	38
3.4 A responsabilidade executiva secundária do fiador judicial	40
4 FIANÇA JUDICIAL: CARACTERÍSTICAS E FORMAÇÃO.....	42

4.1 A fiança judicial e a tutela jurisdicional executiva	42
4.2 Regime jurídico aplicável à fiança judicial	44
4.3 Peculiaridades das características da fiança no tocante à espécie judicial	45
4.3.1 Acessoriedade	45
4.3.2 Subsidiariedade	46
4.4 A formação da fiança judicial	48
4.4.1 O modo de prestação	48
4.4.2 Idoneidade e suficiência da fiança judicial	49
4.4.3 A participação dos interessados na formação da fiança judicial	50
5 LEGITIMIDADE PASSIVA E EXECUÇÃO FORÇADA DO FIADOR JUDICIAL	53
5.1 A legitimidade passiva do fiador convencional	53
5.2 A legitimidade passiva do fiador judicial nos Códigos Processuais de 1939 e 1973	57
5.3 A legitimidade passiva do fiador judicial no CPC 2015	59
5.4 Sobre a natureza da legitimação do fiador judicial	62
5.5 A execução forçada do fiador judicial	63
5.5.1 As defesas do fiador judicial	65
CONCLUSÕES	67
REFERÊNCIAS	70
APÊNDICE A – Situações jurídicas de fiança judicial no CPC 2015	74

INTRODUÇÃO

Ao realizar o agrupamento dos estudos sobre Direito Processual Civil em subáreas, reunindo de um lado os temas inerentes ao processo de conhecimento e do outro aqueles atrelados à execução. Identifica-se o maior volume de produção científica a respeito do primeiro, demonstrando a predileção dos pesquisadores aos assuntos que visam à certificação do direito em comparação com aqueles atrelados à sua satisfação. Nesse sentido, Dinamarco assevera:

É do passado o vício metodológico consistente em tratar os temas do processo civil e encará-los pelo prisma exclusivo do processo de conhecimento, negligenciando sua projeção à execução e tratando os fenômenos inerentes a esta como se fizessem parte de outro universo de menor dignidade científica; a execução seria uma verdadeira **cinderela da ciência processual**, era tratada de modo empírico e, no máximo, ofereciam-lhe em empréstimo certos conceitos vindos do processo de conhecimento. (grifo nosso)¹

Contudo, a solução adjudicada dos conflitos ou o cumprimento da obrigação podem encontrar o percalço do inadimplemento, isto é, a satisfação do direito não foi alcançada de modo voluntário. Pensa-se numa decisão judicial no âmbito do processo civil que condena o réu a uma obrigação de dar, ao autor isso foi apenas o caminho para alcançar o seu direito, ele precisa do cumprimento da obrigação! Para isso, caso o réu não cumpra a obrigação voluntariamente, o credor deverá lançar mão da execução forçada, a qual objetiva promover a tutela satisfativa. Logo, pouco adianta a certificação do direito sem a sua satisfação, tal intenção é indissociável do mandamento constitucional do acesso à justiça².

Nesse contexto, o último relatório do Conselho Nacional de Justiça³ acerca da pendência processual no país apontou um acervo de 75,4 milhões de processos, de modo que 52,3% desse total correspondem aos destinados à execução⁴, de forma que a taxa de congestionamento nas execuções, isto é, os processos não solucionados de um ano para o outro, encontra-se em 87%, sendo que o tempo médio de tramitação de tais processos até receber uma sentença, de acordo com a pesquisa, é de 4 anos e 7 meses, ao passo que tal tempo nos processos na fase de conhecimento é de 1 ano e 7 meses, sendo coerente a sua taxa de congestionamento em 67 %. Ademais, a pesquisa aponta o tempo médio de duração de 6

¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil: execução forçada e cumprimento de sentença*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, v.4, p. 34.

² SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 36-41.

³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2021: ano-base 2020*. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf>>. Acesso em 10.10.2021.

⁴ Execuções por título judicial ou extrajudicial não importando o sujeito passivo ou ativo.

anos e 1 mês para os processos baixados na fase de execução.

Com as informações supramencionadas, percebe-se que as produções científicas visando ao estudo de institutos peculiares à satisfação de direitos são de grande guarida no direito brasileiro, podendo contribuir na apresentação de soluções que auxiliarão o trabalho dos operadores do direito no combate à morosidade dos processos executivos, bem como no favorecimento da compreensão de institutos intrínsecos a execução forçada, os quais são tradicionalmente menos estudados.

Nessa senda, o estudo a respeito da fiança judicial civil apresentado nesta tese de láurea abrangerá aspectos de relevância prática e teórica ao Direito Processual, pois mostrará as limitações do instituto e em certa medida ressignificará o seu conceito, levando-se em consideração o atual Código de Processo Civil, mas sem renunciar de sua estreita relação com o Código Civil, diploma do qual advêm as suas bases materiais. Para isso, esta pesquisa utilizou de fontes tradicionais em pesquisas jurídicas, identificando na doutrina premissas conceituais sobre o tema, as quais são balizadas pelas legislações atinentes para que se perceba a aplicabilidade do instituto da fiança judicial nas relações jurídicas, sendo confirmadas pelas decisões pretorianas do Tribunal de Justiça de São Paulo e Superior Tribunal de Justiça.

Salienta-se que no estudo sobre a fiança judicial há uma importante comunicação entre o direito material e instrumental, de modo que o seu regime jurídico lastreia-se pelo sistematizado no Código Civil referente às fianças convencionais, enquanto as situações jurídicas que embasam a sua formação decorrem de prescrições que têm a finalidade de satisfazer direitos das partes que se apresentam no âmbito processual.

No capítulo 1, serão apresentadas as premissas conceituais do instituto da caução, individualizando-a como uma garantia especial que se adiciona a prestada ordinariamente pelo devedor de uma obrigação, bem como se dedicará especial atenção às situações jurídicas possíveis de prestação da caução de origem judicial, a qual sendo de modalidade fidejussória será uma fiança judicial.

No capítulo 2, demonstrar-se-á a relação da fiança judicial com as cauções fidejussórias, além de diferenciá-la entre as espécies de fiança civil e de suas figuras afins como o aval e a fiança criminal.

No capítulo 3, estudar-se-á a teoria dualista da obrigação, a fim de defender que a prestação de fiança judicial estabelece um vínculo jurídico entre o fiador judicial e o credor da obrigação garantida, tornando aquele responsável executivo secundário da referida obrigação.

No capítulo 4, a aderência da fiança judicial aos anseios por uma tutela jurisdicional executiva efetiva será evidenciada, bem como as suas particularidades em relação às características gerais das fianças, denotando o seu especial modo de formação endoprocessual.

Por fim, no capítulo 5, a questão da legitimidade passiva do fiador judicial nas execuções civis será enfrentada, cotejando as disciplinas jurídicas contidas nos anteriores Códigos Processuais de 1939 e 1973 rumando ao regramento atual expresso no Código de Processo Civil de 2015. Além disso, analisar-se-ão aspectos da execução forçada do fiador judicial assentada em título executivo judicial.

1 DAS CAUÇÕES EM GERAL

O presente capítulo apresentará as premissas conceituais acerca da caução, de forma a estabelecer sua natureza jurídica, além de sua individualização como uma garantia especial que se soma a prestada normalmente pelo devedor de uma obrigação. Nesse contexto, analisar-se-ão as situações jurídicas possíveis de prestação da caução judicial, diferenciando-a da legal ou convencional. Por fim, identificar-se-ão as modalidades de caução, a qual leva em consideração a primazia do vínculo da garantia num indivíduo ou coisa.

1.1 O conceito de caução

O vocábulo caução advém do latim *cautio*, o qual no direito romano compreendia os diversos institutos jurídicos que visavam assegurar o cumprimento de uma obrigação⁵. No direito contemporâneo, o significado antigo se mantém, abarcando qualquer espécie de segurança prestada cuja finalidade é proteger o credor de uma obrigação de eventual inadimplemento, isto é, toda caução aumenta a probabilidade de êxito do credor, pois se adicionam garantias que sobejam as usuais representadas pelo patrimônio geral do devedor⁶.

Em essência, identificam-se na formação da caução as características de prevenção e garantia. Aquela implementando medida que visa futuramente o acontecimento de uma atitude desejada (cumprimento da obrigação) e esta como meio de aumentar a possibilidade de satisfação do crédito, de forma que é por meio da precaução do credor que se concretiza a garantia⁷.

Portanto, o objetivo da caução é apresentar ao seu destinatário uma maior segurança patrimonial contra prejuízos futuros advindos de danos ou alterações em situações jurídicas⁸.

1.2 A caução como garantia especial

A caução não decorre da simples existência de uma obrigação presente, futura ou eventual, pois há sempre a necessidade da declaração de vontade do pretenso garantidor⁹, isto

⁵ SANTOS, Moacir Amaral. *Da fiança e de alguns dos benefícios do fiador*. Revista da Faculdade de Direito da USP, v. 49, jan., 1954, p. 309.

⁶ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Atualizado por Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 290-293.

⁷ GOMES, Manuel Januário da Costa. *Assunção fidejussória de dívida: sobre o sentido e o âmbito da vinculação do fiador*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 43-44.

⁸ SANTOS, Moacir Amaral. op. cit., p. 309-310.

⁹ GOMES, Manuel Januário da Costa. op. cit., p. 373.

é, a caução não se forma automaticamente.

Entretanto, a ausência de caução numa obrigação não elimina do credor garantias mínimas de seu cumprimento, as quais recaem sobre o patrimônio do devedor, conforme aduzem o Art. 391, do Código Civil de 2002 (CC 2002), e Art. 789, do Código de Processo Civil de 2015 (CPC 2015). Porém, o patrimônio do devedor destinado ao cumprimento das suas obrigações pode não coincidir com todos seus bens, pois o legislador objetivando a manutenção de um mínimo existencial do devedor indica bens que são impenhoráveis, isto é, eles não podem ser retirados do patrimônio do obrigado (expropriados)¹⁰. Portanto, eles são excluídos da execução forçada.

No CPC 2015 tal exclusão é apresentada nos Art. 833 e Art. 834, bem como há leis específicas que apresentam impenhorabilidades como a Lei do Bem de Família (Lei n. 8.009 de 1990), além da Constituição Federal de 1988 (CF 1988), o qual no Art. 5º, inc. XXVI, não permite a penhora de propriedade rural para saldar débitos relacionados à sua própria atividade produtiva¹¹. Nesse contexto, o patrimônio do devedor passível de ser executado é chamado pela doutrina de garantia geral ou comum de seus credores¹².

Na mesma linha, pode-se adicionar ao patrimônio do devedor afetado como garantia geral de cumprimento de suas dívidas, ressaltando a sua parte impenhorável, um reforço patrimonial genérico advindo de um terceiro sem a vinculação específica de seus bens ou por meio da destinação de um bem no patrimônio penhorável do devedor ou de terceiro à satisfação da obrigação. Na prática, percebe-se que eles aumentam as chances de adimplemento da obrigação, pois se soma ao oferecido genericamente pelo devedor. Esse reforço patrimonial, o qual posteriormente estudaremos a sua natureza (tópico 1.4), é uma garantia suplementar de solvabilidade do devedor¹³, sendo por isso uma garantia especial¹⁴, excedendo a garantia geral do credor sobre o seu crédito, agrupando grande parte de seus tipos no instituto jurídico da caução.

¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil: execução...*, cit, p. 356-358.

¹¹ Didier Júnior aborda as impenhorabilidades destacando que ela é uma limitação do direito fundamental à tutela executiva em detrimento do respaldo a bens jurídicos de grande relevância, por exemplo, a vida digna do executado, o mínimo vital, função social da empresa, isto é, nas impenhorabilidades há um conflito entre direitos fundamentais. Assim, o autor defende a aplicação do método de ponderação na análise dos interesses envolvidos pelo exequente e executado, o qual necessariamente ocorre da verificação do caso concreto, resultando numa restrição ou ampliação das impenhorabilidades, tendo como premissas a proporcionalidade e a adequação da decisão. Para aprofundar no tema: DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Subsídios para uma teoria das impenhorabilidades*. Revista de Processo, v. 174, p. 30-50, ago., 2009.

¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do direito civil: direitos reais*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 4, p. 281-282.

¹³ SIDOU, José Maria Othon. *Fiança: convencional, legal e judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 1.

¹⁴ FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de. *Contrato de Fiança*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21-22.

1.3 Os casos de prestação de caução

Antes de se apresentar os casos previstos nas normas brasileiras em que a caução pode ser prestada como meio de garantia suplementar acerca do cumprimento de uma obrigação, cabe destacar que a obrigação sobre o qual incide a caução pode ser futura ou já existente¹⁵, ou seja, a realização da caução pode garantir a prestação de um objeto que até o momento não foi declarado ou definido, porém com claras possibilidades de vir a surgir no futuro¹⁶.

Destarte, os casos de caução apresentam origem legal, negocial ou judicial, implementando-se, respectivamente, por meio da imposição da lei, acordo envolvendo a autonomia de vontade das partes ou ordem judicial decorrente de imperativos processuais¹⁷.

A caução legal é relacionada às normas de caráter material, visando assegurar a recomposição de eventuais danos que uma pessoa poderá sofrer causados pela violação de um direito substantivo a ela relacionado, de forma que a lei apresenta expressamente as situações em que é exigida a prestação desse dever de garantia. O CC 2002 descreve em várias oportunidades a exigência da caução legal, por exemplo, do tutor que administrará patrimônio de valor considerável de menor (Art. 1.745); do proprietário ou possuidor de imóvel em ruína que ameace de dano imóvel lindeiro (Art. 1.280); do usufrutuário antes assumir o usufruto (Art. 1.400); do comprador que antes da tradição do bem cair em insolvência (Art. 495),¹⁸ etc.

A caução negocial é fruto da autonomia privada presente entre as partes na realização de determinado negócio jurídico, relacionando-se ao cumprimento de seu objeto que é garantido por meio de outro negócio jurídico acessório¹⁹. Logo, há duas relações jurídicas que caminham paralelas, uma que formará a obrigação assegurada e outra que consubstancia a ampliação das garantias de seu adimplemento, concretizando-se por contratos tipicamente regrados pela CC 2002, como a fiança convencional (Art. 818 a Art. 839), a hipoteca (Art. 1.473 a Art. 1.505), o penhor (Art. 1.431 a Art. 1.472) ou a anticrese (Art. 1.506 a Art. 1.510). Aplicando essas informações à prática, percebe-se que há inúmeras hipóteses de surgimento de cauções negociais, por exemplo, um contrato de locação de imóvel urbano em que um terceiro garante o pagamento dos aluguéis (fiança convencional)²⁰, um contrato de compra e venda de

¹⁵ CARPENA, Márcio Louzada. *Da caução*. In: MACHADO, Costa; VEZZONI, Marina (Coords.). *Processo cautelar: estudos avançados*. São Paulo: Manole, 2010, item 2.

¹⁶ STJ, REsp 1.123.669/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, 1.ª Seção, j. 09.12.2009, DJe 01.02.2010.

¹⁷ LEITÃO, Manuel Teles de Menezes. *Garantias das obrigações*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 101-102.

¹⁸ MELLO, Rogério Licastro Torres de. *O responsável executivo secundário*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 248-249.

¹⁹ LEITÃO, Manuel Teles de Menezes. op. cit., p. 103.

²⁰ A lei 8245/91 regulamenta a locação de imóveis urbanos, de modo que em seu Art. 37 são elencados os tipos

imóvel em que o pagamento do preço é realizado de modo parcelado sendo ele assegurado pelo próprio imóvel vendido (hipoteca), um contrato de mútuo de dinheiro em que o mutuário garante o cumprimento da coisa fungível pela transferência ao credor da posse de coisa móvel (penhor) ou imóvel (anticrese).

A caução judicial auxilia o Estado-Juiz no alcance da efetividade em suas decisões, surgindo por meio de imposições do magistrado à parte interessada num ato jurisdicional ou pelo seu próprio oferecimento. Destarte, a caução judicial é estabelecida pelo juiz durante o desenrolar de um processo, visando garantir a satisfação de uma obrigação judicial que eventualmente possa surgir em desfavor da parte beneficiada pelo ato jurisdicional caucionado.

O CPC 2015 apresenta diversos casos de caução judicial, os quais, por possuírem íntima relação com tema deste estudo, serão descritos levando em consideração as diversas situações processuais de realização. Outrossim, salientar-se-ão algumas cauções judiciais ocorridas em situações processuais manifestadas fora do CPC 2015, mas de grande utilização profissional. Por fim, descreve-se também na legislação processual penal situações jurídicas de realização de tal garantia especial.

1.3.1 Caução judicial na tutela de urgência e casos afins

A caução judicial pode ser exigida na concessão de tutela urgência, bem como em casos afins que pressupõem a existência de seus requisitos para o deferimento, tais como medidas liminares envolvendo manutenção ou reintegração de coisa (Art. 559 e Art. 678, parágrafo único, ambos do CPC 2015) e em sede de mandado de segurança (Art. 7º, inc. III, da Lei n. 12.016/09).

O CPC 2015 unificou os procedimentos para obtenção de tutela de urgência²¹, as quais possuem como requisitos para concessão a probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e o perigo do decurso do tempo à prestação jurisdicional (*periculum in mora*), isto é, a apresentação de prova capaz de convencer o magistrado, respectivamente, que o requerente é titular do direito material em litígio, sendo que a não concessão da tutela o causará dano de

de garantias que o locador pode exigir do locatário, sendo que são previstas, respectivamente, nos incisos I e II, a caução e a fiança. Em termos técnicos, o legislador cometeu um deslize ao limitar o gênero caução a sua modalidade real (Art. 38, da Lei 8245/91), vindo a tratar separadamente a fiança que é uma caução de modalidade fidejussória. O tema será desenvolvido nos tópicos 1.4 e 2.1.

²¹ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 930.

difícil reparação ou irreparável²². Tendo em vista que nas tutelas provisórias a cognição do juízo é sumária²³, elas se caracterizam pelo seu caráter precário (Art. 296), podendo ser alteradas ou desconstituídas.

Nesse contexto, a fim de garantir o ressarcimento ao requerido dos danos decorrentes da concessão de tutela de urgência modificada ou revogada, o § 1º do Art. 300 prevê que o juiz pode estabelecer caução judicial, ao requerente da medida, desde que já atendidos os requisitos para o seu deferimento²⁴ (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), havendo possibilidade de ser dispensado caso o requerente seja economicamente hipossuficiente. Salienta-se que a efetivação das tutelas provisórias seguirá o regramento relativo ao cumprimento provisório de sentença (Art. 297, parágrafo único e Art. 519, ambos do CPC 2015).

As ações possessórias admitem medida liminar em proveito do autor. Entretanto, para a sua concessão nas ações de força nova exige-se unicamente a demonstração da posse, ou seja, naquelas demandas aforadas no prazo máximo de um ano e dia contados da ciência do autor a respeito do esbulho ou turbação da posse (Art. 558, *caput*), aplicando-as o rito especial constante no Art. 560 ao Art. 566, do CPC 2015, tendo por presumido o *periculum in mora*²⁵, resultando na dispensa de prova sobre tal circunstância.

Por outro lado, decorrendo o prazo mencionado no parágrafo anterior sem o autor demandar o interdito possessório, a ação será de força velha, seguindo o procedimento comum, de forma que a medida liminar de reintegração ou manutenção na posse (interdito proibitório) é possível, porém será apreciada de acordo com os regramentos gerais da tutela provisória²⁶ (Art. 294 e seguintes, do CPC 2015).

Considerando essas informações, o magistrado pode exigir a prestação de caução judicial visando garantir a reparação de prováveis danos causados pelo deferimento de medida liminar de reintegração ou manutenção na posse de autor em que a ação possessória venha ser julgada improcedente. O procedimento se inicia pelo requerimento do réu ao juiz da causa objetivando a determinação ao autor que se faça a devida caução do bem litigioso como condição de concessão ou preservação da medida liminar, sendo que para isso o réu deve

²² DONIZETTI, Elpídio. *Curso de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2020, capítulo 13, item 6.2.

²³ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005, p. 169-171.

²⁴ DONIZETTI, Elpídio. *op. cit.*, capítulo 13, item 6.3.

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme et al. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, v. 3, parte II, capítulo 4.

²⁶ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Ações possessórias no novo CPC*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 149-160.

comprovar a falta de idoneidade financeira do autor (Art. 559, do CPC 2015)²⁷. A imposição dessa caução judicial não é aplicável se o autor for economicamente hipossuficiente.

Ocorrendo no curso do processo ato jurisdicional que ultrapasse a limitação subjetiva, isto é, atingindo o bem daquele que não fez parte da relação processual, o CPC 2015 apresentará a sua disposição os embargos de terceiro²⁸. Assim, eles se destinam ao estranho do processo, o qual necessita de um meio de defesa, excetuando a ação ordinária, a respeito de ato de constrição judicial (penhora, arresto, sequestro, etc.) ocorrida sobre seus bens em relação processual do qual não é parte, protegendo o possuidor ou quem tenha direito inconciliável com o ato de poder (Art. 674, *caput*), ou seja, evitando ilegalidades debeladas por órgãos judiciais²⁹.

Nessa conjuntura, a oposição de embargos de terceiros por proprietário ou possuidor, a qual o juízo reconheça satisfatória a prova de domínio ou posse, desencadeará a suspensão da respectiva constrição judicial praticada no bem em litígio, de forma a admitir também medida liminar de reintegração ou manutenção de posse em favor do embargante³⁰, caso contenha no pedido da ação (Art. 678, *caput*). Contudo, faculta-se ao juízo de condicionar o deferimento de tal liminar à prestação de caução judicial pelo terceiro que não se encontra impossibilitado em razão de ser economicamente vulnerável, a qual se destina, amparado no Art. 1.051, do Código de Processo Civil de 1973 (CPC 1973), garantir a restituição do bem com os rendimentos que porventura ele proporcionou, caso os embargos sejam julgados improcedentes³¹ (Art. 678, parágrafo único).

