

PROCESSO CIVIL

FIANÇA ÀS CUSTAS

SUMMARIO :

- I. Que se entende, no direito patrio, por *fiança às custas*.
- II. Em que se distingue essa instituição:
 - a) da caução *judicatum solvi*;
 - b) da caução para as diligencias de busca e apprehensão;
 - c) da fiança outr'ora exigida aos querellosos.
- III. Em que casos é cabivel a exigencia de fiança às custas.
- IV. A fiança às custas é instituição de processo civil, ampliada ao commercial.
- V. Não é exigivel nos feitos crimes, ainda quando movidos por parte queixosa.
- VI. Como, quando e onde se presta a fiança às custas.
- VII. Quem é competente para promovel-a.—Quem lhe arbitra o quantum.—Recursos legaes.
- VIII. E' real ou pessoal essa fiança?
- IX. O processo para a prestação da fiança não paralysa o andamento da acção.—Quaes os effeitos da não prestação da fiança às custas.
- X. Quem pôde requerer o levantamento ou a effectividade da fiança prestada. Quando é permitido fazel-o.
- XI. Conclusão.

I

E' principio universal na jurisprudencia civil que a parte, autora ou ré, condemnada na acção,—o seja tambem ao pagamento das custas do processo respectivo.

Nada mais racional, nada mais legitimo.

E' justo, com effeito, que recaia esse onus sobre aquelle dos litigantes que o desfecho do processo haja demonstrado ter sido o causador do pleito: ou reclamando injustamente, como autor, o que lhe não era devido; ou resistindo indevidamente, como réo, ao justo pedido do autor; ou, finalmente, no caso de annullação do feito, preterindo ou infringindo as normas processuaes prescriptas pelo direito e observadas pela jurisprudencia.

A' parte vencedora proporciona a lei patria meios efficazes para a cobrança das custas judiciaes, que lhe forem devidas, proferida a sentença que prescreva o seu pagamento.

Esta, porém, é o desfecho da acção, é o seu final; á medida que as custas forenses, muitas vezes são pagas pela parte interessada —no correr do processo.

Acontece, portanto, que até que seja proferida a sentença final, estão ambas as partes litigantes na contingencia de desembolsarem anticipadamente as quantias necessarias para o pagamento das custas judiciaes.

A parte que fôr vencida terá sempre recursos para effectuar esse re-embolso?

E' natural a presumpção de que os tenha o réo. Aliás, não lhe moveria demanda o autor, com intuito superior ao de haver delle o simples re-embolso de custas judiciaes.

Além disso, antes de proferida a sentença destinada a declarar o direito entre os litigantes, a juris-

prudencia favorece de preferencia a posição do réo, por ser a da defesa, que é de direito natural. (1) A' medida que fôra extranhavel exigir-se deste garantia a pagamento de despezas por elle não provocadas, e difficultar-se-lhe assim a defeza; nada mais natural do que reclamar-se do autor a segurança prévia do re-embolso das quantias cujo dispendio elle haja imprudentemente provocado, ou, em todo caso, que elle occasionou por iniciativa sua.

Pela razão exposta, facultava a Ordenação do Liv. III, Tit. XX § 6, ao réo, em qualquer feito civil, requerer que o autor fosse obrigado a *dar fiança ás custas*, iste é, a proporcionar em forma legal garantia á effectividade do pagamento das custas judiciaes, na hypothese de decahir da acção.

O texto da citada Ordenação, que reproduzimos integralmente, por d'elle carecermos para a exposição subsequente, é este:

«E sendo requerido pelo réo que o autor dê fiança ás custas, será obrigado a dal-a em qualquer tempo que lhe fôr pedida; o qual requerimento se fará por palavra na audiencia e se escreverá no processo, sem por isso o feito se retardar, nem se perder termo algum; e não a dando, o juiz, sem embargo disso, irá pelo feito em diante, e o autor ficará obrigado a pagar ás custas da cadeia, quando nellas fôr condemnado, posto que a isso não se obrigasse.

E se o autor fôr estrangeiro, ou pessôa que não seja da nossa jurisdicção, não dando a dicta fiança no tempo que lhe fôr assignado, será condemnado nas custas, e o réo absoluto da instancia do juizo; da qual absolvição da instancia poderá a parte appellar, ou

(1) MOURLON. *Repetit. écrites, sur le Cod. de Proc. Civ.*, n. 334.

aggravar, qual no caso couber. E isto se cumprirá, posto que as partes tenham bens e sejam abonadas.»

Cumpre, antes de proseguirmos, deixar aqui desde já consignado que a doutrina dessa Ordenação:

a) Foi modificada pelo art. 10 das *Disposições Provisórias* sobre a Administração da Justiça Civil, que, pela generalidade do seu enunciado, parecia ter em vista a completa revogação da fiança ás custas; porém,

b) Esse texto foi, por sua vez, interpretado legislativamente de modo a comprehender tão sómente os autores, nacionaes ou estrangeiros, residentes fóra do Brazil ou que d'elle se ausentassem durante a lide.

Tal é a disposição do art. 1.º da Resolução legislativa n. 564 de 10 de Julho de 1850, ao qual se refere, quanto á jurisdicção commercial, o art. 736 do Decr. n. 737 de 1850.

II

A' instituição da fiança ás custas têm-se dado, impropriamente, na jurisprudencia moderna a denominação de caução *judicatum solvi*.

Nessa conformidade se enunciam, por exemplo, todos os commentadores do art. 16 Código Napoleão e do art. 166 do código do processo civil francez; e tambem os precusores dessas codificações, entre os quaes o eminente POTHIER.

Entretanto, em direito romano, como se vê das Instit. Liv. IV, Tit. 21, *De satisfactionibus*, aquella denominação applicava-se á caução que, em certos casos, era obrigado a prestar o devedor, a fim de garantir o pagamento das condemnações principaes que pudessem contra elle ser pronunciadas.

Era, portanto, uma obrigação imposta geralmente ao réo; á medida que a caução exigível do autor, e correspondente á que hoje indevidamente chamam—*judicatum solvi*, é a de que tracta a Novella 112 cap. II, e cujo objecto era—«*ad excludendas calumniosè moventium intentiones et executorum fraudes.*»

Essa caução não garantia senão o pagamento *sumptuum et expensarum* das custas e despesas. Diferenciava-se, pois, essencialmente, quanto ao objecto, da caução *judicatum solvi* do direito romano. E', por isso, muito impropria, como pondera MASSÉ, a denominação «*judicatum solvi*», dada no direito francez a uma caução exigível do autor e que não tem por objecto o *judgado*,—*judicatum*; mas tão sómente as custas e a satisfação do damno causado, *sumptus et expensæ*. (2)

A instituição da fiança ou da caução *de judicato solvendo* não era desconhecida no nosso direito patrio antigo; e não vemos porquê não possa hoje, em certos casos, ser considerada em vigor. (3) Referimo-nos a essa caução em seu sentido proprio, a saber á garantia real prestada pelo réo, ou á fiança pessoal, em abono delle firmada por terceiro, obrigando-se eventualmente a solver o debito, na conformidade da sentença que fôr proferida.

Dessa especie nos dão testemunho MORAES, *De Execut.* Liv. IV, Cap. VII, n. 23; LOBÃO, *Trat. sobre as Exec.*, § 62 e os D.D. por elle citados.

(2) MASSÉ, *Droit Comm.*, n. 723.

(3) Referindo-se á caução em certos casos exigida do réo para dar conta da cousa demandada, attesta PEREIRA E SOUZA, *Prim. Linh.*, § 196 que «não está em