Igualmente, a concessão de medida liminar ocorrida em mandado de segurança, as quais possuem os mesmos requisitos de deferimento que a tutela provisória de urgência, pode ser condicionada a exigência de caução judicial. Percebe-se pelo texto do Art. 7º, inc. III, da Lei n. 12.016/09, que tal prestação de garantia visa os mesmos objetivos pretendidos nas tutelas provisórias de urgência: “[...] sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.”

1.3.2 Caução judicial na fase de conhecimento do processo civil

A caução judicial também tem lugar na fase de conhecimento do processo civil para

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme et al. op. cit., parte II, capítulo 4.

²⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: procedimentos especiais*. 54. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, v. 2, item 93.

²⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Terras particulares: demarcação, divisão e tapumes*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 639.

³⁰ NEGRÃO, Theotonio et al. *Novo código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2017, p.715.

³¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: procedimentos...*, cit., item 214.

garantir o recebimento de custas processuais de autor de demanda não residente no país (Art. 83), bem como para permitir que o herdeiro receba seu quinhão hereditário sendo réu em processo que lhe pode condenar a pena de sonegados (Art. 641, § 2º).

Apesar de não reproduzir título ou seção específico para regram a caução³², o CPC 2015 não deixou de estabelecer matéria jurídica sobre caução às custas, também chamada de fiança às custas, a qual se encontra no ordenamento nacional desde as Ordenações³³. Tal regramento decorre do Art. 83, o qual impõe ao autor de ação de conhecimento não residente no país ou dele deixando de residir em seu trâmite que caucione suficientemente o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios da parte contrária, caso ele não possua no território nacional bens imóveis capazes de garantir os valores. As exceções a tal exigência são a reconvenção e o acordo ou tratado internacional que pertença o Brasil dispensando-a (Art. 83, § 1º), por exemplo, o Protocolo de *Las Leñas*³⁴ incorporado à legislação brasileira através do Decreto n. 2.067 (Art. 4º) que versa sobre o Mercado comum do sul (MERCOSUL).

Pontes de Miranda salienta que o objetivo da caução às custas é não transformar positivamente a sorte dos que ajuízam ação no Brasil não residindo no território ou dele alterando residência, quando na pendência do processo de conhecimento³⁵, isto é, visa proporcionar uma isonomia de autores independentemente de sua residência. Assim, verifica-se que a caução às custas ocorre de modo endoprocessual, pois possui como pressuposto uma ação de conhecimento, sendo uma caução de origem judicial³⁶.

A caução judicial também pode ser prestada em inventário, a fim de possibilitar o recebimento de quinhão hereditário por herdeiro, quando ele nega o recebimento ou a conferência dos bens sujeitos à colação³⁷ (Art. 641, *caput*, do CPC 2015)³⁸. Nessa linha, a oposição do herdeiro será julgada no próprio processo, se a matéria exigir apenas provas documentais, caso contrário, realiza-se em demanda própria³⁹.

³² Art. 690 a Art. 692, do CPC 1939; Art. 826 a 838, do CPC 1973.

³³ NOGUEIRA, José Luiz de Almeida. *Estudo theorico e pratico sobre fiança as custas no direito processual brasileiro*. São Paulo: Hennies, 1909, p. 8-11.

³⁴ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. op. cit., p. 466.

³⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*: arts. 796-889. Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. XII, p. 208.

³⁶ Em sentido contrário, classificando-a como caução legal: SIDOU, José Maria Othon. *Fiança: convencional...*, cit., p. 6. No capítulo 2 o tema será mais bem desenvolvido.

³⁷ Acerca da colação, salienta-se que o instituto é destinado a concretizar a divisão igualitária da parte indisponível da herança do autor (Art. 2.003, CC 2002), chamada de legítima, de forma que os herdeiros do autor da herança devem “conferir” no processo os bens doados pelo *de cujus* (Art. 2.002, do CC 2002).

³⁸ PACHECO, José da Silva. *Inventários e partilhas: na sucessão legítima e testamentária*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, item 720.2.

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme et al. op. cit., parte II, capítulo 6.

Assim, remetido o litígio para as vias ordinárias, o herdeiro que negou o recebimento ou a conferência de bens passíveis de colação não recebe o seu quinhão hereditário, exceto se realizar a caução judicial da parte dos bens pendentes de decisão futura (Art. 641, § 2º, do CPC 2015). Tal garantia torna efetiva uma sentença desfavorável ao herdeiro opositor, ainda mais considerando que ele é sujeito a pena de sonegados⁴⁰, a qual é materializada pela perda da sua parte sobre o bem dolosamente ocultado⁴¹.

1.3.3 Caução judicial prestada pelo executado

Sobre as partes da execução civil, o magistrado pode exigir a caução judicial do executado como uma das possibilidades de garantia do juízo na impugnação (Art. 525, § 6º) ou nos embargos à execução (Art. 919, § 1º) tendo em vista ser um dos requisitos para que o magistrado atribua efeito suspensivo na execução, bem como quando ele pretender ser depositário de bens afetados a atividades agrícolas que lhe foram penhorados (Art. 840, inc. III).

No CPC 2015 a oposição típica⁴² contra a execução de título executivo é realizada pela impugnação ao cumprimento de sentença ou por embargos à execução de título extrajudicial.

Nesse sentido, com as atualizações realizadas nos procedimentos do processo de execução no CPC 1973, antes de ser revogado, as quais foram mantidas pelo CPC 2015⁴³, tanto na impugnação quanto nos embargos à execução, as suas simples oposições não acarretam a suspensão dos atos executórios da relação processual satisfativa (Art. 525, § 6º, e Art. 919, *caput*, ambos do CPC 2015).

Contudo, o efeito suspensivo pode ser deferido pelo magistrado por requerimento do executado, se na impugnação apresentar fundamentos relevantes atrelados ao risco concreto de proporcionar-lhe grave dano caracterizado por ser de difícil ou incerta reparação (Art. 525, § 6º) e nos embargos à execução quando aferida a existência dos requisitos de concessão da tutela provisória (Art. 919, § 1º), somando-se a essas condições, há a necessidade conjunta em ambas as defesas de que seja efetuada pelo executado a garantia do juízo, isto é, fornecer segurança ao exequente de cumprimento da obrigação na medida em que for indeferida a

⁴⁰ ALVIM, Eduardo Arruda; FERREIRA, Eduardo Aranha; GRANADO, Daniel Willian. *Direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, capítulo LIV, item 4.4.

⁴¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do direito civil: sucessões*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 6, p. 374-376 e 382-384.

⁴² Tem-se a defesa menos formal nomeada de exceção de pré-executividade (Art. 518, do CPC 2015).

⁴³ NEGRÃO, Theotonio et al. *Novo código de processo...*, cit., p. 584 e 910.

impugnação ou os embargos à execução⁴⁴. Nessa linha, entre as alternativas a disposição do executado para o atendimento dessa condição essencial à suspensão da execução civil, encontra-se a caução judicial, afora a opção de depósito ou penhora de bens⁴⁵.

O estado de responsabilidade patrimonial geral, os quais todos os bens do devedor respondem pela obrigação (Art. 789, do CPC 2015), exceto os impenhoráveis conforme explicado no tópico 1.2. deste estudo, é individualizado na fase de cumprimento de sentença ou no processo de execução por meio da penhora, haja vista que ela especifica o bem sujeito a expropriação dedicado à satisfação do credor. Desconsiderando a discussão a respeito da consumação da penhora através de seu depósito, a guarda de bem penhorado é essencial para que se promova a sua expropriação, caso seja necessária para o cumprimento da obrigação objeto da execução, pois se evita a sua perda, extravio, consumo e alienação, sendo medida de conservação do bem, resultando na eficácia da penhora⁴⁶.

Destarte, nos bens de difícil remoção o *munus* público de depositário pode recair sobre o executado, bem como em relação àqueles bens que o exequente concordar. Nesses casos não há a exigência de garantia pelo executado. Em outra senda, o executado será o depositário, independentemente de anuência do exequente, desde que ele preste caução judicial, quando os bens penhorados forem “os imóveis rurais, os direitos aquisitivos sobre imóveis rurais, as máquinas, os utensílios e os instrumentos necessários ou úteis à atividade agrícola” (Art. 840, inc. III, do CPC 2015), isto é, tal depósito de bens é imperioso se o executado oferecer em troca uma proteção ao exequente, que é concretizada por hipoteca, pedras ou metais, penhor, etc. ou por fiança (Art. 827, do CPC 1973). O intuito dessa regra é promover a continuidade da atividade rural até que se decida o caminho final de tal

⁴⁴ ABELHA, Marcelo. *Manual da execução civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, parte II, capítulo X, item 9.12.6.

⁴⁵ Não se deve confundir penhora com a caução judicial de modalidade real, a qual é a oferta de um bem para que sobre ele se estabeleça a responsabilidade patrimonial decorrente de obrigação presente ou futura (no tópico 1.4 o tema será abordado com maior profundidade), embora ambos os institutos visem satisfazer o credor de uma obrigação. Na penhora, a responsabilidade patrimonial, evidenciada por todo o patrimônio penhorável do devedor ou por um bem especificamente destinado ao cumprimento de determinada obrigação, torna-se concreta, pois determinado bem (já ofertado, no caso das cauções reais) fica sujeito à autoridade do juiz. Desta forma, numa caução judicial de modalidade real para que o bem satisfaça a obrigação que ele garantiu é imprescindível a sua penhora, isto é, ato que o referido bem ficará constricto. Assim, buscando suspender a execução, pode o executado ao invés de destinar um bem para ser penhorado, sujeitando-se aos seus efeitos, realizar uma caução real suficiente, demonstrando um patrimônio capaz para o cumprimento do objeto da execução. Em tese, tal opção seria menos onerosa, contudo há posição doutrinária em que a preferência por caução, a fim de suspender a execução, é destinada apenas à execução das obrigações de fazer ou de não fazer. DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: Execução*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 773.

⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil: execução...*, cit, p. 577-595.

patrimônio⁴⁷, concomitantemente garantindo a utilidade da execução.

1.3.4 Caução judicial prestada pelo exequente

O magistrado pode exigir a caução judicial do exequente quando ele requerer o cumprimento provisório de sentença, a fim de garantir a indenização por prejuízos oriundos de uma eventual alteração do pronunciamento judicial (Art. 520, inc. IV e Art. 64, da Lei 8.245/91), para o prosseguimento da execução em que o juiz reconheceu na impugnação efeito suspensivo (Art. 525, § 10º) e nos embargos à execução em que o executado alega retenção por benfeitorias úteis ou necessárias como condição de imissão na posse do bem retido (Art. 917, § 6º).

Ao modificar a tradicional nomenclatura execução provisória (Art. 588, do CPC 1973) por cumprimento provisório de sentença, o CPC 2015 infere que entre os títulos executivos judiciais os únicos aptos a receberem a imediata execução são as sentenças. Bueno⁴⁸ e Dinamarco⁴⁹ criticam a falsa restrição colocada na norma, pois também são hábeis a receber a tutela satisfativa provisória as decisões interlocutórias que carregam em seu conteúdo o julgamento parcial do mérito (Art. 356), os acórdãos que possibilitam recurso sem efeito suspensivo (recurso extraordinário ou especial).

Destarte, Dinamarco sugere que é mais harmônico com o atual sistema processual civil o uso da palavra “decisão” substituindo “sentença”,⁵⁰ haja vista que seu significado jurídico alberga os pronunciamentos jurisdicionais expostos. Nessa linha, percebe-se que são passíveis de cumprimento provisório apenas os títulos executivos judiciais, porém não todos⁵¹. Nomeia-se como provisório, pois a decisão judicial submetida à execução não recebeu a preclusão máxima caracteriza pelo seu transito em julgado, isto é, ela pode ser reformada através de recurso, impossibilitando até mesmo o início do cumprimento provisório, caso tal recurso tenha efeito suspensivo (Art. 520, *caput*), como por regra é a apelação (Art. 1012, *caput*). Assim, por carregar uma incerteza sobre o resultado final do provimento jurisdicional, o exequente é responsável pelos danos sofridos pelo executado na medida de sua modificação.

Nesse contexto, com o intento de garantia sobre a obrigação do exequente de indenizar

⁴⁷ ASSIS, Araken. *Manual da Execução*. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 977.

⁴⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao código de processo civil: da liquidação e do cumprimento de sentença*. São Paulo: Saraiva, 2018, v. X, p. 520-521.

⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil: execução...*, cit, p. 868.

⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil: execução...*, cit, p. 868-869.

⁵¹ A sentença penal condenatória pressupõe a sua imutabilidade para ser considerada título executivo judicial (Art. 515, inc. VI, do CPC 2015).

o executado dos prejuízos do cumprimento provisório de uma decisão jurisdicional que deva ser desfeita⁵², o Art. 520, inc. IV, exige a prestação de caução judicial para consumação dos atos expropriatórios relacionado à execução. A dispensa dessa proteção ao executado é tratada como exceção e apresentada expressamente no Art. 521, por exemplo, execução de alimentos, situação de penúria do exequente, etc.

A caução judicial ocorre também nas execuções provisórias regulamentadas em normas esparsas, por exemplo, nas execuções provisórias de mandado de despejo, sendo que o Art. 64, da Lei 8.245/91, exige do autor da demanda caução, fidejussória ou real, cujo valor se limita entre 6 (seis) e 12(doze) meses de alugueres do imóvel alvo da ordem judicial⁵³.

Ocorrendo a reforma da sentença em desfavor do autor ou a revogação da liminar que autorizou o despejo, a caução converte-se em indenização mínima das perdas e danos sofridos pelo réu desapossado do imóvel. Percebe-se que a lei mencionada utilizou do instituto protetivo da caução para antecipar e pré-fixar um valor em que o réu é dispensado de provar o prejuízo, funcionando nos casos em que o ressarcimento do réu não alcançaria tal patamar como sanção ao autor que exerceu o direito quando esse tinha natureza precária, isto é, passível de alteração.

Conforme apontado no tópico anterior, as defesas às execuções de títulos executivos judiciais e extrajudiciais podem ser recebidas com efeito suspensivo. Contudo, quanto às execuções de títulos executivos judiciais a legislação processual permite o prosseguimento da fase de cumprimento de sentença desde que o exequente caucione a obrigação alvo da satisfação (Art. 525, § 10)⁵⁴. Nesse caso, a caução judicial é um pressuposto para o prosseguimento da execução dotada de efeito suspensivo, “suspendendo o efeito suspensivo” adquirido pelo executado em impugnação pretérita.

Nesse diapasão, percebe-se que nos embargos à execução não há disciplina sobre a continuação do processo de execução em que foi concedido o pedido do executado de efeito suspensivo. Pode-se inferir que o legislador não repetiu tal benefício ao exequente de título executivo extrajudicial, pois tal título não é caracterizado por uma chancela jurisdicional anterior, isto é, não foi formado através do devido processo legal. Desta forma, os títulos executivos extrajudiciais possuem maiores chances de serem desconstituídos pelo Poder Judiciário que os judiciais, haja vista que sobre eles são permitidos alegar em matéria de

⁵² ASSIS, Araken. *Cumprimento de sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 164-165.

⁵³ MELLO, Rogério Licastro Torres de. op. cit., p. 247-252.

⁵⁴ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. op. cit, p. 1409.

defesa tudo que é lícito aduzir no processo de conhecimento (Art. 917, inc. VI, do CPC 2015).

O CPC 2015 manteve nos embargos à execução a disciplina correspondente ao apresentado no CPC 1973 a respeito da alegação específica nas execuções de entrega de coisa certa que é o direito a retenção por realização de benfeitorias necessárias ou úteis⁵⁵ sobre o objeto que recai a execução (Art. 917, inc. IV), de forma que na impugnação ela é incabível, pois tal defesa deve ser arguida na fase de conhecimento em que houve a formação do título executivo judicial (Art. 538, § 2º)⁵⁶.

Tal instituto é regrado pelo Código Civil brasileiro (CC 2002) e destinado à pessoa que tem a obrigação de restituir coisa alheia, a qual de boa-fé realizou sobre ela benfeitorias necessárias e úteis⁵⁷, sendo-lhe direito negar a devolução até a indenização de seus respectivos gastos⁵⁸ (Art. 1.219, do CC 2002). Não obstante tal direito, o exequente, ou seja, quem receberá a coisa certa que se encontra retida, poderá ser imitado na posse, caso preste caução judicial ou deposite o crédito devido pelas benfeitorias (Art. 917, § 6º). Com isso, o exequente antecipa a posse da coisa certa e simultaneamente garante ao embargante a indenização pelas benfeitorias, se a decisão lhe for procedente⁵⁹.

1.3.5 A caução judicial prestada por terceiros no processo civil

Acerca dos estranhos ao processo, a caução judicial pode visar o cumprimento da proposta do pretenso arrematante de bens em hasta pública de modo parcelado (Art. 895, § 1º) ou daquele que provocou o adiantamento dela quando suspensa (Art. 896, § 1º).

Sendo dinheiro o objeto da penhora e depósito, a satisfação do exequente se perfaz pelo levantamento do depósito, contudo se recair sobre bens móveis ou imóveis necessita-se de uma sequência de atos à sua expropriação⁶⁰, que varia de acordo com a modalidade, de forma que o legislador do CPC 2015, privilegiando a economia processual, estabeleceu uma ordem preferencial, levando em consideração a simplicidade do procedimento requerido à

⁵⁵ As definições legais de benfeitorias necessárias, úteis e voluptuárias estão no Art. 96 e 97, do CC 2002.

⁵⁶ NEGRÃO, Theotonio et al. *Novo código de processo...*, cit., p. 907.

⁵⁷ Na posse decorrente do contrato de locação, o possuidor pode exercer o direito de retenção sobre as benfeitorias úteis, caso fora autorizada a sua realização pelo proprietário (Art. 578, CC 2002). Concorde com o entendimento: VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: reais*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017, v. 4, p. 120-126; ABELHA, Marcelo. op. cit., parte III, capítulo I, item 17.2.2. Em divergência, argumentando que a disciplina aplicada ao contrato de locação, estende-se a toda posse, isto é, as benfeitorias úteis demandam autorização: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do direito civil: direitos reais...*, cit., p. 51; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil: execução...*, cit., p. 774.

⁵⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do direito civil: direitos reais...*, cit., p. 50-51.

⁵⁹ ALVIM, Eduardo Arruda; FERREIRA, Eduardo Aranha; GRANADO, Daniel Willian. op. cit., capítulo LXXIX, item 3.4.

⁶⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. São Paulo: Bestbook, 2001, p. 177-179 e 205-208.

expropriação⁶¹: primeiro a adjudicação, que consiste no aceite pelo exequente da coisa penhorada no lugar de parte ou todo o crédito, a depender da avaliação do bem, depois a alienação por iniciativa particular, que é uma expropriação pública menos onerosa que o leilão público em que a venda do bem tem cooperação do exequente e, por fim, a alienação por leilão judicial eletrônico ou presencial (Art. 880 e 881, *caput*).

Nesse contexto, identifica-se a caução judicial como uma opção de garantia da efetividade da proposta de aquisição do bem que é exigido do pretense arrematante em duas situações na modalidade de expropriação através da alienação por leilão judicial.

A primeira ocasião dirige-se ao interessado em adquirir a coisa submetida à hasta pública por meio de pagamento parcelado, sendo uma exigência da oferta o pagamento à vista de no mínimo um quarto de seu valor e o que sobejar em no máximo 30 (trinta) parcelas, que devem ser asseguradas por caução judicial, de forma que se o bem for imóvel, tal garantia deve ser realizada exclusivamente por hipoteca sobre o próprio bem⁶² (Art. 895, § 1º, do CPC 2015).

Já a segunda ocasião relaciona a determinação legal de adiamento por até um ano de leilão judicial e por consequência a suspensão da execução quando o bem pertencente a incapaz não alcançou preço igual ou superior a oitenta por cento do aferido na avaliação (Art. 896, *caput*, do CPC 2015), ocorrendo a antecipação do término do referido adiamento, caso um suposto comprador garanta, por meio de caução judicial, a aquisição da coisa pelo valor da sua avaliação⁶³ (Art. 896, § 1º, do CPC 2015).

Em ambas as ocasiões, as cauções são em benefício do exequente, na hipótese de descumprimento da oferta⁶⁴ (Art. 897, do CPC 2015).

1.3.6 Uma reflexão sumária sobre a caução judicial *ope judicis* no processo civil

Os tópicos 1.3.1 a 1.3.5 descreveram situações que por motivos variados ensejam a prestação de caução judicial ao requerente de um ato jurisdicional, sendo que é comum a todas elas que tal exigência deriva estritamente de lei, isto é, por meio de caução judicial *ope legis*. Nesse contexto, dando continuidade ao estudo das possibilidades processuais em que pode ocorrer a realização de caução judicial, pretende-se refletir se o ordenamento pátrio defere a imposição de tal garantia em circunstâncias não tipificadas, por meio de decisão do

⁶¹ ABELHA, Marcelo. op. cit., parte II, capítulo XI, item 1.

⁶² ABELHA, Marcelo. op. cit., parte II, capítulo XI, item 4.3.4.

⁶³ ASSIS, Araken. *Manual da ...*, cit, p. 719-720 e 1182-1183.

⁶⁴ NEGRÃO, Theotonio et al. *Novo código de processo...*, cit., p. 884-886.

magistrado, ou seja, uma “caução judicial *ope judicis*”⁶⁵.

O Art. 139, inc. IV, do CPC 2015, permite ao juiz dirigir o processo visando a efetividade de suas decisões⁶⁶, de forma que é plausível ao julgador exercer sua atividade criativa quando fundamentado no atendimento dos fins processuais e respeitando os limites constitucionais.

Nessa linha, considerando a possibilidade de reforma dos pronunciamentos judiciais não preclusos ou não transitados em julgado, é facultado ao magistrado assegurar a parte em que a decisão contraria seus interesses, após a análise do caso concreto, e visando a satisfação de uma reforma do ato jurisdicional, impor ao beneficiário da decisão uma garantia de ressarcimento dos prejuízos ao seu exequente, caso ela seja alterada.

Desta forma, tal proteção poderia ser realizada através da prestação de caução judicial pelo favorecido, considerando que tal imposição advenha do poder gerencial do processo civil pelo juiz, intuindo o atendimento das decisões, haja vista que o mencionado Art. 139, inc. IV, “[l]he] permite determinar todas as medidas [...] mandamentais [...] necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial [...]”.

Logo, interpretando de modo sistemático a finalidade do Art. 139, inc. IV, do CPC 2015, com as advindas das causas tipificadas na lei processual civil de caução judicial, identifica-se um campo seguro ao magistrado para estabelecer a caução judicial a situações jurídicas não tipificadas relacionadas aos atos jurisdicionais passíveis de reforma, os quais são hábeis a provocar danos à parte adversa ou terceiros.

Entretanto, conforme Art. 93, inc. IX, da CF 1988, tal ato demanda uma maior cautela do magistrado, devendo ponderar os efeitos concretos do ato jurisdicional condicionado a caução, evidenciando que os prováveis danos decorrentes de tal ato tem potencial de macular uma efetiva tutela de direitos dos envolvidos no litígio, caso ele seja modificado.

1.3.7 A caução judicial no processo penal

Identifica-se também na legislação processual penal casos em que ocorre a prestação de caução judicial, destinando-se ao pagamento de despesas processuais, multa e indenização ou coibir vantagens econômicas concretas, quando o acusado de cometimento de crime ou

⁶⁵ Reflexão sobre fiança judicial *ope legis* e *ope judicis* advinda da dicotomia proposta por Federico Carpi sobre cumprimento provisório de sentença: CARPI, Federico. *La provvisoria esecutorietà della sentenza*. Milano: Giuffrè, 1979, p. 8-9.

⁶⁶ GRECO, Leonardo. *Coações indiretas na execução pecuniária*. Revista EMERJ, v. 20, n. 1, jan.-abr., 2018, p. 132-134.

contravenção é condenado, além de ser em determinadas situações fator inibidor de fuga⁶⁷.

Evita-se a obtenção de proveitos econômicos que tenham origem em condutas criminosas e promove-se a indenização da vítima através da medida assecuratória de sequestro, a qual consiste na retenção de bens que apresentam fortes indícios de procedência ilícita (Art. 126, do Código de Processo Penal (CPP)) pertencentes ao indiciado ou acusado de cometimento de uma infração, não importando se eles já foram transferidos a terceiros⁶⁸ (Art. 125, do CPP). Nesse sentido, quando os bens sequestrados estão em poder de terceiros, esses serão levantados, isto é, cessa-se a constrição sobre eles, caso o terceiro preste caução judicial que seja compatível aos seus valores⁶⁹. Nota-se que a prestação de caução pelo terceiro, não a permitindo ao acusado, é condição essencial para que o juízo autorize o levantamento dos bens sequestrados no curso da instrução do processo criminal, evidenciando a sua origem judicial (Art. 131, inc. II, do CPP).

A afetação sem a transferência ao credor de bem imóvel com a intenção de servir como garantia de cumprimento de obrigação patrimonial é chamada de hipoteca, sendo classificada como hipoteca legal aquelas oriundas diretamente da lei. Nesse contexto, o Art. 1.489, inc. III, do CC 2002, reconhece a vítima de infração penal ou a seus herdeiros o direito à hipoteca legal sobre os bens imóveis de propriedade do autor de infração penal⁷⁰. Diferentemente da medida assecuratória de sequestro, a hipoteca legal oriunda de infração penal só abarca bens imóveis pertencentes ao autor do delito, contudo sem que eles tenham qualquer relação com os proveitos da ação criminosa, haja vista que se destinam viabilizar a composição dos danos provocados ao ofendido pelo crime ou contravenção⁷¹.

Destarte, o CPP regulamenta procedimento de especialização desse caso de hipoteca legal (Art. 135), isto é, a individualização e inscrição de bem imóvel do criminoso que se presta a garantir o aperfeiçoamento da responsabilidade civil decorrente do delito⁷². Contudo, a inscrição da mencionada hipoteca legal pode não ser realizada se o réu prestar caução que compreenda o valor de uma eventual indenização pelos danos sofridos pela vítima do delito (Art. 135, § 6º)⁷³, tal caução é judicial, pois ocorre com base no procedimento de especialização da hipoteca legal, com a finalidade de que ela não se efetive, mas

⁶⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, Capítulo XI, item 8.3.

⁶⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito processual penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, Capítulo XI, item 3.5.1.

⁶⁹ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020, item 8.5.1.

⁷⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: reais...*, cit., p. 641-645.

⁷¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 1265-1267.

⁷² PACELLI, Eugênio. op. cit., item 8.5.2.

⁷³ LIMA, Renato Brasileiro de. op. cit., p. 1272.

simultaneamente assegurando uma futura execução.

O livro IV do CPP, com a exceção do Capítulo II, foi tacitamente revogado pela Lei de Execução Penal (LEP)⁷⁴, porém se reputa interessante demonstrar duas situações não mais aplicáveis contemporaneamente, mas que comunga dos objetivos apresentados nos dois casos anteriores, isto é, tornar efetiva a execução de sentença condenatória. O Art. 687, inc. II, do CPP, exigia como um dos pressupostos para autorizar o condenado efetuar o pagamento parcelado da pena de multa a prestação de caução judicial, bem como o Art. 690, inc. II, a estabelecia como solução ao condenado inadimplente para a não realização de sua conversão em pena privativa de liberdade. A LEP não prevê essas situações de caução judicial.

A situação jurídica mais conhecida na legislação processual penal de prestação de caução é a fiança criminal, a qual consiste na entrega de valores ao Poder Público ou em inscrição de hipoteca (Art. 330, do CPP), a fim de que o acusado do cometimento de uma infração penal permaneça em liberdade⁷⁵.

A prestação de fiança coage indiretamente o réu ao cumprimento dos atos processuais e da pena que lhe é eventualmente imposta, pois ocorrendo o desrespeito acarreta, respectivamente, o seu quebramento, resultando na subtração de metade do valor prestado (Art. 341 e Art. 343, do CPP), e a sua perda, aplicando a subtração total do valor dado em garantia (Art. 344, do CPP)⁷⁶. Ademais, fiança criminal é utilizada para cobrir as custas processuais, multa condenatória e a indenização da vítima do delito, caso haja condenação (Art. 336, do CPP), sendo uma fonte de efetividade da lei penal.

A análise comparativa entre a fiança civil e a criminal será apresentada no tópico 2.4, contudo se observa claramente que a fiança criminal é uma caução judicial. *Mutatis mutandis*, verificam-se intenções similares entre ela e os casos de caução judicial da lei processual civil, haja vista que a sua prestação se relaciona a imperativos processuais, no caso o processo penal (cumprimento de atos processuais ou da condenação, indenizar a vítima de crime e saldar as custas do processo), efetivando a aplicação do direito material (direito penal).

1.4 As modalidades real e fidejussória da caução

Diante do que foi anteriormente escrito, notou-se que a caução pode ter origem legal, convencional ou judicial, as quais foram explicadas levando em consideração as situações

⁷⁴ CAPEZ, Fernando; COLNAGO, Rodrigo Henrique. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 623.

⁷⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. op. cit., Capítulo XIV, item 9.1.

⁷⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. op. cit., Capítulo XI, item 8.3.

jurídicas de sua formação, realizando-se um aprofundamento nos casos em que ocorre a prestação da caução judicial, pois integra o objeto de estudo principal deste trabalho. Nessa linha, ao analisar as possíveis fontes da caução, percebe-se que o instituto não foi limitado pelo modo que tal garantia é exercida, sendo ainda descrito em termos genéricos, o qual passa a ser mais bem individualizado após a identificação de suas duas modalidades.

Destarte, acerca da natureza da caução, ela se subdivide nas modalidades fidejussória e real, as quais eram positivadas no Art. 826, do CPC 1973, sendo a primeira de concepção canônica e oferecida por terceiro estranho à relação jurídica garantida e a segunda de origem romana e efetivada com o destaque de um bem ou seu fruto, sem restrições em ser do próprio devedor, destinando-o a servir como objeto para saldar eventual acionamento da caução⁷⁷.

Na caução fidejussória, também chamada de pessoal, o garante não entrega bens específicos, nem realiza a vinculação de qualquer outro a quitação da obrigação garantida, como ocorre na caução real, de modo que o seu patrimônio continua livre. Entretanto, se o devedor não cumprir a obrigação, o caucionante responde com a integralidade presente ou futura de seus bens ao adimplemento, exceto naqueles que houver restrições imposta por lei⁷⁸.

Logo, enquanto na modalidade fidejussória o vínculo de garantia da caução é firmado no compromisso pessoal do garante em solver a obrigação em caso de inadimplemento, a modalidade real é formada com a pré-individualização de uma coisa, a qual vincula-se a solvibilidade da obrigação.

As cauções de natureza fidejussória são prestadas através do aval ou fiança, os quais doravante serão diferenciados, ao passo que as reais são formadas principalmente por meio da hipoteca, penhor ou anticrese.

De modo geral, se a legislação não condicionar a natureza específica de caução, ambas modalidades serão aceitas. Quando há um imperativo sobre a modalidade de caução, ele ocorre sobre a real, haja vista que a sua característica de afetação de uma coisa como garantia facilita uma eventual execução. No CPC 2015 a caução real é especificamente exigida do interessado em adquirir bem imóvel submetido à hasta pública por meio de pagamento parcelado, sendo que a garantia deve ser realizada exclusivamente por hipoteca sobre o próprio bem⁷⁹ (Art. 895, § 1º, do CPC 2015).

Assim, independentemente da origem da caução (legal, convencional ou judicial), a

⁷⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do direito civil: contratos*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, v. 3, p. 469.

⁷⁸ SANTOS, Gildo dos. *Fiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 42-43.

⁷⁹ ABELHA, Marcelo. op. cit., parte II, capítulo XI, item 4.3.4.

natureza da caução varia de acordo com a primazia de seu vínculo num indivíduo ou bem, classificando-se, respectivamente, nas modalidades fidejussória e real.

No próximo capítulo ver-se-á a completa individualização da fiança judicial civil tendo por parâmetro as fontes da caução e suas modalidades.

2 A RELAÇÃO ENTRE CAUÇÃO FIDEJUSSÓRIA E FIANÇA JUDICIAL

Neste capítulo pretende-se individualizar o objeto deste estudo que é a fiança judicial civil, demonstrando a sua relação com as cauções fidejussórias, além de diferenciá-la de suas figuras afins como o aval e a fiança criminal. Outrossim, far-se-á um cotejamento entre as espécies de fiança civil, salientando as suas particularidades.

2.1 A identificação da fiança judicial em relação às cauções fidejussórias

No capítulo anterior verificou-se que as cauções se diferenciam quanto a sua origem ou fonte, sendo ela a lei, contrato ou imposição do magistrado, nomeadas, respectivamente de caução legal, convencional e judicial. Nesse contexto, dedicou-se especial atenção à caução judicial, sendo apresentados diversos casos de concretização de tal garantia, localizados principalmente no CPC 2015 e CPP.

Identificou-se também que a caução apresenta diferentes modalidades, classificando-se por real e fidejussória se a garantia do cumprimento da obrigação recai, respectivamente, sobre um bem específico ou uma pessoa.

Combinando as possibilidades de origem da caução com as suas modalidades, afere-se que as cauções legal, convencional e judicial se distinguem internamente levando em consideração o vínculo na coisa ou pessoa em que ocorre a ampliação da garantia ao credor. Nessa linha, o ordenamento jurídico estabelece os instrumentos por meio dos quais a caução se realiza, sendo a hipoteca, penhor ou anticrese destinados à modalidade real e a fiança e aval reservados à modalidade fidejussória.

Com essas premissas, conclui-se que da mesma forma que as demais fontes da caução, a caução judicial se bifurca em real ou fidejussória, sendo que não havendo exceção de lei⁸⁰ as situações jurídicas permitem a sua prestação pelas duas modalidades. Desta forma, ocorrendo a caução judicial na modalidade fidejussória, estar-se-á diante da garantia chamada de fiança judicial, a qual é prestada por meio da vinculação pessoal admitida de maneira endoprocessual.

Posto isso, a fim de buscar uma melhor compreensão da garantia realizada mediante

⁸⁰ No capítulo 1, nos tópicos 1.3.5 e 1.4 se mostrou um exemplo em que é apenas permitida a caução judicial real por meio de hipoteca.

fiança judicial, mostrar-se-ão as particularidades existentes entre o aval e a fiança *lato sensu*, ambas cauções fidejussórias, bem como um cotejamento entre as espécies de fiança civil, sendo a judicial uma delas.

2.2 Diferenças entre aval e fiança

A necessidade de se diferenciar aval e fiança decorre de que um e outro são garantias pessoais de adimplemento de obrigação, as quais correspondem a caução de modalidade fidejussória. A semelhança cessa nesse ponto. O aval é atrelado exclusivamente aos títulos de crédito, de forma que o avalista assume nova obrigação cambiária, ao passo que a fiança se perfaz em várias situações jurídicas⁸¹, dentro das quais surgem as suas espécies convencional, legal e judicial, sendo que todas serão estudadas nos próximos tópicos.

Além da esfera de aplicação, o aval se diferencia da fiança⁸² por ter autonomia no tocante à obrigação garantida, de modo que os eventuais vícios nela identificados não o macula, exceto os referentes à forma, ao passo que na fiança tal relação é acessória⁸³. Assim, a obrigação do avalista mantém-se hígida mesmo que a obrigação principal seja nula por outros motivos que não aqueles relacionados a forma, o contrário ocorre na fiança em que a nulidade da obrigação que o fiador assegura provoca a invalidação da fiança, salvo se a nulidade compreender a incapacidade civil (Art. 824, *caput*, do CC 2002) e não for relacionada a mútuo feito a menor sem o seu benefício (Art. 824, parágrafo único, c.c. Art. 589, ambos do CC 2002). Dentro desse espectro, é defeso o proveito pelo avalista das exceções pessoais do avalizado, sendo correto, em geral, que o fiador pode opor ao credor as defesas próprias do afiançado⁸⁴.

Por fim, a solidariedade é característica essencial ao aval, ao passo que na fiança a responsabilidade é *a priori* subsidiária, permitindo ao fiador invocar o benefício de ordem⁸⁵, caso não ocorra as hipóteses descritas no Art. 828, do CC 2002.

⁸¹ RODRIGUES, Cláudia; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito empresarial*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2018, item 13.6.4.

⁸² LEITÃO, Manuel Teles de Menezes. op. cit., p. 131-133.

⁸³ “Passando, finalmente, a tratar do papel da causa nos negócios com causa pressuposta, quer-nos parecer que a causa poderá influenciá-los no plano da validade, e não mais no plano da eficácia. Assim, a solução será, quando faltar o fato justificador do negócio (a que seu elemento categorial inderrogável faz referência), considera-lo nulo. É a “solução francesa” sobre a causa (causa como requisito de validade). Se, num mútuo, não houve a entrega da coisa, o negócio é nulo; nulo também se deverá considerar o reconhecimento do filho ilegítimo que, posteriormente, vem a saber não ser realmente filho; **nula a fiança que garante débito inexistente**; nula a dação em pagamento, sem débito anterior, etc.” AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 159-160. (grifo nosso)

⁸⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do direito civil: contratos...*, cit., p. 469-478.

⁸⁵ LEITÃO, Manuel Teles de Menezes. op. cit., p. 110.

2.3 As espécies de fiança civil

Tendo em vista que existem várias situações jurídicas que o alargamento das garantias patrimoniais a respeito do cumprimento das obrigações pode advir através da fiança, a doutrina as organizou em espécies que tem como critério taxonômico as suas fontes de formação, as quais têm paralelismo com as que dão origem a formação das cauções em geral (tópico 1.3). Tais fontes guardam pertinência com o ambiente jurídico de sua formação verificado sobre o foco dos sujeitos da relação, isto é, credor e fiador. Logo, a fiança é convencional, legal ou judicial, se decorrer, respectivamente, de um contrato, lei ou imposição judicial⁸⁶.

A fiança convencional resulta de acordo livremente firmado, isto é, sem imposição de lei ou ordem judicial, entre um terceiro, doravante fiador, e o credor da obrigação⁸⁷. É um contrato tipificado no CC 2002 (Art. 818), sendo de exigência legal a sua forma escrita (Art. 819, do CC 2002), a qual se não observada torna o negócio jurídico (fiança) inválido⁸⁸.

A fiança legal advém de algumas situações em que a lei material exige a prestação de caução para o exercício de certos atos ou para proteção de determinado sujeito em relação a prejuízos que podem surgir por culpa do caucionante. Pontes de Miranda⁸⁹ salienta que a fiança legal é aquela que na maioria das vezes se realiza por existir relação jurídica surgida especificamente de lei, o qual tem como resultado o dever de afiançar, bem como outras atreladas ao exercício de certa função ou antes do recebimento de bens para o exercício de atividades de administração⁹⁰. O CC 2002 descreve em várias oportunidades a exigência da caução legal, de acordo com o exemplificado no tópico 1.3, de modo que se for prestada por pessoa que assume o compromisso de adimplir a obrigação não cumprida pelo devedor será fiança legal, pois tem natureza fidejussória.

A fiança judicial se ampara na finalidade do Estado-Juiz ter as suas decisões efetivadas, decorrendo de imposições do magistrado a parte interessada num ato jurisdicional, a fim de prevenir o ressarcimento dos danos deles decorrentes. Em verdade, a fiança judicial é um ônus processual ao interessado, pois exige dele a prática de determinada ação (realização de caução fidejussória), a fim de que se produza o efeito jurídico pretendido (um ato

⁸⁶ GOMES, Manuel Januário da Costa. op. cit., p. 372.

⁸⁷ OLIVEIRA, Lauro Laertes de. *Da fiança*. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 18-19.

⁸⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. op. cit., p. 126.

⁸⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsóí, 1972, v. XLIX, p. 94.

⁹⁰ SANTOS, Gildo dos. op. cit., p. 46.

endoprocessual)⁹¹, por exemplo, ter um sentença judicial executada sem o seu trânsito em julgado (Art. 521, do CPC 2015). As hipóteses legais da fiança judicial são facilmente identificadas nos casos de caução judicial presentes na lei processual civil (tópicos 1.3.1 a 1.3.5), advindas especialmente do CPC 2015, ocorrendo quando a forma de prestação da garantia for pessoal, ou seja, não afetou nenhum bem especificamente.

Por fim, antes de se dedicar na diferenciação da fiança judicial em comparação com as suas demais espécies, destaca-se que a sua formação depende da vontade do pretensor fiador⁹², é inconcebível a coerção de um indivíduo em se responsabilizar por um débito de terceiro mesmo que baseada em disposição de lei ou determinação judicial, o vínculo inicial da obrigação é entre credor e devedor, sendo imprescindível voluntariedade de quem presta a fiança, independentemente dela ser convencional, legal ou judicial.

2.3.1 Diferenças entre fiança judicial e fiança legal

Numa aproximação comparativa entre a fiança legal e judicial advêm dúvidas sobre as suas diferenciações, pois ambas de modo geral decorrem de lei, não obstante a fiança judicial poder ser prestada de modo *ope judicis*, conforme aduz o tópico 1.3.6 deste estudo. Nesse contexto, Pontes de Miranda salienta que “[a] fiança não se torna judicial somente por ter o juiz condenado alguém a prestá-la”, de forma que a diferenciação entre elas é pautada nos efeitos do ato jurídico em que foi condicionado por meio da fiança, podendo ser um dar, fazer ou não fazer. Por exemplo, do não fazer uma reforma de imóvel, chegando ele a ruína, desencadeia um dever jurídico do proprietário de caucionar os vizinhos pelo risco de danos iminentes (Art. 1.280, do CC 2002), percebe-se os efeitos materiais de tal fiança, funcionando como uma defesa do direito real de propriedade dos ameaçados pelo estado de ruína do imóvel do proprietário incauto, possui também efeito material, a fiança prestada pelo comprador de bem que antes da tradição tornou-se insolvente, o qual visa proteger o direito de propriedade do vendedor, ambos exemplos são de fianças legais, como outrora já se havia afirmado. Desta forma, a fiança legal é estabelecida pelo legislador em função dos direitos que as normas civis brasileiras reconhecem as pessoas, de modo autônomo ao processo civil.

Em contrapartida, o efeito que a fiança judicial precede com sua realização é processual, visando à produção de atos jurisdicionais, havendo várias hipóteses de sua exigência descrita em lei tal como ocorre na fiança legal, por exemplo, o magistrado condiciona a autorização de

⁹¹ VARELA, João de Matos Antunes. op. cit., p. 57.

⁹² GOMES, Manuel Januário da Costa. op. cit., p. 373.

prosseguimento do cumprimento provisório de sentença, isto é, um ato de efeito processual, a prestação de fiança judicial, haja vista que tal sentença, por não estar transitada em julgado, pode ser eventualmente reformada, servindo a caução como garantia dos prováveis prejuízos do executado provisório. Logo, a fiança judicial visa garantir o ressarcimento dos prejuízos decorrentes de atos processuais não acobertados pela coisa julgada, isto é, possíveis de modificação, bem como pode se endereçar a eficiência de outros atos jurisdicionais, como ocorre na aquisição de bens em hasta pública com pagamento parcelado (Art. 895, § 1º), objetivando garantir o adimplemento das respectivas parcelas.

Assim, a diferença entre fiança legal e judicial repousa sobre os efeitos dos atos decorrentes de suas realizações, de modo que conforme afirma Pontes de Miranda, a ordem do magistrado de prestação de fiança não modifica a sua espécie⁹³. Nessa linha, Sidou⁹⁴ salienta que a determinação judicial de realização de caução é uma fiança judicial, quando, além de pessoal, visar o atendimento de um *munus* judicante, isto é, o dever do magistrado de julgar os litígios de sua competência. Ademais, pode-se traçar um paralelo seguro sobre as leis que retratam a fiança judicial e legal, respectivamente, o CPC 2015 e o CC 2002.

2.3.2 Diferenças entre fiança judicial e fiança convencional

Identifica-se que na fiança convencional, por ser fruto da autonomia privada, não há a intervenção do poder público em sua formação, contudo para atingir a sua finalidade devem-se seguir os preceitos legais de todo e qualquer negócio jurídico, isto é, ser realizado por agente capaz, versar sobre objeto lícito que seja possível e no mínimo determinável, conforme Art. 104, do CC 2002. Ademais, a fiança convencional é um contrato tipificado na lei civil brasileira (Art. 818 a 839, do CC 2002), a qual apresentará a sua definição, modo de realização, efeitos e extinção.

Destaca-se que a ausência de imposição legal ou judiciária, características essas atreladas, respectivamente, a fiança legal e judicial, não retira do credor a precaução de exigir a fiança convencional à realização de obrigação que almeja ser garantida, isso é o que ocorre em muitos negócios jurídicos, por exemplo, nos contratos de locação de prédios urbanos, porém caso o credor aquiesça, a avença da obrigação garantida pode ser realizada independentemente de fiança convencional, haja vista decorrer da autonomia privada.

Por outro lado, a caução judicial apresenta-se no geral como uma condição para

⁹³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado...*, cit., p. 94.

⁹⁴ SIDOU, José Maria Othon. *Fiança: convencional...*, cit., p. 6-8.

realização de um ato processual em que existe um interesse individualizado, por exemplo, o cumprimento provisório de sentença ou a aquisição parcelada de bem em hasta pública. Nessa linha, a fiança judicial é pressuposto estabelecido pelo juízo, não sendo uma faculdade do eventual credor que dela poderia se aproveitar.

Por fim, percebe-se que a fiança convencional tem a sua disciplina jurídica regradada no CC 2002, a qual também é supedâneo legislativo das fianças judicial e legal⁹⁵, haja vista não existir normas pátrias específicas acerca da formação, efeitos e extinção dessas espécies de fiança.

2.4 As diferenças entre a fiança judicial civil e a fiança criminal

Apresentadas as devidas diferenciações entre as espécies de fiança civil, torna-se necessário também as realizar a respeito da fiança criminal, em especial porque ela está compreendida entre as situações jurídicas de cauções judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, conforme tópico 1.3.7.

Embora as finalidades da fiança judicial civil e a fiança criminal serem semelhantes, relacionando-as a imperativos processuais, percebe-se que apenas a sua origem é coincidente, pois ambas advêm de emanações do Poder Judiciário⁹⁶, característica comum que permite as classificar como caução judicial. Comparando os imperativos processuais desses institutos, nota-se que na fiança judicial civil o ato processual que ela visa condicionar é variado e alberga diversas situações jurídicas (tópicos 1.3.1 a 1.3.5), enquanto na fiança criminal o ato processual alcançado pela sua prestação é sempre a liberdade provisória do acusado de cometimento de uma infração penal⁹⁷.

Apesar de ser assim denominada pela legislação, a fiança criminal tecnicamente não é fiança, mas caução real⁹⁸, pois conforme se verificou no tópico 1.4, a fiança é uma caução fidejussória, pois o vínculo de garantia é firmado no compromisso pessoal do fiador, ao passo que analisando o Art. 330, *caput*, do CPP, identifica-se que a garantia da fiança criminal consiste no destaque de bens fungíveis ou infungíveis, ou seja, inegável particularidade das cauções reais. Portanto, é imprópria a nomenclatura de fiança criminal, que é caução judicial, mas não fiança judicial, não obstante o corrente uso pelos operadores do direito desse termo

⁹⁵ ASSIS, Araken. *Manual da ...*, cit, p. 588-589; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. 29. ed. São Paulo: Leud, 2017, p. 113-116.

⁹⁶ Na fiança judicial criminal há situações em que a sua imposição é facultada à autoridade policial (Art. 322, *caput*, do CPP), sendo controlada pelo magistrado (Art. 321, *caput*, do CPP).

⁹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. op. cit., Capítulo XIV, item 9.1.

⁹⁸ SANTOS, Gildo dos. op. cit., p. 82. No mesmo sentido: OLIVEIRA, Lauro Laertes de. op. cit., p. 18; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017, v. 3, item 37.1.

em referência a fiança criminal⁹⁹.

Como a prestação da fiança judicial criminal consiste na destinação de bem, sendo o mais comum dinheiro, é notório que ela pode ser realizada por qualquer pessoa, inclusive o próprio destinatário do ato processual que dependendo da fase de persecução criminal será o réu ou o indiciado, diferenciando-se da fiança judicial civil, bem como de suas outras espécies, as quais por serem cauções fidejussórias são prestadas apenas por terceiros.

No próximo capítulo, verificar-se-á, com apoio na teoria dualista da obrigação, que o fiador judicial é responsável executivo secundário da obrigação que ele garantiu.

⁹⁹ STF, HC 169.220, Rel. Ministro Luiz Fux, 1.ª Turma, j. 25.03.2019, DJe 27.03.2019.

3 A POSIÇÃO JURÍDICA DO FIADOR JUDICIAL

Neste capítulo, com supedâneo na teoria dualista da obrigação, pretende-se identificar que a prestação de fiança judicial estabelece um vínculo jurídico entre o fiador judicial e o credor da obrigação garantida, o qual torna o primeiro responsável executivo secundário da referida obrigação.

3.1 Os elementos da obrigação

Ao examinar a estrutura de uma obrigação é imprescindível compreender os seus elementos. Esses são três: sujeito, objeto e vínculo jurídico. O sujeito são as partes da obrigação, caracterizando-se na posição ativa e passiva, respectivamente, pelo credor e devedor, de forma que este possui o dever de realização da conduta explicitada na obrigação e aquele tem a faculdade de exigí-la. A conduta se relaciona ao objeto da obrigação que é representada pela prestação realizada pelo devedor, a qual é uma ação ou abstenção humana concretizada no dar, fazer ou não fazer algo que seja economicamente aferível, salientando que nas obrigações cujos efeitos são bilaterais os sujeitos são reciprocamente devedores e credores, por exemplo, nos contratos de compra e venda. Por fim, o vínculo jurídico é o elemento abstrato da obrigação incumbido pelo elo entre os seus sujeitos, reduzindo o campo de liberdade do obrigado na direção da prestação estabelecida, permitindo ao credor perseguir o patrimônio das pessoas associadas ao seu cumprimento¹⁰⁰.

Destarte, a posição jurídica do fiador judicial é identificada da decomposição do vínculo jurídico obrigacional sob uma perspectiva da teoria dualista das obrigações, sendo que o estudo sobre a gênese de tal teoria permite uma melhor compreensão de seus conceitos, emergindo da conciliação de duas visões antagônicas acerca da obrigação desenvolvidas na Alemanha do século XIX.

3.2 A gênese da teoria dualista da obrigação

De um lado, os juristas da escola voluntarista observam na obrigação uma relação de dever com o cumprimento da prestação, sendo que esse dever é desatado de imposições coercitivas, isto é, assentando-se somente na execução voluntária do devedor. Segundo tal pensamento, o credor somente dispõe em virtude da obrigação do poder de receber a

¹⁰⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do direito civil: teoria geral das obrigações*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 2, p. 17-27.

prestação, de forma que os meios de coerção para tal objetivo, em caso de inadimplemento, são sanções, incumbindo-as ao direito público e as repousando fora do conceito de obrigação¹⁰¹.

Por outro lado, verifica-se a concepção defendida por Brinz afirmando que a base das obrigações está no poder de constrição do credor sobre o devedor, ou seja, a sanção relegada pela teoria voluntarista, representando um estado de sujeição, de forma que o devedor é aquele que pessoalmente responde pelo objeto da obrigação, satisfazendo o credor. Assim, o autor entende a obrigação com um fenômeno jurídico dinâmico, de modo que o débito, constatado a partir da prestação, é uma fase da responsabilidade, a qual é caracterizada por sua exigibilidade. Logo, o dever de cumprir a prestação da obrigação não a compõe, pertencendo preponderantemente ao campo da moral¹⁰².

Sopesando os conceitos dessas teorias, Comparato¹⁰³ salienta que elas são incompletas por apresentarem apenas uma faceta da relação jurídica construída nas obrigações, de forma que cada uma restringiu a sua formação a uma de suas partes, porém as consideram como o todo. A teoria dualista da obrigação concilia tal problemática militando a seu favor o rigor lógico. Nessa senda, notadamente se inspirando no trabalho de Brinz, Amira e Gierke o conceito de obrigação é ampliado, dissociando-a em dois institutos jurídicos cujas funções não coincidem: *die Schuld* e *die Haftung*¹⁰⁴.

3.3 Os institutos jurídicos *die Schuld* e *die Haftung*

Dissecando a obrigação, a *Schuld*, lembrando a teoria voluntarista, estabelece uma relação com o objeto da obrigação, de forma que do lado passivo cria ao devedor o dever de comportamento ou conduta de acordo com o designado na obrigação e do lado ativo impõe ao credor o dever de receber a prestação, isto é, não negar o cumprimento da obrigação pelo devedor, desde que a conduta ou comportamento dele coincida com o seu objeto. Contudo, não decorre da *Schuld*, também chamada *debitum*, dívida ou débito, o poder do credor exigir do obrigado o cumprimento da prestação não adimplida, o “dever” que pesa sobre o devedor não acarreta uma submissão pessoal ou patrimonial ao credor, mas também não se limita apenas ao campo do princípio moral de justiça, é uma indicação de uma conduta esperada

¹⁰¹ FOREST, Grégoire. *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*. Paris: Dalloz, 2012, p. 38-40.

¹⁰² COMPARATO, Fábio Konder. *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*. Paris: Dalloz, 1964, p. 9-10.

¹⁰³ COMPARATO, Fábio Konder. *Essai d'analyse dualiste...*, cit, p. 11 e 17.

¹⁰⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *Essai d'analyse dualiste...*, cit, p. 11-14.

pela lei¹⁰⁵. O direito brasileiro é fiel a essa premissa, a qual pode ser notado pela vedação de se repetir pagamento de obrigação não exigível judicialmente, bem como de maneira específica quanto às dívidas prescritas (Art. 882, do CC 2002) e provenientes de jogos ou apostas (Art. 814, do CC 2002)¹⁰⁶.

Na outra face da obrigação, a *Haftung*, instituto bem desenvolvido por Brinz, encontra-se o poder de coerção que falta na *Schuld*, sujeitando no direito contemporâneo¹⁰⁷ o patrimônio do devedor ou de terceiro que garantiu o objeto da obrigação ao seu adimplemento, independentemente da vontade dos atingidos. Nessa linha, a *Haftung*, também chamada de *obligatio* ou responsabilidade, institui um poder destinado ao credor de exigibilidade da prestação através do Estado-Juiz capaz de expropriar o patrimônio dos responsáveis pela obrigação, realizando uma função de garantia de seu cumprimento¹⁰⁸, isto é, a *Haftung* assemelha-se a um direito potestativo do credor, atuando sobre a esfera jurídica dos responsáveis pela dívida. As normas brasileiras também caminham ao encontro de tais proposições, tanto no Art. 391, do CC 2002 quanto no Art. 789, do CPC 2015, sendo mais completa a norma instrumental, salientando que o patrimônio que garante o objeto da obrigação não é só o presente, mas também o vindouro, apenas limitado pelas regras de impenhorabilidades, destinadas a manter a dignidade humana do devedor.

Betti¹⁰⁹ e Caio Mário¹¹⁰ verificam na *Haftung* uma dupla função, num primeiro momento em estado latente, antes do vencimento da obrigação, preventivamente influenciando a vontade do devedor ao seu implemento, tendo em vista o poder coercitivo desencadeado após o inadimplemento, frustrado esse momento, inicia-se a função de garantia, de efeitos notórios, visando a satisfação do credor.

Identificado no direito germânico da idade média, as *Schuld* e *Haftung* eram independentes, sendo necessários atos distintos à sua formação, contudo o direito das obrigações foi progressivamente realizando a fusão desses institutos sobre o elemento vínculo jurídico, fruto da recepção alemã do direito romano, de forma que num só ato o débito e a

¹⁰⁵ FOREST, Grégoire. op. cit., p. 41 e 52.

¹⁰⁶ SIMÃO, José Fernando. *A teoria dualista do vínculo obrigacional e sua aplicação ao direito civil brasileiro*. Revista Jurídica ESMP-SP, v. 3, 2013, p. 176.

¹⁰⁷ No Direito Romano antes da edição da *Lex Poetelia Papiria* a obrigação apresentava caráter pessoal. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 382.

¹⁰⁸ FOREST, Grégoire. op. cit., p. 52 e 53.

¹⁰⁹ BETTI, Emilio. *Teoria geral das obrigações*. Traduzido por Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2005, p. 33; BETTI, Emilio. *Concetto di responsabilità, di debito e di obbligazione in generale*. In: BETTI, Emilio; CARNELUTTI, Francesco. *Diritto sostanziale e processo*. Milano: Giuffrè, 2006, p. 110-118.

¹¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do direito civil: teoria geral...*, cit, p. 25-26.

responsabilidade se completavam¹¹¹. Forest¹¹² presume que esse estreitamento entre a *Schuld* e *Haftung* no vínculo jurídico surgido com a formação de uma obrigação foi um fator que alavancou a noção unitária¹¹³ das obrigações, haja vista que a distinção entre elas tornou-se não evidente.

Destarte, na obrigação moderna normalmente o débito e a responsabilidade caminham unidos, de modo que com o estabelecimento da dívida surge a sujeição do devedor ao poder coercitivo do credor¹¹⁴, mas como já visto, essa permanece num estado potencial. Comparato sintetiza o raciocínio: “relação de direito [a obrigação] em virtude da qual uma ou várias pessoas, antes de cumprir uma prestação em favor de uma ou várias outras, responsabilizam-se pessoalmente ou por meio de seus bens particulares, a fim de garantir tal dever” (tradução nossa)¹¹⁵.

3.4 A responsabilidade executiva secundária do fiador judicial

Não obstante ordinariamente *Schuld* e *Haftung* coexistirem na formação de obrigação, a teoria dualista mostra seu rigor lógico ao permitir explicar com clareza as situações que há uma dissociação entre débito e responsabilidade. Comparato salienta que o débito é essencial a qualquer obrigação, identificando as obrigações naturais como exemplo de ausência da responsabilidade em seu bojo. Reafirmando a imprescindibilidade do débito para existência da responsabilidade, Junqueira de Azevedo verifica que a *Schuld* funciona como causa da fiança¹¹⁶. Logo, a responsabilidade sempre estará relacionada a um débito, de forma que mesmo quando autônoma em relação ao garantidor da prestação a obrigação está completa, basta verificar todos os seus sujeitos. Nesse sentido, a *Haftung* assume autonomia a respeito do sujeito passivo da *Schuld*, sendo que tal autonomia visa em regra implementar maiores garantias ao cumprimento da obrigação. Dessa diferenciação pode-se identificar a posição jurídica dos fiadores de modo geral.

O fiador convencional assume o encargo de garantir o cumprimento de um débito alheio

¹¹¹ COMPARATO, Fábio Konder. *Essai d'analyse dualiste...*, cit, p. 12.

¹¹² FOREST, Grégoire. op. cit., p. 43.

¹¹³ A noção unitária das obrigações é explicada pela Teoria Monista da Obrigação, a qual é didaticamente explicada em: VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2003, v. 1.

¹¹⁴ FOREST, Grégoire. op. cit., p. 55.

¹¹⁵ Il nous semble donc plus correct de définir l'obligation comme un rapport de droit en vertu duquel une ou plusieurs personnes, devant accomplir une prestation en faveur d'une ou plusieurs autres, engagent leurs personnes ou leurs biens particuliers, afin de garantir ce devoir. COMPARATO, Fábio Konder. *Essai d'analyse dualiste...*, cit, p. 176.

¹¹⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. op. cit., p. 159-160.

(Art. 818, CC 2002), isto é, é responsável, porém nem por isso o devedor (afiançado) desprende-se da sua responsabilidade inicial da dívida. Na verdade, a obrigação será formada com um débito e uma dupla responsabilidade¹¹⁷, aumentando indiscutivelmente a proteção ao seu cumprimento. Os críticos da teoria dualista identificam que a natureza de obrigação acessória da fiança também torna o fiador devedor do débito resultante da obrigação principal¹¹⁸, Simão¹¹⁹ e Comparato¹²⁰ refutam tal pensamento destacando que se a posição jurídica do fiador fosse também de devedor, ele seria impossibilitado de perseguir o afiançado, pois possuiria o dever de prestar, a situação não é essa, nem poderia, pois é deveras injusta, tendo o fiador direito de regresso contra o afiançado sobre os valores em que foi executado (Art. 831 e Art. 832, ambos do CC 2002, e Art. 794, § 2º, do CPC 2015).

Destarte, pode-se afirmar que o fiador judicial não é um devedor de prestação atual ou futura surgida em determinada obrigação, porém em determinado momento em sede processual concordou em garantir o seu adimplemento, sendo, portanto, responsável pelo cumprimento da obrigação¹²¹.

Assim, a posição jurídica do fiador judicial é evidenciada por meio da aplicação da teoria dualista da obrigação, decorrendo da *Haftung* que o seu patrimônio é garantia de cumprimento da obrigação a qual aquiesceu saldar diante do magistrado. Contudo, a excursão do patrimônio do fiador depende de uma ação positiva do credor, tendo em vista que ele possui o direito de exigibilidade sobre a prestação do devedor.

Destaca-se que a prestação mencionada necessariamente atrela-se aos casos tipificados nas normas brasileiras, em especial no CPC 2015, de possibilidade de exigência de fiança judicial ou em situações específicas dentro das limitações impostas pelo magistrado quando ausente a tipificação direta (fiança judicial *ope judicis*). Nessa linha, tendo em vista que o fiador judicial não é devedor da obrigação, mas a garantiu, conclui-se que ele é um responsável executivo secundário¹²², sendo primário o garantido que também é devedor, isto é, quem suporta os efeitos jurídicos da *Schuld*.

No próximo capítulo, estudar-se-á as características da fiança judicial e sua formação.

¹¹⁷ FOREST, Grégoire. op. cit., p. 58.

¹¹⁸ VARELA, João de Matos Antunes. op. cit., p. 147-151.

¹¹⁹ SIMÃO, José Fernando. op. cit., p. 177-178.

¹²⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *Essai d'analyse dualiste...*, cit, p. 211-212.

¹²¹ FURTADO, Paulo. *Execução*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 62.

¹²² “[A] responsabilidade executiva secundária, que pode ser definida como a sujeição de alguém à condição de patrimonialmente responsável por dívida alheia em sede executiva, com seu próprio acervo patrimonial, sem que tenha tomado parte na relação de direito material principal (obrigação principal) cuja inadimplência ensejou a executiva”. MELLO, Rogério Licastro Torres de. op. cit., p. 183.

4 FIANÇA JUDICIAL: CARACTERÍSTICAS E FORMAÇÃO

Neste capítulo, pretende-se demonstrar a aderência da fiança judicial aos anseios por uma tutela jurisdicional executiva efetiva, bem como as suas características e o modo de sua formação, as quais apesar de compartilharem de algumas regras de direito material inerentes a fiança convencional, haja vista a falta de normas substantivas específicas sobre a espécie, reservam particularidades.

4.1 A fiança judicial e a tutela jurisdicional executiva

Neste estudo, verificou-se que o fiador não é um devedor da prestação acordada em determinada obrigação, mas em determinado momento aquiesceu em garantir o seu adimplemento, sendo, portanto, responsável pelo cumprimento da obrigação¹²³ (tópicos 3.3 e 3.4). Esses momentos são os fatos jurídicos que carregam o surgimento das situações jurídicas que classificam as espécies de fiança (tópico 2.3).

Nesse sentido, o fiador judicial “é o prestador de caução fidejussória, admitida pela lei processual”¹²⁴, salientando Leitão que:

[a]s garantias pessoais caracterizam-se assim por implicarem um reforço da garantia geral [aquela fornecida pelo devedor], tornando responsáveis à face do credor outra ou outras pessoas diferentes, o que implica consequentemente a vinculação dos patrimônios destas à satisfação dos direitos de crédito¹²⁵.

Logo, sendo uma garantia pessoal, a fiança judicial corresponde a criação de um vínculo obrigacional em juízo, o qual um terceiro compromete-se a saldar a obrigação da parte, caso ela não a cumpra.

Em outra senda, a efetividade do processo é uma preocupação reinante nos processualistas, de forma que Barbosa Moreira propôs um “programa básico” em seu benefício, sendo que entre seus itens salienta que “o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos [...]”¹²⁶. Nessa linha, o atendimento desse objetivo é extraído diretamente da Constituição Federal por meio do direito fundamental de acesso à justiça (Art. 5º, inc. XXXV, da CF 1988), devendo ser interpretado não apenas pela prerrogativa da pessoa de ingressar no Poder Judiciário diante de uma

¹²³ FURTADO, Paulo. op. cit., p. 62.

¹²⁴ SILVA, De Plácido e. op. cit. p. 639.

¹²⁵ LEITÃO, Manuel Teles de Menezes. op. cit., p. 95.

¹²⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Efetividade do processo e técnica processual*. Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, n. 7, p. 197-208, jan.-jun., 1995, p. 197.

eventual lesão ou ameaça aos seus direitos. A realização dessa pretensão constitucional depende de uma atividade jurisdicional que proporcione “o efetivo e concreto gozo do bem da vida a que se faz jus”¹²⁷.

Assim, pode-se inferir que o direito fundamental de acesso à justiça possui um corolário que visa a garantir a tutela jurisdicional executiva¹²⁸, isto é, o atingimento dos efeitos concretos de uma decisão judicial¹²⁹ como direito do credor sobre o devedor e seus garantes, de forma que a ausência de tal premissa desidrataria a proteção constitucional que impõem a inafastabilidade da jurisdição¹³⁰.

Destarte, ao cotejar a finalidade da tutela jurisdicional executiva com os resultados atingidos pela prestação de uma fiança judicial, ambos apresentados acima, percebe-se que a fiança judicial é um instrumento jurídico que colabora com a efetividade processual, pois sendo uma garantia pessoal amplia subjetivamente o rol de responsáveis pelo cumprimento da obrigação que adveio do pronunciamento jurisdicional, de modo a aumentar a probabilidade de entregar ao credor o direito material de índole pecuniária que fora reconhecido no processo, haja vista a vinculação do patrimônio do fiador judicial para a satisfação de uma eventual obrigação, somando-se àquele pertencente ao devedor.

Nesse contexto, a fiança judicial equilibra as relações jurídicas decorrentes de atos processuais entre as partes ou terceiros que compõem a demanda. As situações jurídicas em que se exigem ou possibilitam a prestação de caução judicial (tópicos 1.3.1 a 1.3.5) têm em comum a realização de um ato processual em que se aproveita ao menos um dos interessados no processo (partes ou terceiro), contudo para feitura de tal ato, o magistrado impõe ao beneficiário a prestação da respectiva caução, a qual visa garantir o ressarcimento dos prejuízos causados pelo cumprimento do ato processual caso ele seja alterado, desfeito ou reformado.

Assim, a prestação da caução judicial possibilita que o magistrado determine a realização de atos processuais que vão ao encontro da busca de maior efetividade no processo civil, por exemplo, as decisões que concedem a tutela provisória ou que determinam o cumprimento provisório de sentença, pois não obstante o direito do beneficiário não possuir o reconhecimento definitivo (coisa julgada), a estabilidade do sistema processual é mantida pela

¹²⁷ SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 125.

¹²⁸ SIQUEIRA, Thiago Ferreira. op. cit., p. 126.

¹²⁹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. op. cit., p. 36-41.

¹³⁰ ABELHA, Marcelo. op. cit., parte I, capítulo I, item 4.

garantia especial proporcionada pela exigência da fiança judicial, a qual amplia o rol de responsáveis pelo cumprimento da obrigação que ocasionalmente venha a surgir pelo desfazimento do respectivo ato processual. Portanto, a fiança judicial se insere entre os instrumentos de tutela de direitos adequados à efetividade do processo.

4.2 Regime jurídico aplicável à fiança judicial

A peculiaridade da fiança judicial respaldar a sua exigência em imperativos processuais não a confere um regime jurídico autônomo em relação às espécies convencional e legal¹³¹. A responsabilidade do fiador judicial deriva de sua vontade, isto é, apesar da ordem do tribunal pautar a exigência da prestação da fiança judicial para que o órgão autorize ou mande executar determinado ato processual, a sua realização é voluntária. Logo, a base de exigência da fiança judicial é fixada no pronunciamento jurisdicional, porém a sua formação dependerá de declaração de vontade do fiador. A autonomia da vontade do fiador é requisito essencial para formação das fianças de modo geral¹³², sendo que na fiança judicial a declaração de vontade necessária à sua formação é unilateral (tópico 4.4.3), isto é, independentemente da vontade do credor e do afiançado¹³³.

Destarte, independentemente de sua espécie, a fiança é um negócio jurídico¹³⁴. Nesses termos, a ausência de regramentos exclusivos a respeito dos aspectos materiais da fiança judicial não inviabiliza a sua utilização, pois o pertencimento ao gênero fiança dota as suas espécies de definições jurídicas e características comuns em que a falta pode ensejar vícios sobre a relação jurídica ou no mínimo alterar a natureza do negócio jurídico, sendo crível a aplicação subsidiária de normas que a princípio são destinadas a uma espécie específica de fiança, desde que tais regras não contrariem os objetivos que as individualizam em espécies.

Nessa linha, o ordenamento jurídico brasileiro é silente sobre as regras de direito material¹³⁵ das fianças legais e judiciais, de sorte que elas se baseiam no regime jurídico aplicável às fianças convencionais, o qual está descrito no Art. 818 a 839, do CC 2002.

¹³¹ GOMES, Manuel Januário da Costa. op. cit., p. 372-373.

¹³² LEITÃO, Manuel Teles de Menezes. op. cit., p. 107-108.

¹³³ Conforme se verá no tópico 4.4.3, não há declaração de vontade do afiançado na formação da fiança judicial, contudo na prática haverá uma aceitação indireta, pois o ato jurisdicional caucionado é em seu benefício e ele será cientificado da exigência da garantia, de modo que tomará providências para que ela seja realizada.

¹³⁴ ASSIS, Araken de. *Da legitimidade do fiador no processo de execução*. Revista Ministério Público Nova Fase, v. 1, n. 18, 1985, p. 56-58.

¹³⁵ As regras de direito material sobre fiança definem o modo de criação da obrigação estabelecendo direitos, efeitos e consequências específicas de sua formação, desenvolvimento e extinção. DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 15-16.

Assim, a doutrina¹³⁶ e jurisprudência¹³⁷ são uníssonas em ter como paradigma o supedâneo legislativo sobre a formação, efeitos e extinção da fiança convencional quando da análise jurídica da fiança judicial. De fato, essa solução é coerente ao sistema, estando expressamente prevista no Código Civil Francês (Art. 2.317)¹³⁸.

4.3 Peculiaridades das características da fiança no tocante à espécie judicial

As fianças possuem como principais características a acessoriedade e a subsidiariedade. Tais características acompanham as fianças em geral e atribuem a sua feição, diferenciando-as, por exemplo, do aval (tópico 2.2). Para melhor compreensão do tema, abordar-se-á cada característica em tópicos separados, a fim de que as particularidades em relação a fiança judicial sejam denotadas.

4.3.1 Acessoriedade

O Art. 92, do CC 2002, permite uma aproximação inicial sobre o conceito de acessoriedade: “[p]rincipal é o bem que existe sobre si, abstrata ou concretamente; acessório, aquele cuja existência supõe a do principal”. Nesse sentido, essa característica implica que a obrigação de garantia do fiador possui uma dependência direta com a obrigação do devedor, determinando os contornos estruturais da fiança¹³⁹. Assim, a natureza acessória da fiança constitui uma “especial técnica de ligação do crédito ao direito de garantia”¹⁴⁰, de forma que a sorte da obrigação acessória (fiança) segue a obrigação principal (*accessorium sequitur principale*). Destarte, Comparato destaca que a acessoriedade da fiança advém da assunção de responsabilidade pelo fiador de dívida do afiançado¹⁴¹.

¹³⁶ ASSIS, Araken. *Manual da ...*, cit, p. 588-589; THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo de execução e ...*, cit, p. 113-116.

¹³⁷ “A parte recorrente, sustenta, em síntese, **a mencionada Fiança Judicial possui finalidade única e exclusiva**, qual seja, a garantia do juízo no processo n. 2005.71.00.042990-0/RS, em trâmite no MM. Juízo da Segunda Vara Federal Tributária de Porto Alegre [...] **a fiança é regida pelas disposições do Código Civil**. É ato emanado de vontade, a qual, no presente caso, consubstancia-se no desejo do Banco Itaú BBA S.A. em prestar fiança em favor da Recorrente nos autos do processo n.º 2005.71.00.042990-0/RS”. STJ, REsp 1.669.787/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Decisão monocrática, j. 23.03.2009, DJe 24.03.2020, (grifo nosso); “Pretende o banco exequente a inclusão, no polo passivo da execução, da Cooperativa Regional dos Produtores de Açúcar e Alcool de Alagoas, sob a alegação de que esta **assumiu a condição de fiadora judicial dos devedores**. [...] **A fiança, a seu turno, está regulada pelo Código Civil**, cujo artigo 818 dispõe [...]”. TJSP, Ag 2174928-37.2016.8.26.0000, Rel. Des. Plínio Novaes de Andrade Júnior, 24ª Câ. Dir. Priv., j. 10.11.2016, (grifo nosso).

¹³⁸ Art. 2317 Toutes les fois qu’une personne est obligée, par la loi ou par une condamnation, à fournir une caution, la caution offerte doit remplir les conditions prescrites par les articles 2295 et 2296. Para saber mais: VENANDET, Guy. *Code civil annoté*. 120. ed. Paris: Dalloz, 2020, p. 2317 e 2812.

¹³⁹ LEITÃO, Manuel Teles de Menezes. op. cit., p. 109.

¹⁴⁰ GOMES, Manuel Januário da Costa. op. cit., p. 108.

¹⁴¹ COMPARATO, Fábio Konder. *Notas retificadoras sobre seguro de crédito e fiança*. Revista de Direito

O efeito da acessoriedade na fiança judicial é identificado na limitação da garantia aos prejuízos sofridos pelo credor na execução do ato processual caucionado pela fiança, os quais também compõem as despesas judiciais (Art. 822, do CC 2002), isto é, a onerosidade da fiança judicial não pode ultrapassar o conteúdo da obrigação garantida¹⁴². É interessante salientar que a obrigação que o fiador judicial garante é condicional, pois necessita que no futuro o ato processual praticado em favor do afiançado seja alterado em seu prejuízo, por exemplo, ocorra a revogação de tutela provisória. Assim, não se pode estender a responsabilidade do fiador judicial para atos processuais pertencentes a outra lide, mesmo que possuam identidade subjetiva.

Reafirma a característica de acessoriedade presente nas fianças a decisão do Superior Tribunal Federal (STF) em que limita as medidas de cobrança que o credor pode utilizar em face do fiador, sendo que elas devem ser equivalentes as empregadas contra o afiançado¹⁴³.

Por fim, a fiança tem na acessoriedade uma característica inderrogável, não podendo o magistrado afastá-la na formação e execução forçada das fianças judiciais, sendo imprescindível ter como referência o ato processual garantido. Nesse sentido, Cabrillac e Mouly evidenciam o raciocínio: “acessória que é diferente da característica subsidiária é uma característica da fiança. Essa qualidade é de sua essência, ou seja, é impossível suprimi-la sem simultaneamente alterar o essencial da fiança, sem criar outra coisa que não é fiança” (tradução nossa)¹⁴⁴.

As matérias de defesa a disposição do fiador judicial possuem relações com a característica da acessoriedade presente nas fianças, sendo tratadas no tópico 5.5.1.

4.3.2 Subsidiariedade

A própria definição de fiança convencional extraída do Art. 818, *caput*, do CC 2002, apresenta a noção fundamental da característica de subsidiariedade presente nas fianças em geral, sendo elas garantias pessoais em que o fiador se compromete cumprir uma obrigação assumida pelo afiançado, “caso este não a cumpra”.

Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 51, jul.-set., 1983, p. 96.

¹⁴² FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de. op. cit., 2010, p. 53-57.

¹⁴³ STF, RE 92.655, Relator Ministro Djaci Falcão, j. 15.08.1980; “[o] credor não terá, contra o fiador, ação que não lhe era possível movimentar contra o devedor principal. Neste sentido, aliás, o julgado do Supremo Tribunal proferido no RE 92.655 (RTJ 98/426) e citado no despacho em que admitido o recurso”. STJ, REsp 1.941/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, 3ª Turma, j. 13.03.1990.

¹⁴⁴ [...] accessoire, qui est différent du caractère fondamental du cautionnement. Cette qualité est de son essence; c'est-à-dire qu'il est impossible de la supprimer sans changer en même temps l'essentiel du cautionnement, et donc sans créer autre chose qu'un cautionnement. CABRILLAC, Michel; MOULY, Christian. *Droit des sûretés*. 5. ed. Paris: Litec, 1999, p. 52.

Destarte, a subsidiariedade impõe que o fiador defronta-se com os inconvenientes da execução forçada se o devedor não cumprir a obrigação. Isso ocorre em duas etapas: primeiramente o afiançado deve ser compelido a cumprir o objeto da obrigação, inadimplindo-a, o fiador pode ser constrangido a solver a obrigação¹⁴⁵.

O mencionado efeito da subsidiariedade nas fianças é proporcionado pelo instituto do benefício de ordem (*beneficium excussionis*), o qual obsta o credor de promover a execução forçada sobre os bens do fiador enquanto não tente de maneira infrutífera executar o patrimônio do afiançado¹⁴⁶. Nesse contexto, o fiador, ao enfrentar uma execução forçada, poderá exigir o benefício de ordem, porém deverá indicar os bens do devedor passíveis de penhoras situados na mesma comarca que tramita a execução, conforme Art. 794, do CPC 2015, e Art. 827, do CC 2002.

Não obstante a subsidiariedade ser uma característica favorável ao fiador, ela é derogável, portanto, não é essencial como a característica da acessoriedade, haja vista que ao fiador é permitida a renúncia ao benefício de ordem, obrigar-se como principal pagador ou devedor solidário, além de que o benefício de ordem é afastado diante da insolvência ou falência do devedor, conforme o Art. 828, do CC 2002.

Diante do exposto, ao analisar os efeitos da subsidiariedade concretizados pelo benefício de ordem diante das peculiaridades da fiança judicial, percebe-se que é aconselhável ao magistrado exigir que a caução fidejussória seja formada com a inserção de cláusula cujo conteúdo aponte a renúncia do fiador judicial ao benefício de ordem. Tal solução mostra-se adequada aos anseios de tutela jurisdicional efetiva, haja vista que o benefício de ordem impõe obstáculo à celeridade da tutela executiva, pois é uma exceção dilatória¹⁴⁷.

Ademais, nas situações jurídicas em que ocorrem a caução judicial, o credor se encontra nesta posição por meio de decisão judicial que deliberou sobre ato processual que o causou prejuízo, isto é, foi o cumprimento de decisão que posteriormente foi alterada a seu favor que provocou a lesão, de forma que atende aos clamores de justiça o magistrado se cercar de cautelas para que o ressarcimento dos danos aconteça de modo célere. Além de que se aplica na tutela executiva o princípio do resultado, devendo o processo executivo se revestir de atos

¹⁴⁵ SANTOS, Gildo dos. op. cit., p. 35-36.

¹⁴⁶ SIDOU, José Maria Othon. *Dos efeitos da fiança: o benefício de excussão ou de ordem*. In: Doutrinas essenciais obrigações e contratos. Revista dos tribunais. v. 5, p. 1059-1085, jun., 2011.

¹⁴⁷ “O benefício, da ordem é tão-só (sic) exceção dilatória, porque não desobriga o fiador, apenas transfere, ou retarda, o movimento do credor contra ele para depois da execução do devedor.” SIDOU, José Maria Othon. *Dos efeitos da fiança: o benefício...*, cit., p. 1061.

cuja finalidade é satisfazer o exequente¹⁴⁸, respeitando os baluartes da razoabilidade e proporcionalidade.

4.4 A formação da fiança judicial

A formação da fiança judicial é realizada sob os cuidados do Estado-Juiz, reunindo particularidades inexistentes na fiança convencional. Destarte, esse tópico apresentará o procedimento para sua prestação.

4.4.1 O modo de prestação

A fiança convencional é um negócio jurídico bilateral, pois a sua formação depende da manifestação de vontade do fiador e do credor, dispensando o consentimento do afiançado¹⁴⁹ (tópico 4.4.3), sendo que a vontade do credor pode ser suprida judicialmente (Art. 825, do CC 2002). Entretanto, considerando o surgimento apenas de obrigação ao fiador, é um contrato unilateral¹⁵⁰. Na fiança judicial a onerosidade da obrigação cabe também apenas ao fiador, porém é um negócio jurídico unilateral, pois a sua formação dispensa a declaração de vontade do credor, bem como do afiançado (tópico 4.4.3). Assim, independentemente da espécie, a fiança tem na declaração de vontade do pretense fiador em garantir o cumprimento de obrigação do devedor um importante requisito à sua existência¹⁵¹.

Nesse sentido, todas as espécies de fiança devem registrar a sua formação por escrito (Art. 819, do CC 2002). Tal disposição solene, considerando a característica da acessoriedade, auxilia na delimitação da obrigação que o fiador garante, isto é, permite conhecer ao menos a previsão de onerosidade em que o fiador é responsável, bem como contribui na verificação de que na execução sobre o fiador se aplicará o benefício de ordem.

Diferentemente da fiança convencional em que a solenidade de ser escrita é cumprida pela sua assunção por meio de contrato, a fiança judicial é normalmente prestada por termos nos autos¹⁵² do processo em que o ato processual favorável ao afiançado é realizado¹⁵³,

¹⁴⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, v. 3., parte 1, capítulo 1, item 3.7.

¹⁴⁹ Art. 820, do CC 2002: [p]ode-se estipular a fiança, ainda que sem consentimento do **devedor ou contra a sua vontade**”(grifo nosso).

¹⁵⁰ Nesse sentido, importante advertência: “[c]onsiderando sob o aspecto de sua formação todo contrato é bilateral [...] encarando do ângulo de seus efeitos, subdividem-se em bilaterais e unilaterais, conforme gerem obrigações para ambos os contratantes ou para somente um deles. Não se pode confundir, portanto, a bilateralidade como elemento constitutivo (bilateralidade de manifestação de vontade) com a bilateralidade das consequências produzidas”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do direito civil: contratos...*, cit., p. 49.

¹⁵¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. op. cit., p. 82-83.

¹⁵² “Designa a redução a escrito, nos autos de um processo, de fatos ou diligências, realizadas no curso de uma

possuindo função similar à de um contrato, isto é, definindo a extensão da fiança judicial e comprovando a sua existência, validade e eficácia.

O CPC 2015, em algumas situações, estabeleceu expressamente a prestação da fiança judicial por meio de termo nos autos¹⁵⁴. Contudo, à luz dos ensinamentos de Araken de Assis¹⁵⁵, o instrumento público é outra forma válida e eficaz à sua realização. O princípio da instrumentalidade¹⁵⁶ das formas confirma o parecer do autor, entretanto deve ser interpretado *cum grano salis*, pois doravante se verificará que na formação da fiança judicial o magistrado deve analisar a sua suficiência e idoneidade (tópico 4.4.2), de forma que a aferição de tais requisitos num expediente elaborado fora do processo demanda cautela ao menos idêntica àquela dedicada à fiança judicial prestada por termo nos autos, sendo que necessariamente o seu aceite deve ser inequívoco, o qual é proporcionado pela homologação pelo juízo da garantida realizada por instrumento público.

4.4.2 Idoneidade e suficiência da fiança judicial

Diferentemente da fiança convencional em que a análise de sua idoneidade e suficiência *a priori* cabe ao credor, nas cauções judiciais tal aferição é realizada pelo magistrado¹⁵⁷, podendo influir na decisão as partes e intervenientes processuais, atendendo os princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e do devido processo legal.

Na verificação da idoneidade da fiança judicial o julgador deve identificar se realmente ela é hábil para desempenhar o papel de garantia, isto é, se possui credibilidade, apontando se o fiador judicial possui condições efetivas de ressarcir os prejuízos que a execução do ato processual pode causar a parte adversa¹⁵⁸.

Ao analisar a suficiência da fiança judicial, o magistrado deve, primeiramente, estimar os valores dos danos que eventualmente o ato processual caucionado pode provocar a parte contrária, sendo forçoso o conhecimento do caso em litígio e o respectivo alcance do referido ato processual. Tal atividade é essencial, pois tenta se acautelar de prejuízos que podem ocorrer no futuro (não se sabe se o prejuízo à parte contrária ocorrerá), os quais são no

demandas, a fim de que aí se concretizem por assentos próprios e autênticos.” SILVA, De Plácido e. op. cit. p. 1418.

¹⁵³ ASSIS, Araken. *Manual da ...*, cit., p. 588; TJSP, Ap. cível 0019323-39.2010.8.26.0002, Rel. Des. Ana de Lourdes Coutinho Silva, 13ª Câ. Dir. Priv., j. 14.12.2011; TJSP, Ag. 2015477-78.2013.8.26.0000, Rel. Des. Hélio Nogueira, 34ª Câ. Dir. Priv., j. 11.11.2013.

¹⁵⁴ Art. 520, inc. IV e Art. 525, § 10º, ambos do CPC 2015.

¹⁵⁵ ASSIS, Araken. *Manual da ...*, cit., p. 588; ASSIS, Araken de. *Da legitimidade do fiador...*, cit., p. 54.

¹⁵⁶ Apoiado na máxima francesa *pas de nullité sans grief*.

¹⁵⁷ Art. 520, inc. IV e Art. 525, § 10, ambos do CPC 2015.

¹⁵⁸ OLIVEIRA, Lauro Laertes de. op. cit., p. 43.

momento absolutamente ilíquidos¹⁵⁹. Após isso, o juiz coteja a mencionada previsão de valores com o patrimônio do fiador judicial, podendo requisitar informações, a fim de verificar se ele é apto a solver um hipotético acionamento da garantia.

Para que a fiança judicial seja aceita pelo magistrado, ressalta-se que a idoneidade e suficiência são requisitos indissociáveis¹⁶⁰, não bastando apenas o garante possuir um montante de patrimônio capaz de cumprir a obrigação, conforme aduz Caio Mário: “[u]m indivíduo rixoso, demandista habitual, pode ser rejeitado, não obstante a robustez de seu patrimônio, pois o que o credor procura na fiança é a perspectiva de uma fácil liquidação, sem os tormentos de um litígio”¹⁶¹.

4.4.3 A participação dos interessados na formação da fiança judicial

A caução judicial, garantia que compreende a fiança judicial, a qual somente se constitui mediante decisão judicial. Em alguns casos, a lei exige a sua prestação¹⁶², devendo o magistrado decidir sobre a sua aceitação diante do cumprimento de seus requisitos, em outros, a norma confere ao julgador um poder discricionário à sua exigência¹⁶³, impondo-lhe dois raciocínios sequenciais, o primeiro aferindo a necessidade de realização da caução e o segundo, caso seja ela exigida e oferecida, a respeito da verificação de sua idoneidade e suficiência¹⁶⁴.

Entretanto, apesar do papel central do juiz na concretização da caução judicial, nada obsta que as partes ou intervenientes processuais requeiram ao julgador a sua prestação ou mesmo o beneficiário do ato processual caucionado ofereça a sua realização como demonstração de boa-fé, a fim de que consiga a pronunciamento jurisdicional desejado. Em verdade, essa atitude participativa triangular (juiz e partes) enaltece o princípio da cooperação, o qual consta expresso no Art. 6º, do CPC 2015.

Na fiança convencional a formação da obrigação acessória envolve credor e fiador (Art.

¹⁵⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil comentado: artigo por artigo*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 894.

¹⁶⁰ TJSP, Ag 2139683-28.2017.8.26.0000, Rel. Des. Hugo Crepaldi, 25ª Câ. Dir. Priv., j. 19.10.2017.

¹⁶¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do direito civil: contratos...*, cit., p. 473.

¹⁶² Exemplificando: Art. 520, inc. IV; Art. 525, §6º; Art. 525, § 10; Art. 641, § 2º; Art. 840, inc. III, Art. 895, §1º, todos do CPC 2015.

¹⁶³ Exemplificando: Art. 83, § 1º; Art. 300, § 1º; Art. 521; Art. 678, parágrafo único e Art. 559, todos do CPC 2015. Salienta-se também que o CPC 2015 dispõe de exceções à exigência de caução judicial, a qual depende de nuances do caso em litígio, as quais em sua maioria abrangem o cumprimento provisório de sentença, as tutelas provisórias e afins.

¹⁶⁴ TJSP, Ag 2265918-06.2018.8.26.0000, Rel. Des. Sandra Galhardo Esteves, 12ª Câ. Dir. Priv., j. 27.02.2019; Aufere-se tal entendimento também por meio da súmula TJSP n. 16 : “[i]nsere-se na descrição do juiz a exigência de caução e análise de sua idoneidade para sustação do protesto”.

820, do CC 2002), exigindo-se a declaração de vontade de ambos¹⁶⁵, conforme aduz a interpretação do Art. 825, do CC 2002, de forma que a recusa injustificada do credor em aceitar o fiador pode ser suprida por decisão judicial¹⁶⁶. Nesse ponto, a fiança judicial tem uma dinâmica diferente, haja vista que a sua formação é endoprocessual, não existindo a manifestação de vontade do credor em aceitar o fiador judicial, pois o controle de sua idoneidade e a suficiência da garantia é realizado pelo magistrado (tópico 4.4.2).

Assim, isolando-se a fiança judicial como obrigação acessória, percebe-se que a sua formação dependerá apenas da declaração de vontade unilateral do fiador judicial, sendo irrelevante para o negócio jurídico a posição do credor, podendo, porém, influenciar no controle do magistrado por meio de sua participação no processo, conforme se verá a frente.

Por outro lado, na prática, o consentimento do afiançado para a realização da fiança judicial é imperativa, pois o magistrado condicionou a realização do ato processual que lhe é benéfico a prestação de garantia, de forma que resta ao interessado apresentar a caução ou oferecer argumentos que possam demover o magistrado de sua decisão inicial, o qual pode ocorrer apenas nas situações jurídicas que comportam exceções quanto a exigência de caução judicial, por exemplo, o cumprimento provisório de sentença de crédito alimentar (Art. 521, inc. I, do CPC 2015)¹⁶⁷. Assim, salvo os casos em que a realização da fiança judicial pode ser dispensada, a ausência de declaração de vontade do beneficiário do ato processual no sentido de apresentar uma caução judicial terá o desfecho único de não realização do ato de seu interesse.

Apresentando a caução judicial, o afiançado consentiu com a sua realização, a fim de se beneficiar do pronunciamento jurisdicional almejado. Nessa linha, será também imprescindível, considerando a apresentação de uma fiança judicial, a declaração de vontade inequívoca do fiador judicial de se responsabilizar pela obrigação do afiançado¹⁶⁸ de acordo com as cláusulas estipuladas pelo julgador, a qual é usualmente comprovada pela sua assunção por meio de termo nos autos. Nesse contexto, o fiador judicial casado em regime que não seja de separação absoluta de bens deve possuir autorização conjugal para se obrigar (Art. 1647, inc. III, do CC 2002)¹⁶⁹, por óbvio, dispensa tal autorização quando o fiador

¹⁶⁵ “A fiança [convencional] conclui-se entre fiador e devedor”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do direito civil: contratos...*, cit., p. 472.

¹⁶⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos...*, cit., item 37.5.

¹⁶⁷ Uma apresentação geral das situações jurídicas tipificadas no CPC 2015 de fiança judicial é descrita no Apêndice A.

¹⁶⁸ LEITÃO, Manuel Teles de Menezes. op. cit., p. 107-108.

¹⁶⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do direito civil: contratos...*, cit., p. 471; Súmula n. 332 do STJ:

judicial é pessoa jurídica¹⁷⁰ em que o regime jurídico vigora a incomunicabilidade entre os patrimônios das pessoas físicas que a compõem¹⁷¹, porém se deve observar se a pessoa física que apresenta a pessoa jurídica para prestação da fiança judicial possui poderes para o ato¹⁷².

Salienta-se que a prestação de caução judicial deve ser precedida de contraditório substancial, levando em consideração o princípio da vedação às decisões-surpresa inculcado nos Art. 9º e Art. 10, ambos do CPC 2015, de forma que o magistrado deve abrir prazo processual para que a parte em que o ato processual caucionado é contrário se manifestar (o credor da fiança judicial), podendo ela impugnar a garantia, por exemplo, a sua suficiência, a idoneidade do garantidor ou requerer que a execução do fiador judicial não tenha benefício de ordem, etc.

Por fim, analisando as situações jurídicas tipificadas no CPC 2015 em que cabe a fiança judicial, com exceção da caução às custas, os atos processuais que respaldam a sua exigência são decisões interlocutórias agraváveis, pois dedicam-se a tutelas provisórias (Art. 1.015, inc. I, do CPC 2015), processo de inventário ou a execução forçada (Art. 1015, parágrafo único, do CPC 2015). Portanto, a pretensão de reforma da decisão do magistrado envolvendo fiança judicial é tutelável por meio do recurso de agravo de instrumento. Acerca da caução às custas, quando a garantia não for aceita pelo magistrado provocando sentença de extinção do processo sem resolução do mérito (Art. 485, inc. IV, do CPC 2015), a decisão é sujeita ao recurso de apelação, pois ela provocou o fim do processo.

No próximo e último capítulo, estudar-se-á a legitimidade passiva e execução forçada do fiador judicial.

“[a] fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia”.

¹⁷⁰ Nessa situação, o signatário da fiança judicial não agirá em seu nome, mas sim apresentando a pessoa jurídica.

¹⁷¹ Sociedade simples (quando os sócios optarem no contrato de constituição responder subsidiariamente pelas obrigações sociais, sociedade de comandita simples (sócios comanditários) sociedades limitadas, sociedades anônimas e sociedade em comandita por ações (sócios não administradores). MELLO, Rogério Licastro Torres de. op. cit., p. 192-209.

¹⁷² SANTOS, Gildo dos. op. cit., p. 50-51.

5 LEGITIMIDADE PASSIVA E EXECUÇÃO FORÇADA DO FIADOR JUDICIAL

Diferentemente do Código de Processo Civil de 1939 (CPC 1939) e do CPC 1973, o CPC 2015 não apresentou de modo expreso a legitimação passiva do fiador judicial no bojo da execução¹⁷³, bem como não reservou regramentos específicos para tratar acerca da caução, como também o fizeram os anteriores Códigos mencionados¹⁷⁴, a qual tem como modalidades, de acordo com o apresentado nos capítulos 1 e 2, a real e fidejussória, sendo que nesta encontra-se a fiança, de forma que uma de suas espécies é a judicial¹⁷⁵.

Nesse sentido, o capítulo enfrentará a questão da legitimidade passiva do fiador judicial nas execuções civis, reconhecendo suas intersecções com as outras espécies de fiança, considerando inicialmente as disciplinas jurídicas contidas nos anteriores Códigos Processuais de 1939 e 1973 rumando ao regramento atual expreso no CPC 2015, haja vista que a interpretação literal do Art. 779, inc. IV, legitima apenas os fiadores de títulos extrajudiciais, bem como o mandamento do Art. 513, § 5º, o qual, visando uma aplicação substancial do princípio constitucional do contraditório¹⁷⁶, não legitima o fiador convencional na fase de cumprimento de sentença, caso ele não tenha participado da fase de conhecimento que a antecedeu. Por fim, verificar-se-á a execução forçada sobre o fiador judicial.

5.1 A legitimidade passiva do fiador convencional

O CPC 1939 possuía uma disciplina dual acerca da execução civil¹⁷⁷, dividindo-a em ação executória e executiva, aquela carregava como pressuposto de admissibilidade um título judicial, ou seja, o pedido era restrito a tutela satisfativa de um direito já certificado pelo Poder Judiciário, ao passo que esta era reservada aos títulos executivos extrajudiciais¹⁷⁸, tendo a tutela jurisdicional pedidos cumulados de citação do réu para cumprir a obrigação constante no título no prazo de 24 (vinte e quatro horas) e subsidiariamente sua condenação em cumprir a obrigação apresentada no título, caso ele contestasse ou fosse revel¹⁷⁹, ou seja, era uma ação

¹⁷³ Art. 887, *caput*, do CPC 1939 e Art. 568, inc. IV, do CPC 1973.

¹⁷⁴ No CPC 1939, do Art. 690 ao Art. 692 e no CPC 1973, do Art. 826 ao Art. 838.

¹⁷⁵ FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de. op. cit., 2010, p. 72-73.

¹⁷⁶ Art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal de 1988 (CF 1988) e Art. 7º, do CPC 2015.

¹⁷⁷ PASSOS, Calmon. *Processo de execução: alguns temas polêmicos*. Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 19, p. 127-146, n. 0, 1979, p. 129-130.

¹⁷⁸ Art. 298, do CPC 1939.

¹⁷⁹ Art. 299 e Art. 301, do CPC 1939.

mista, pois, considerando as naturezas das tutelas requeridas cumulativamente nos pedidos (condenatória e satisfativa), a demanda reunia atividades inerentes ao processo de conhecimento (ou fase de conhecimento) e de execução (ação autônoma de execução), tendo por pressuposto para a execução forçada do réu a sua condenação ao cumprimento da obrigação.

Sob a égide daquele diploma, havia dissenso doutrinário acerca da possibilidade de o credor mover ação executiva em face do fiador convencional (socorrendo-lhe exclusivamente o processo de conhecimento).

O fundamento para esse entendimento residia no Art. 887, *caput*, do CPC 1939, o qual previa apenas a legitimidade do fiador judicial para a execução¹⁸⁰, não contemplando outras espécies de fiança civil, como a convencional e a legal¹⁸¹, nesses casos exigia-se prévia condenação do fiador, para que ele se sujeitasse à ação executória¹⁸². Contudo, considerando a diferença patente de procedimento entre as ações executórias e executivas, bem como que o título passível de execução em desfavor do fiador é uma sentença (provimento jurisdicional), o momento de surgimento da sua legitimidade passiva nas ações executivas é necessariamente posterior ao reconhecimento da obrigação pelo juízo.

Por outro lado, objetivando unificar o processo de execução¹⁸³, o CPC 1973 alterou o ordenamento processual brasileiro acerca do regramento das tutelas satisfativas cujos procedimentos dependiam do título ser judicial ou extrajudicial. Essa alteração legislativa teve inspiração no *Code de Procédure Civile* napoleônico, de 1806, o qual, seguindo o direito costumeiro francês, verificava uma forte presunção de legitimidade também aos títulos extrajudiciais¹⁸⁴, de forma que na época de aprovação do CPC 1973 as legislações da Itália, Portugal, Alemanha já aplicavam o sistema unificado da execução¹⁸⁵.

¹⁸⁰ CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*: decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963, v. X, p.65.

¹⁸¹ As diferenciações entre as espécies de fiança foram apresentadas nos tópicos 2.3.1 e 2.3.2.

¹⁸² CASTRO, Amílcar de. op. cit., p.64.

¹⁸³ PASSOS, Calmon. op. cit., p. 128.

¹⁸⁴ Titre VI – Règles générales sur l'exécution forcée des jugements et Actes – Art. 545, Art. 546 et Art. 547; Titre XVI – Des Référé – Art. 806; Disponível em: <<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5772912j.texteImage#>>. Acesso em 11.10.2021. SENADO FEDERAL. *Código de processo civil*: histórico da lei. Brasília: Subsecretaria de edições técnicas, 1974, v. I, p. 23. Salienta-se a posição de Barbosa Moreira que reconhecia um atraso da doutrina processual francesa em relação a outros países europeus, por exemplo, Itália e Alemanha, afirmando que o CPC 1973 recebeu menor influência francesa em suas opções legislativas do que explanava a exposição de motivos. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Notas sobre as recentes reformas do processo civil francês*. Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, n. 30, jan.-dez., 2007, p. 134.

¹⁸⁵ Nos Códigos de Processo Civis vigentes na época: Itália (Art. 474); Disponível em: <<https://www.altalex.com/documents/news/2014/04/03/del-processo-di-esecuzione-del-titolo-esecutivo-e->

Nesse contexto, a presunção de certeza do direito abarcava os títulos executivos, tendo os judiciais um maior grau, pois as suas características, principalmente a sua formação seguindo o devido processo legal, proporciona-os maior confiabilidade, de forma que o processo de execução não mais cumulava um pedido de condenação como nas ações executórias, centrando-se em obter a satisfação do direito representado pelo título executivo. Entretanto, o referido código manteve a tradição de reservar de modo expresse a legitimidade passiva na execução de títulos executivos apenas ao fiador judicial, conforme aduz o Art. 568, inc. IV.

Considerando tal dispositivo legal, Pontes de Miranda¹⁸⁶ argumentava que de tal norma se inferia que o fiador convencional ou legal não seria legitimado no processo de execução se não houvesse anterior condenação em seu desfavor, isto é, para o jurista o fiador convencional de um título executivo extrajudicial não poderia ser executado em conjunto com o obrigado principal sem uma sentença que lhe reconhecia como tal.

No mesmo sentido, Liebman excluía a legitimidade passiva do fiador convencional não condenado pela obrigação em que se responsabilizou¹⁸⁷, vindo Amílcar de Castro a afirmar que tal interpretação seguiu a esteira do CPC 1939, lastreando-se no posicionamento em que o legislador, quando desejasse a aplicação da regra jurídica a todas as espécies de fiadores, utilizaria a palavra fiador sem complementá-la com adjetivo¹⁸⁸, como fizera, por exemplo, no Art. 896, do CPC 1939 e repetiu no Art. 595, *caput*, do CPC de 1973, ao estabelecer o direito do fiador ao benefício de ordem.

Apesar dessas importantes vozes restringindo a legitimação passiva do fiador convencional, tal posicionamento foi refutado pela jurisprudência¹⁸⁹, salientando Zavascki que “tal entendimento não se mostra adequado ao sistema”¹⁹⁰, pois exigiria que um credor de uma obrigação de pagamento de quantia certa, líquida e exigível, a qual é garantida por fiança

del-precetto>; Portugal (Art. 46) Disponível em: <https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=570A0045&nid=570&tabela=lei_velhas&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=1#artigo>; Alemanha (§§ 704 e 794) Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/index.html#gl_p2386. Todos os acessos em 11.10.2021. SENADO FEDERAL. op. cit., p. 23-24.

¹⁸⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*: arts. 566 a 611. Atualizado por Sérgio Bermudes. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. IX, 2001, p. 74.

¹⁸⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. op. cit., p.120.

¹⁸⁸ CASTRO, Amilcar de. op. cit., p.65.

¹⁸⁹ Araken de Assis descreve apenas duas decisões que acatam a posição dos citados doutrinadores: TARS, Ap. Cív. n. 20.089, Rel. Des. Cristovam Daelio Moreira, 2ª Câmara Cível, j. 03.04.1979; TARS, Ap. Cív. n. 15.255, Rel. Des. Nathaniel Marques Guimarães, 1ª Câmara Cível, j. 17.11.1977. ASSIS, Araken de. *Da legitimidade do fiador...*, cit., p. 50.

¹⁹⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao código de processo civil*: do processo de execução arts. 566 a 645. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. 8, p. 71-72.

convencional, o manejo de duas ações: uma ação de execução em face do obrigado principal e outra de conhecimento em face do fiador, que após tal condenação seria demandado na execução forçada, caso não cumprisse a sentença de maneira deliberada.

Essa interpretação prejudicava a tutela satisfativa das obrigações, contrariando a reforma do processo de execução inaugurada no CPC 1973, pois, conforme a sua exposição de motivos, Alfredo Buzaid fundamentou a alteração legislativa destacando que a ação executiva (CPC 1939) é espécie do gênero execução geral¹⁹¹, isto é, a execução de título judicial e extrajudicial deve possuir disciplina jurídica comum, afastando apenas nas especificidades que os diferenciam, por exemplo, a extensão das matérias de defesa do executado.

Destarte, Humberto Theodoro Júnior¹⁹² fundamentava a legitimidade passiva do fiador convencional no CPC de 1973 em relação à execução de título extrajudicial, identificando que o contrato de caução se enquadrava no Art. 585, inc. III, do CPC 1973, sendo que entre as suas modalidades se tem a caução fidejussória, de modo que a fiança convencional a compõem.

Nessa linha, a obrigação amparada em título extrajudicial garantida por fiança convencional é formada por dois títulos extrajudiciais, um em face do devedor principal e que dá origem a obrigação e o outro vinculando o fiador ao credor na condição de garante. Assim, apesar da fiança ser um negócio jurídico acessório¹⁹³ em relação àquele que faz surgir a obrigação, segundo o autor, ambos alcançam a mesma posição no processo de execução, sendo fiador e executado devedores. Com isso, tal como o devedor principal da obrigação, o fiador convencional é legitimado passivo originário, porém de diferentes negócios jurídicos¹⁹⁴.

Pertinente a interpretação do autor, pois, realizando uma comparação legislativa, o Art. 298, inc. VI, do CPC 1939, indicava que seriam processadas por ação executiva as dívidas garantidas por caução judicial, ao passo que o Art. 585, inc. III, do CPC 1973, enumera como título extrajudicial o contrato de caução sem adjetivá-lo. Como explanado acima, as ações executivas eram destinadas a execução dos títulos extrajudiciais, podendo-se inferir que o CPC 1973, elegeu como título extrajudicial todos os tipos de contratos de caução, hipótese

¹⁹¹ SENADO FEDERAL. op. cit., p. 24.

¹⁹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução e ...*, cit, p. 113-116.

¹⁹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do direito civil: contratos...*, cit, p. 470.

¹⁹⁴ No mesmo sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Memórias de um processualista*. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 226-230.

que era obstada no CPC 1939, haja vista a clareza da legislação mencionada, sendo coerente a interpretação apresentada acima com a alteração legislativa instituída no CPC 1973.

Na mesma direção Araken de Assis¹⁹⁵ reconhece a legitimidade passiva do fiador convencional direta no processo de execução, considerando congruente a fundamentação de Theodoro Júnior em relacionar o contrato de fiança como espécie do gênero caução, concluindo-se de tal proposição a sua legitimidade.

Tornando-se inquestionável a legitimação passiva executiva do fiador convencional, o Art. 774, inc. IV, do CPC 2015, descreve-a expressamente ao estabelecer que a ação de execução pode ser demandada contra o fiador de débito decorrente de título extrajudicial, em harmonia com a manutenção no atual diploma processual do contrato de caução como título executivo extrajudicial (Art. 784, inc. V, *in fine*, do CPC 2015).

Entretanto, antes de se partir para o estudo da legitimidade do fiador judicial, é importante notar que a legitimação passiva na ação de execução de qualquer título executivo depende da obrigação que ele representa ser certa, líquida e exigível¹⁹⁶, sem isso não há possibilidade da execução de direta do título, sendo necessária a sua formação anterior através de uma ação de conhecimento, o qual a sentença é um título executivo judicial (Art. 515, inc. I, do CPC 2015), de forma que o eventual fiador deve participar da sua formação, salientando Thetonio Negrão e outros¹⁹⁷ que na execução por título judicial o fiador só poderá sofrer a execução caso anteriormente fora citado no processo judicial que o formou, isto é, houver a condenação conjunta do fiador e devedor principal, sendo que essa posição jurisprudencial¹⁹⁸ foi positivada no CPC 2015 (Art. 513, § 5º). Portanto, caso o contrato de caução não se revista da certeza ou liquidez será indispensável uma ação de conhecimento cuja condenação emergirá um título executivo judicial contra o fiador¹⁹⁹.

5.2 A legitimidade passiva do fiador judicial nos Códigos Processuais de 1939 e 1973

O reconhecimento da ineficácia do título executivo judicial perante o seu fiador que não participou do processo de conhecimento em que houve a sua formação se relaciona à doutrina

¹⁹⁵ ASSIS, Araken de. *Da legitimidade do fiador...*, cit., p. 56-58.

¹⁹⁶ Exigência expressa no Art. 586, do CPC 1973 e no Art. 783, do CPC 2015, de modo que em ambos os Códigos Processuais, o descumprimento provoca a nulidade da execução, conforme Art. 618, inc. I, do CPC 1973 e no Art. 803, inc. I, do CPC 2015.

¹⁹⁷ NEGRÃO, Theotonio et al. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 46. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 795.

¹⁹⁸ Súmula n. 268 do STJ.

¹⁹⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao código de processo civil: do processo de execução...*, cit., p. 73.

italiana²⁰⁰ do início do século XX, a qual exigia a prévia condenação do fiador em processo cognitivo, qualquer que fosse a espécie da fiança civil.

A fim de ampliar a eficácia executiva ao fiador judicial, o Art. 887, *caput*, do CPC 1939 e o Art. 568, inc. IV, do CPC 1973, de modo expresso instituía o fiador judicial como legitimado passivo, de forma que Liebman reconhece essa diferença de legitimidade em relação ao direito italiano, ocorrendo no direito pátrio uma responsabilidade de mesmas condições entre devedor e seu eventual fiador judicial²⁰¹.

Considerando a legitimidade expressa do fiador judicial nos Códigos Processuais de 1939 e 1973, os debates doutrinários se concentraram sobre a necessidade de tal disposição legal.

Humberto Theodoro Júnior²⁰² salienta que a ausência de legitimidade passiva expressa do fiador judicial no CPC 1973 (Art. 568, inc. IV) impossibilitaria a sua execução sem uma condenação prévia em ação de conhecimento, porque da sua posição não há título judicial ou extrajudicial, sendo necessário a sua legitimação expressa, a fim de que se possibilite a execução forçada de modo direito. Apesar do autor harmonizar as regras legais sobre o tema, desconsiderar a força executiva da fiança judicial significa ignorar que ela é uma caução fidejussória, a qual já era considerada exclusivamente título executivo extrajudicial no CPC 1939 (Art. 298, inc. VI), ampliando-se a todas as suas modalidades no CPC 1973, conforme tópico 5.1.

É provável que o autor elaborou esse argumento afastando a fiança judicial do rol dos negócios jurídicos, haja vista que ela não segue a formação convencional de um acordo de vontades entre o fiador e o credor²⁰³ (tópico 4.4.3). De fato, a fiança judicial se consubstancia através de um controle de idoneidade e suficiência que o magistrado realiza sobre as garantias apresentadas pelo pretense fiador (tópico 4.4.2), de modo que a posição do credor é secundária, não existindo um consenso entre ele e o fiador, porém há a oportunidade de sua objeção visando demonstrar a insuficiência e inidoneidade da caução fidejussória. Nesse sentido, verifica-se que no momento de estabelecimento da fiança judicial não há um credor e sim uma hipótese de seu surgimento, por exemplo, quando no cumprimento provisório de sentença, sendo essa reformada por via recursal em favor do executado.

Em outra senda, Araken de Assis defende que a fiança judicial também é um negócio

²⁰⁰ ASSIS, Araken de. *Da legitimidade do fiador...*, cit., p.55.

²⁰¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. op. cit., p. 119-120.

²⁰² THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo de execução e ...*, cit., p. 115.

²⁰³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do direito civil: contratos...*, cit., p. 474.

jurídico²⁰⁴, de forma a não aproveitar a imprescindibilidade de legitimação através de texto expresso de lei defendida por Theodoro Júnior, pois sendo negócio jurídico se insere nos contratos de caução de modo geral. Verifica-se que classificar a fiança judicial como negócio jurídico decorre inicialmente da leitura do Art. 298, inc. VI, do CPC 1939, o qual previa apenas a caução judicial com título executivo extrajudicial, além de que na própria modalidade de caução fidejussória a fiança judicial é espécie²⁰⁵, de acordo com o tópico 2.1 deste estudo, interpretando que o negócio jurídico formado na fiança judicial possui a condição suspensiva de surgimento de uma obrigação ao afiançado.

Ademais, o autor vislumbra um desprestígio desarrazoado ao Poder Judiciário a exigência de processo de conhecimento, a fim de obter a legitimidade do fiador judiciário, caso os diplomas processuais não tivessem a estabelecido expressamente, tendo que em vista que a obrigação foi formada no interior da própria instituição, ou seja, a questão também possui razões de ordem pública²⁰⁶.

Diante do exposto, percebe-se que nos Códigos Processuais de 1939 e 1973 a legitimidade passiva do fiador judicial é inquestionável, pois havia disposição expressa. Entretanto, a ausência da manifesta legitimação, consoante as lições dos juristas acima referidos, tornaria não pacífica essa afirmação.

Nesse sentido, o CPC 2015 apenas previu expressamente a legitimação do fiador convencional (Art. 774, inc. IV), não repetindo no texto legal a legitimidade passiva do fiador judicial como nos Códigos Processuais anteriores, tornando-se clara a legitimidade passiva do fiador convencional, conforme aduz o tópico 5.1 deste estudo, mas promovendo a existência de questionamentos a respeito de que tal supressão acarretaria alguma alteração na legitimidade passiva do fiador judicial. Trataremos do assunto no próximo tópico.

5.3 A legitimidade passiva do fiador judicial no CPC 2015

Não regrado de modo específico a legitimidade do fiador judicial, mas sendo claro quanto a possibilidade de executar diretamente o fiador convencional, o Art. 779, inc. IV, do CPC 2015 descreve: “[a] execução pode ser promovida contra: [...] IV - o fiador do débito constante em título extrajudicial”.

²⁰⁴ Conforme explanado nos tópicos 4.4.1 e 4.4.3 a fiança judicial é negócio jurídico unilateral, diferentemente da fiança convencional que é um negócio jurídico bilateral, pois a formação daquela independe de manifestação de vontade do futuro credor, ao passo que essa a aceitação do credor e da essência de ser ela uma espécie de contrato, sendo apenas afastada pela sua recusa abusiva que admite suprimimento judicial.

²⁰⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do direito civil: contratos...*, cit., p. 469.

²⁰⁶ ASSIS, Araken de. *Da legitimidade do fiador...*, cit., p. 54.

Nesse contexto, especialmente considerando o teor do Art. 779, inc. I, do CPC 2015: “[a] execução pode ser promovida contra: o devedor, reconhecido como tal no título executivo”, é permitido, comparando as normas citadas, inferir que quando o legislador processual objetivou tratar dos títulos executivos de maneira geral, utilizou-se da expressão “título executivo”²⁰⁷, ao passo que a sua qualificação reservaria a norma ao título executivo cuja natureza foi descrita.

Assim, sob uma interpretação literal do Art. 779, inc. IV, do CPC 2015, afasta-se a legitimidade passiva do fiador judicial na execução, necessitando o credor manejar uma ação de conhecimento contra o garante para certificar o direito em sentença e após utilizá-la como título executivo judicial, transferindo a celeuma que percorreu os CPC 1939 e CPC 1973 acerca da legitimidade passiva do fiador convencional ao judicial.

Entretanto, essa interpretação não se mostra adequada ao sistema, haja vista que o próprio CPC 2015, a exemplo dos códigos pretéritos, continua prevendo situações em que se utiliza o instituto da fiança judicial, os quais foram apresentados nos tópicos 1.3.1 a 1.3.5.

Araken de Assis²⁰⁸ é categórico em afirmar que o Art. 779, inc. IV, do CPC 2015, alberga todas as espécies de fiança, salientando que o legislador filiou-se a tese que ele é adepto, que relaciona as espécies de fiança ao contrato de caução (tópico 5.2). Desta forma, a legitimidade passiva do fiador judicial na execução resultaria da classificação da garantia como título executivo extrajudicial.

Contudo, Theodoro Júnior²⁰⁹ em doutrina apresentada após o advento do CPC 2015 verifica que a fiança judicial é título executivo judicial, pois, conforme o Art. 515, inc. I, qualifica-se como tal não apenas a sentença, mas todas as decisões jurisdicionais que reconheçam que uma obrigação é exigível, visto que a formação dessa espécie de título executivo é endoprocessual e controlada pelo magistrado.

Apesar de não explicitar, parece claro que o Theodoro Júnior lastreia seus pensamentos nas regras de comunicação e inter-relacionamento entre o cumprimento de sentença e o processo de execução, e inversamente, conforme o *caput* dos Art. 513 e Art. 771, ambos do CPC 2015, isto é, na aplicação subsidiária da disciplina jurídica de um para o outro.

²⁰⁷ Vide também os Art. 55, § 2º, inc. II; Art. 778, *caput*; Art. 778, inc. II; Art. 778, inc. III; Art. 786 e Art. 788, todos do CPC 2015.

²⁰⁸ ASSIS, Araken. *Manual da ...*, cit., p. 589-590.

²⁰⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: execução forçada, processos nos tribunais, recursos e direito intertemporal*. 52. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, v. 3, item 198.

Com essas regras de reenvio²¹⁰, é plausível se estender a legitimidade passiva expressa dos fiadores convencionais dos títulos extrajudiciais aos judiciais, pois na ausência de um regramento específico completo sobre legitimidade acerca do procedimento de cumprimento de sentença, aplica-se o disposto no Art. 779, sendo o inc. IV limitado pela disposição constante no Art. 513, § 5º, que veda a execução de título executivo judicial de fiador que não participou de sua formação, apresentado clara deferência ao princípio da ampla defesa e contraditório combinado com a incerteza subjetiva²¹¹ que paira sobre o ele.

Entretanto, a situação do fiador judicial é outra; ele é um garante que surge no curso do processo, na fase de conhecimento, cumprimento de sentença ou no processo autônomo de execução, sendo o estabelecimento da caução fidejussória plenamente controlado pelo magistrado, de forma que a certeza subjetiva é confirmada nos autos do próprio processo, bem como a sua consensualidade como responsável da obrigação. Logo, a aplicação das regras de reenvio é um caminho coerente para se reconhecer a legitimidade passiva do fiador judicial.

De outro lado, confirmando a finalidade do legislador, quando se utiliza a expressão fiador sem a adjetivar, recorda-se as lições de Amílcar de Castro²¹², ao comentar o CPC 1939, em que ao não especificar um instituto, o legislador intenta prever a norma a todas as suas espécies, sendo o caso do Art. 779, inc. IV, do CPC 2015, ao empregar a palavra “fiador”, devendo-se considerar em seu sentido *lato sensu*, ou seja, englobando o fiador judicial.

Em última consequência, não gozaria de estabilidade um sistema processual que possibilita a constituição de garantia pessoal intraprocessual e que simultaneamente obsta o acionamento da satisfação de modo direto, pois a promoção de tal tutela e o estabelecimento da fiança judicial são de incumbência do mesmo órgão, o Poder Judiciário. Nesse contexto, Araken de Assis defende na vigência do CPC 1973 que a legitimidade passiva do fiador judicial, advém também de razões de interesse público²¹³ (tópico 5.2).

Dinamarco igualmente reconhece a legitimidade passiva do fiador judicial²¹⁴ em face de um título executivo judicial²¹⁵: “[n]essa qualidade, é parte legítima [o fiador judicial] para ocupar o polo passivo da execução por título judicial, estando sob a eficácia do título executivo”. Frisa-se que a legitimidade passiva do fiador judicial decorre da sua posição de responsável executivo secundário (tópico 3.4), pois não concorreu para o inadimplemento da

²¹⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado...*, cit., parte 2, capítulo 1, item 2.1.1.

²¹¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado...*, cit., parte 1, capítulo 4, item 4.

²¹² CASTRO, Amílcar de. op. cit., p.65.

²¹³ ASSIS, Araken de. *Da legitimidade do fiador...*, cit., p. 58.

²¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil: execução...*, cit, p. 876.

²¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Memórias...*, cit., p. 258.

obrigação garantida, não sendo devedor, tampouco se envolveu na constituição da dívida exigida judicialmente, porém se responsabilizou em solvê-la por meio da obrigação acessória chamada fiança judicial (tópico 4.3.1), sendo uma situação jurídica de responsabilidade sem débito (*Haftung* sem *Schuld*), isto é, cujo débito se localiza em outra obrigação (a obrigação principal).

Ao encontro dos argumentos explanados, é pertinente o Enunciado n. 445 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) que versa sobre o Art. 779, do CPC 2015, destacando a sujeição passiva na execução também do fiador judicial²¹⁶.

Assim, vislumbra-se que o CPC 2015 ao corresponder parcialmente o inc. IV do Art. 779, com os Art. 568, inc. IV, do CPC 1973, e Art. 887, *caput*, do CPC 1939, solucionou a questão da legitimidade passiva do fiador convencional, e simultaneamente permitiu não problematizar a questão sobre o fiador judicial, através da aplicação subsidiária das regras do procedimento de cumprimento de sentença no processo de execução e vice-versa.

5.4 Sobre a natureza da legitimação do fiador judicial

Defendendo que a legitimação do fiador judicial é extraordinária, Araken de Assis²¹⁷ destaca que a natureza da legitimação é definida pela análise da titularidade do título executivo no plano processual e material. Nesse contexto, Bueno²¹⁸ pontua que no campo da execução civil a concomitância em uma face entre credor e exequente e da outra relacionando devedor e executado identifica a legitimação ordinária. Por outro lado, a não identidade dessas posições jurídicas define a legitimação extraordinária.

Assim, considerando que a fiança é uma obrigação de natureza acessória, de forma que o devedor atrela-se a obrigação principal, sendo que ao promover a execução forçada sobre o fiador judicial, esse será um executado na relação processual, mas não titular material da dívida, havendo uma dissociação entre devedor e executado, os autores concluem que o fiador judicial é um legitimado extraordinário.

Divergindo, Didier Junior e outros²¹⁹ apoiando-se na diferenciação entre débito e responsabilidade (tópicos 3.1 a 3.4), encarando-a como acontecimentos de uma mesma

²¹⁶ Enunciado n. 445 do FPPC : “[o] fiador judicial também pode ser sujeito passivo da execução”; PEIXOTO, Ravi. Enunciados FPPC: organizados por assunto, anotados e comentados. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 601.

²¹⁷ ASSIS, Araken. *Manual da ...*, cit, p. 587-590.

²¹⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado...*, cit., parte 1, capítulo 3, item 2.

²¹⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: Execução...*, cit., p. 322-324 e 331-343.

obrigação, de modo a argumentarem que o fiador em geral é titular de uma posição jurídica que é a responsabilidade, da qual surge a obrigação acessória que é a fiança. Contudo, tal responsabilidade é sobre a obrigação principal garantida pela fiança, formando-se uma complexa posição jurídica material.

Nesse contexto, o fiador judicial se encontra em juízo resguardando o seu status de responsável pela obrigação principal, a qual é o objeto da busca da tutela satisfatória, defendendo, portanto, direito próprio. Assim, a legitimação não só do fiador judiciário, mas de todas as suas espécies, é ordinária.

O Art. 794, do CPC 2015, indica que há responsabilidade dos bens do fiador sobre a dívida do afiançado, isto é, o devedor da obrigação que ele garantiu. Desta forma, percebe-se que a sua legitimidade passiva é justificada pela submissão de seu patrimônio e não por relação dinâmica entre obrigação principal e acessória. Por meio da obrigação acessória o fiador torna-se responsável pela obrigação principal, possibilitando a sujeição de seu patrimônio ao adimplemento de dívida alheia, porém não é devedor.

Nesses termos, o fiador se defende de medidas executivas sobre o seu patrimônio, por exemplo, alegando a impenhorabilidade de um bem de sua propriedade, ele defende direito próprio em nome próprio. Logo, a legitimidade do fiador judicial é ordinária.

Mesmo que o fiador promova a sua defesa com base na obrigação exequenda, por exemplo, alegando o cumprimento da obrigação principal, não obstante ser um direito incontestável do devedor, podendo-se inferir que o fiador defendeu um direito alheio em nome próprio, entende-se que tal direito pertence da mesma forma ao fiador, pois o CC 2002 assim lhe prescreveu expressamente²²⁰, mantendo-se a legitimação ordinária.

Por fim, a legitimidade do fiador é superveniente²²¹, pois a formação da caução ocorre em momento posterior a do título executivo ou da interposição da ação de conhecimento.

5.5 A execução forçada do fiador judicial

Como já afirmado, o fiador judicial garante uma obrigação condicional (tópico 4.3.1), pois necessita que no futuro o ato processual praticado em favor do afiançado seja alterado em seu prejuízo ou que ele descumpra uma obrigação assumida em juízo (Art. 895, § 1º, e Art.

²²⁰ Art. 837. O fiador pode opor ao credor as exceções que lhe forem pessoais, e as extintivas da obrigação que competem ao devedor principal, se não provierem simplesmente de incapacidade pessoal, salvo o caso do mútuo feito a pessoa menor.

²²¹ ASSIS, Araken de. *Da legitimidade do fiador...*, cit., p. 50; DIDIER JUNIOR, Fredie et al. *Curso de processo civil...*, cit., p. 324; THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo de execução e ...*, cit., p. 114.

896, § 1º, ambos do CPC 2015). Logo, responsabiliza-se por obrigação futura e incerta, porém determinável, pois se relaciona a ato processual estipulado. Nesse sentido, Dinamarco salienta que “[n]esses casos só se positivará a obrigação do fiador [judicial] se, quando e na medida em que se positivará a do afiançado”²²².

Assim, a primeira condição para que o fiador judicial seja executado é o surgimento de obrigação para afiançado decorrente do ato processual garantido, por exemplo, a sentença em que a execução se iniciou por meio de seu cumprimento provisório é reformada, julgando o pedido do afiançado improcedente, onde antes ele era procedente no juízo *a quo*.

Surgindo a obrigação pelo afiançado, deve-se apurar o prejuízo que o ato processual reformado ou a obrigação judicial descumprida causou à parte adversa. Logo, antes de iniciar a execução forçada sobre o afiançado e fiador, deve-se estabelecer o *quantum debeatur* por meio do procedimento de liquidação (Art. 509 ao Art. 512, do CPC 2015). Com isso, a obrigação está certa, líquida e exigível, sendo, portanto, um título executivo (Art. 786, *caput*, e Art. 803, inc. I, ambos do CPC 2015). É imperativo tal procedimento para que a fiança judicial tenha eficácia²²³ (Art. 821, do CC 2002).

Conforme apresentado neste estudo, o fiador judicial é legitimado passivo executivo (tópico 5.3), haja vista ele ser um garante que surge no curso do processo, sendo a assunção da fiança plenamente controlada e decidida pelo magistrado. Nesse contexto, liquidando-se o prejuízo causado pelo ato processual garantido, o fiador judicial poderá ser submetido diretamente à execução, de forma que se ele possuir o benefício de ordem, poderá exigir, dentro dos requisitos legais (tópico 4.3.2), que seja primeiro executado o afiançado.

Considerando que o fiador judiciário possui apenas a responsabilidade executiva secundária sobre a obrigação (tópico 3.4), é natural que o direito lhe ofereça estrutura para o ressarcimento do débito que saldou e suas despesas, de forma que o Art. 794, § 2º, do CPC 2015, indo ao encontro dos clamores de celeridade processual, faculta ao fiador executar o afiançado no mesmo processo de execução que saldou a dívida. Nesse caso, a legitimidade ativa do fiador ocorre pela sub-rogação do fiador nos direitos do credor, conforme Art. 778, § 1º, inc. IV e § 2º, do CPC 2015, combinado com o Art. 346, inc. III, do CC 2002²²⁴.

²²² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Memórias...*, cit., p. 231.

²²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Memórias...*, cit., p. 231.

²²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil: execução...*, cit, p. 118-119.

5.5.1 As defesas do fiador judicial

O fiador judicial é legitimado passivo na execução civil de título executivo judicial²²⁵ (tópico 4.3), pois, a sua obrigação de garantia tem formação endoprocessual, sendo reconhecida por decisão judicial por meio de termo nos autos, ou em raras situações por homologação de instrumento de público, recebendo as garantias inerentes ao devido processo legal, de forma a se tornar completo pela liquidação dos prejuízos causados pelo ato processual garantido.

Nesse sentido, as defesas do fiador judicial relacionadas ao título executivo serão manejadas por meio de impugnação ao cumprimento de sentença, tendo as matérias deduzíveis expressas no Art. 525, § 1º, do CPC 2015, de forma que o Art. 837, do CC 2002, auxilia em sua identificação.

Identifica-se que os fundamentos de defesa do fiador judicial podem alcançar o mérito, a admissibilidade, ou os aspectos puramente processuais da execução, sendo essa classificação útil para dimensionar os efeitos da decisão a respeito da impugnação, principalmente na amplitude da coisa julgada²²⁶.

Abrangendo o mérito da execução o fiador judicial pode alegar fatos extintivos ou modificativos da obrigação acessória (a fiança judicial), compreendendo não só os surgidos em decorrência de suas relações com o credor, mas também aqueles pertencentes ao devedor (defesas indiretas)²²⁷, por exemplo, o seu adimplemento, haja vista a característica essencial das fianças que é a acessoriedade, a qual coloca como pressuposto de existência da obrigação do fiador a própria existência da obrigação principal. Porém essas causas extintivas e modificativas devem ser posteriores a formação do título executivo (Art. 525, § 1º, inc. VII, do CPC 2015), isto é, após a aceitação da caução judicial pelo magistrado (tópico 4.4.1) e a aferição do *quantum debeatur* (tópico 5.5).

Em outro lado, há matérias de defesas a disposição do fiador judicial que não

²²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Memórias...*, cit., p. 258; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: execução forçada...*, cit, item 198.

²²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil: execução...*, cit, p. 752-754.

²²⁷ Destaca Dinamarco que o Art. 837, do CC 2002, ao descrever que o fiador aproveita dos fatos extintivos da obrigação principal pertencentes ao devedor, tratou como circunstâncias extintivas aquilo que o Art. 373, inc. II, do CPC 2015, considerou não só extintiva, mas também modificativa ou impeditiva. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Memórias...*, cit., p. 235-236. Assim, transportando o entendimento para o caso do fiador judicial, a ele aproveita os fatos modificativos e extintivos da obrigação principal pertencentes ao devedor, não os impeditivos, pois sendo a fiança judicial um título executivo judicial, os fatos impeditivos localizam-se antes de sua formação, isto é, não é superveniente a sentença. Percebe-se tal sutileza na própria redação do Art. 525, §1º, inc. VII, do CPC 2015.

questionam a obrigação em si, mas sim o título executivo²²⁸ que dela derivou, visando impugnar a admissibilidade da execução forçada naquele momento (Art. 525, § 1º, inc. III). A constituição da fiança judicial funciona como uma condenação para o futuro, dependendo de um fato incerto. Assim, é matéria de defesa do fiador judicial a falta de implementação da obrigação principal, por exemplo, o ato processual caucionado não foi reformado em prejuízo do afiançado (inexigível), bem como as exceções que reconhecem a obrigação do fiador judicial, mas refutam a ausência da quantificação dos danos (ilíquida).

O benefício de ordem também é matéria de defesa que se relaciona com a admissibilidade da execução sobre o fiador judicial, pois existindo tal exceção, a obrigação não é exigível momentaneamente no tocante a ele (tópico 4.3.2), devendo os atos de excursão ser opostos exclusivamente sobre o afiançado. Alerta-se que ao magistrado é defeso reconhecer o benefício de ordem sem requerimento do fiador judicial, haja vista a exigência legal de sua iniciativa (Art. 794, *caput*, combinado com o Art. 141, *in fine*, ambos do CPC 2015)²²⁹.

As defesas exclusivamente processuais na impugnação se apoiam em “questões formais ou de rito”²³⁰ dos atos processuais ocorridos na execução, isto é, questionando a sua regularidade²³¹. Nesse contexto, puramente processuais são as defesas do fiador judicial que alegam incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução (Art. 525, § 1º, inc. VI, do CPC 2015) ou vício atrelado ao seu ato de instauração, por exemplo, execução iniciada sem o requerimento do exequente.

²²⁸ A obrigação é a fiança judicial constituída por termo nos autos ou por homologação de sua prestação por instrumento público, ao passo que o título executivo se consubstancia por meio da certeza, liquidez e exigibilidade de tal obrigação. Lembrando que nem toda obrigação é título executivo, mas apenas aquela que a lei qualificou como tal, sendo que fiança judicial é título executivo judicial, conforme Art. 515, inc. I, do CPC 2015 (princípio da tipicidade do título executivo).

²²⁹ Art. 794. O fiador, quando executado, tem o direito de exigir que primeiro sejam executados [...]; Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe **vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte**. (grifo nosso)

²³⁰ SICA, Heitor Vitor Mendonça. op. cit., p. 66.

²³¹ ASSIS, Araken. *Manual da ...*, cit., p. 1703.

CONCLUSÕES

O termo caução engloba diversos institutos jurídicos que possuem o objetivo de aumentar a segurança do credor, diminuindo a probabilidade de inadimplemento de uma obrigação, sendo uma garantia especial que se soma a garantia ordinária representada pelo patrimônio do devedor.

As cauções apresentam origem legal, negocial ou judicial, as quais decorrem, respectivamente, da imposição da lei, acordo envolvendo a autonomia de vontade das partes ou ordem judicial decorrente de imperativos processuais.

Independentemente da origem, as cauções se subdividem nas modalidades fidejussória ou real, sendo aquela quando a garantia especial é um reforço patrimonial advindo de um terceiro que não vincula especificamente bens de seu patrimônio (garantia pessoal) e a esta se o reforço resulta da especificação de um bem, sem restrições em ser do próprio devedor, à satisfação da obrigação (garantia real).

Apresentaram-se diversas situações jurídicas de natureza civil que podem ensejar a formação das cauções de origem judicial, classificando-as como fiança judicial civil, se a modalidade da caução for fidejussória (garantia pessoal). Nesse contexto, o CPC 2015 descreve diversas situações processuais de realização, observando casos que se relacionam com a concessão de tutela urgência, bem como aqueles que possuem uma relação de proximidade com o instituto por pressupor a existência de seus requisitos para o deferimento, outros que ocorrem especificamente na fase de conhecimento ou na execução do provimento jurisdicional, de forma que estes podem recair sobre o exequente, executado ou terceiros. Ademais, foram elencados casos de caução judicial de natureza civil manifestadas nas Leis do mandado de segurança (Art. 7º, inc. III, da Lei n. 12.016/09) e de locações de prédios urbanos (Art. 64, da Lei 8.245/91).

Defendeu-se que as cauções judiciais de natureza civil não se restringem aos casos tipificados em leis (“caução judicial *ope judicis*”), podendo surgir por meio de decisão do magistrado com fundamentação na interpretação sistemática da finalidade do Art. 139, inc. IV, do CPC 2015, com as advindas das causas tipificadas na lei processual civil de caução judicial.

A caução judicial também pode sobrevir de situações jurídicas de natureza penal, elencadas na legislação processual penal, destinando-se ao pagamento de despesas processuais, multa e indenização ou para coibir vantagens econômicas concretas advindas da

prática criminosa, além de ser em determinadas situações fator inibidor de fuga. A caução judicial de natureza penal mais notória é a fiança criminal, a qual tecnicamente não é fiança (caução fidejussória) e sim caução real, pois a garantia prestada é formada pela designação de um bem, sendo comumente dinheiro.

Apesar de serem cauções fidejussórias, as fianças civis se diferenciam do aval principalmente por não terem autonomia em relação à obrigação garantida (característica da acessoriedade), bem como se distinguem internamente em razão de sua origem, organizando-se nas espécies convencional, legal e judicial. Nesse contexto, a fiança judicial possui a intervenção direta do Poder Público em sua formação, distinguindo da fiança convencional que é um contrato tipificado no CC 2002, que resulta de acordo livremente firmado, isto é, fruto da autonomia privada. Já a diferenciação entre a fiança judicial e legal decorre dos efeitos dos atos jurídicos condicionados pela garantia, sendo a fiança judicial constituída em função da busca de maior eficiência dos atos jurisdicionais, de modo autônomo ao estabelecido nas normas civis de efeito material.

O vínculo entre o fiador judicial e credor da obrigação garantida foi identificado com supedâneo na teoria dualista da obrigação, o qual permite explicar com clareza a dissociação existente nas fianças entre débito e responsabilidade. Assim, o fiador judicial não é um devedor de prestação atual ou futura surgida em determinada obrigação, porém em determinado momento em sede processual concordou em garantir o seu adimplemento, sendo, portanto, responsável executivo secundário pelo cumprimento da obrigação.

Desta forma, a fiança judicial colabora com a efetividade do processo, pois amplia o rol de responsáveis pelo cumprimento da obrigação que adveio do pronunciamento jurisdicional, ocorrendo a vinculação do patrimônio do fiador judicial à sua satisfação, somando-se àquele pertencente ao devedor.

A ausência de regramentos específicos acerca dos aspectos materiais da fiança judicial não inviabiliza a sua utilização, pois o pertencimento ao gênero fiança a dota de definições jurídicas e características comuns as outras espécies, sendo coerente considerar o regime jurídico aplicável às fianças convencionas como o supedâneo legislativo à sua formação, efeitos e extinção.

A característica da acessoriedade na fiança judicial é denotada pela limitação da garantia aos prejuízos sofridos pelo credor na execução do ato processual caucionado pela fiança, ao passo que a subsidiariedade é identificada pela possibilidade do fiador judicial alegar a exceção dilatória do benefício de ordem durante a execução da obrigação, caso não

tenha ocorrido a sua renúncia ou afastamento. A característica da subsidiariedade não é essencial à formação das fianças, sendo comum na espécie judicial o magistrado impor o seu afastamento.

Salienta-se que a fiança judicial é um negócio jurídico unilateral, pois a sua formação dispensa a declaração de vontade do credor, contudo pode ele influir na análise da sua idoneidade e suficiência, a qual é decidida pelo magistrado. Destarte, o seu registro de formação é obrigatoriamente escrito, sendo tal solenidade normalmente prestada por meio de termo nos autos do processo, sendo também o instrumento público outra forma de igual eficácia.

Apesar do CPC 2015 não apresentar de maneira expressa a legitimação passiva do fiador judicial no bojo da execução, como fizeram os Códigos Processuais de 1939 e 1973, há circunstâncias que a indicam. Desta forma, a continuidade de previsão no CPC 2015 de situações em que se utiliza o instituto da fiança judicial, as regras de comunicação e inter-relacionamento entre o cumprimento de sentença e o processo de execução autônomo e a incoerência que surgiria no sistema processual que possibilita a constituição de garantia pessoal endoprocessual (fiança judicial) e que concomitantemente impede o acionamento da satisfação de modo direto são evidências inequívocas que fiador judicial é legitimado passivo na execução.

O fiador judicial se responsabiliza por obrigação futura e incerta, sendo imprescindível à sua execução forçada o estabelecimento do *quantum debeatur* (procedimento de liquidação), respaldando-se num título executivo judicial, de forma que as defesas manejáveis se relacionam com as matérias deduzíveis na impugnação ao cumprimento de sentença, podendo o direito de regresso contra o afiançado ocorrer no mesmo processo executivo que saldou a dívida.

REFERÊNCIAS

- ABELHA, Marcelo. *Manual da execução civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- ACCA, Thiago dos Santos et al. *Metodologia da pesquisa em direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses*. FEFERBAUM, Marina; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo (Coords.). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; ASSIS, Araken de. *Comentários ao código de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- ALVIM, Eduardo Arruda; FERREIRA, Eduardo Aranha; GRANADO, Daniel Willian. Araken de. *Direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- ASSIS, Araken de. *Da legitimidade do fiador no processo de execução*. Revista Ministério Público Nova Fase, v. 1, n. 18, p. 48-59, 1985.
- _____. *Manual da Execução*. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Efetividade do processo e técnica processual*. Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, n. 7, p. 197-208, jan.-jun., 1995. Disponível em: <<http://www.ablj.org.br/revistas/revista7/revista7%20JOSE%20CARLOS%20BARBOSA%20MOREIRA%20-%20Efetividade%20do%20Processo%20e%20tecnica%20processual.pdf>> Acesso em 18.09.2021.
- _____. *Notas sobre as recentes reformas do processo civil francês*. Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, n. 30, p. 133-145, jan.-dez., 2007. Disponível em: <<http://www.ablj.org.br/revistas/revista30/revista30%20%20JOSE%20CARLOS%20BARBOSA%20MOREIRA%20%20Notas%20sobre%20as%20recentes%20reformas%20do%20processo%20civil%20franc%C3%AAs.pdf>> Acesso em 11.10.2021.
- BETTI, Emilio. *Teoria geral das obrigações*. Traduzido por Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2005.
- _____. *Concetto di responsabilità, di debito e di obbligazione in generale*. In: BETTI, Emilio; CARNELUTTI, Francesco. *Diritto sostanziale e processo*. Milano: Giuffrè, 2006.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao código de processo civil: da liquidação e do cumprimento de sentença*. São Paulo: Saraiva, 2018, v. X.
- _____. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, v. 3.
- CABRILLAC, Michel; MOULY, Christian. *Droit des surêtes*. 5. ed. Paris: Litec, 1999.
- CÂNDIDO, Raymundo. *Da garantia fidejussória na justiça criminal*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 2, p. 171-190, abr., 1962.
- CAPEZ, Fernando; COLNAGO, Rodrigo Henrique. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CARPENA, Márcio Louzada. *Da caução*. In: MACHADO, Costa; VEZZONI, Marina (Coords.). *Processo cautelar: estudos avançados*. São Paulo: Manole, 2010.

CARPI, Federico. *La provvisoria esecutorietà della sentenza*. Milano: Giuffrè, 1979.

CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*: decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963, v. X.

COMPARATO, Fábio Konder. *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*. Paris: Dalloz, 1964.

_____. *Notas retificadoras sobre seguro de crédito e fiança*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 51, p. 95-105, jul.-set., 1983.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2021: ano-base 2020*. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf>>. Acesso em 10.10.2021.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: Execução*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Subsídios para uma teoria das impenhorabilidades*. Revista de Processo, v. 174, p. 30-50, ago., 2009.

_____. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 21. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil: execução forçada e cumprimento de sentença*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, v.4.

_____. *Memórias de um processualista*. São Paulo: Malheiros, 2021.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

DONIZETTI, Elpidio. *Curso de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de. *Contrato de Fiança*. São Paulo: Saraiva, 2010.

FOREST, Grégoire. *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*. Paris: Dalloz, 2012.

FURTADO, Paulo. *Execução*. São Paulo: Saraiva, 1985.

GOMES, Manuel Januário da Costa. *Assunção fidejussória de dívida: sobre o sentido e o âmbito da vinculação do fiador*. Coimbra: Almedina, 2000.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

GRECO, Leonardo. *Coações indiretas na execução pecuniária*. Revista EMERJ, v. 20, n. 1, p. 109-134, jan.-abr., 2018.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LEITÃO, Manuel Teles de Menezes. *Garantias das obrigações*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2019.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. São Paulo: Bestbook, 2001.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme et al. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante*

- procedimentos diferenciados. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, v. 3.
- MELLO, Rogério Licastro Torres de. *O responsável executivo secundário*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- MONTENEGRO FILHO, Misael. *Ações possessórias no novo CPC*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar; FONSECA, João Francisco Naves da. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 46. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- _____. *Novo código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil comentado: artigo por artigo*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- NOGUEIRA, José Luiz de Almeida. *Estudo theorico e pratico sobre fiança as custas no direito processual brasileiro*. São Paulo: Hennies, 1909.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito processual penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- OLIVEIRA, Lauro Laertes de. *Da fiança*. São Paulo: Saraiva, 1981.
- PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.
- PACHECO, José da Silva. *Inventários e partilhas: na sucessão legítima e testamentária*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- PASSOS, Calmon. *Processo de execução: alguns temas polêmicos*. Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 19, p. 127-146, n. 0, 1979.
- PEIXOTO, Ravi. *Enunciados FPPC: organizados por assunto, anotados e comentados*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 601.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do direito civil: teoria geral das obrigações*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 2.
- _____. *Instituições do direito civil: direitos reais*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 4.
- _____. *Instituições do direito civil: sucessões*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 6.
- _____. *Instituições do direito civil: contratos*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, v. 3.
- _____. *Instituições do direito civil: teoria geral das obrigações*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, v. 2.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsói, 1972, v. XLIX.
- _____. *Comentários ao código de processo civil: arts. 796-889*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. XII.
- _____. *Comentários ao código de processo civil: arts. 566 a 611*. Atualizado por Sérgio Bermudes. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. IX.
- RODRIGUES, Cláudia; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito empresarial*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

SANTOS, Gildo dos. *Fiança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SANTOS, Moacir Amaral. *Da fiança e de alguns dos benefícios do fiador*. Revista da Faculdade de Direito da USP, v. 49, p. 309-330, jan., 1954.

SENADO FEDERAL. *Código de processo civil: histórico da lei*. Brasília: Subsecretaria de edições técnicas, 1974, v. I. Disponível em: <
<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4&isAllowed=y> > Acesso em 31.01.2021.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. Notas sobre a efetividade da execução civil. In: ALVIM, Eduardo Arruda; BRUSCHI, Mara Larsen; COUTO, Mônica Bonetti (Coords.). *Execução Civil e temas afins: do CPC 1973 ao Novo CPC: estudos em homenagem ao professor Araken de Assis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SIDOU, José Maria Othon. *Fiança: convencional, legal e judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Dos efeitos da fiança: o benefício de excussão ou de ordem*. In: Doutrinas essenciais obrigações e contratos. Revista dos tribunais. v. 5, p. 1059-1085, jun., 2011.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Atualizado por Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SIMÃO, José Fernando. *A teoria dualista do vínculo obrigacional e sua aplicação ao direito civil brasileiro*. Revista Jurídica ESMP-SP, v. 3, p. 165-181, 2013.

SIQUEIRA, Thiago Ferreira. *A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. 29. ed. São Paulo: Leud, 2017.

_____. *Terras particulares: demarcação, divisão e tapumes*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. *Curso de direito processual civil: execução forçada, processos nos tribunais, recursos e direito intertemporal*. 52. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, v. 3.

_____. *Curso de direito processual civil: procedimentos especiais*. 54. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, v. 2.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2003, v. 1.

VENANDET, Guy. *Code civil annoté*. 120. ed. Paris: Dalloz, 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017, v. 3.

_____. *Direito civil: reais*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017, v. 4.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao código de processo civil: do processo de execução arts. 566 a 645*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. 8.

_____. *Comentários ao código de processo civil: arts 771 ao 796*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, v. XII.

APÊNDICE A

Quadro – Casos tipificados no CPC 2015 em que a caução pode ser realizada por meio de fiança judicial.

Casos tipificados no CPC 2015	Momento processual	Responsável por prestar	Há exceções?	Finalidade
Caução às custas (Art. 83).	Fase de conhecimento.	Autor da ação.	Sim (Art. 83, § 1º).	Garantir o recebimento das custas processuais de autor de demanda não residente no país.
Tutela de urgência (Art. 300, § 1º).	Tutela de urgência em caráter antecedente ou incidental.	Requerente da medida.	Sim (Art. 300, § 1º).	Garantir o ressarcimento dos prejuízos decorrentes da modificação ou revogação do pronunciamento judicial.
Cumprimento provisório de sentença (Art. 520, inc. IV).	Fase de cumprimento de sentença.	Exequente.	Sim (Art. 521).	Garantir o ressarcimento dos prejuízos decorrentes da modificação do pronunciamento judicial.
Impugnação (Art. 525, § 6º).	Fase de cumprimento de sentença.	Executado.	Não.	Visando a atribuição de efeito suspensivo, sendo uma das possibilidades de garantia do juízo, fornecendo segurança ao exequente caso a oposição seja improcedente.
Impugnação (Art. 525, § 10º).	Fase de cumprimento de sentença.	Exequente.	Não.	Prosseguir a execução dotada de efeito suspensivo, permitindo a indenização dos prejuízos do executado caso sua impugnação seja procedente.
Embargos à execução (Art. 919, § 1º).	Processo de execução autônomo.	Executado.	Não.	Visando a atribuição de efeito suspensivo, sendo uma das possibilidades de garantia do juízo, fornecendo segurança ao exequente caso a oposição seja improcedente.
Embargos à execução (Art. 917, § 6º).	Processo de execução autônomo.	Exequente.	Não.	Exigência para que o exequente seja imitido na posse de coisa em que executado exerce o direito de retenção por benfeitorias, garantindo a indenização do embargado caso a oposição seja improcedente.
Embargos de terceiros (Art. 678, caput).	Fase de conhecimento, cumprimento de sentença, processo de execução autônomo e tutelas provisórias.	Autor do embargo de terceiros (estranho ao processo principal).	Sim. (Art. 678, parágrafo único).	Condição facultativa para deferimento de medida liminar de manutenção ou reintegração na posse de coisa, garantindo a indenização do embargado se a ação for julgada improcedente.
Ações possessórias (Art. 559).	Fase de conhecimento, cumprimento de sentença, processo de execução autônomo e tutelas provisórias..	Autor da ação.	Sim. (Art. 559).	Requerendo o réu, a fim de lhe garantir o ressarcimento dos prejuízos decorrentes do julgamento improcedente da ação.
Inventário e partilha (Art. 641, § 2º).	Fase de conhecimento.	Réu da ação.	Não.	Tornar efetiva a sentença desfavorável ao herdeiro que sonegou bens.
Depósito de bens relacionados a atividades agrícolas (Art. 840, inc. III).	Fase de cumprimento de sentença ou processo autônomo de execução.	Executado.	Não.	Garantir a utilidade da execução sobre as coisas penhoradas.
Adquirir bens em hasta pública com pagamento parcelado (Art. 895, § 1º).	Fase de cumprimento de sentença ou processo autônomo de execução.	Estranho a execução (pretenso arrematante).	Não.	Garantir o cumprimento da obrigação de adquirir o bem pelo valor da proposta em benefício do exequente.
Adiantamento de hasta pública suspensa (Art. 896, § 1º).	Fase de cumprimento de sentença ou processo autônomo de execução.	Estranho a execução (pretenso arrematante).	Não.	Garantir o cumprimento da obrigação de adquirir o bem pelo valor de sua avaliação em benefício do exequente.

Fonte: elaborado pelo autor.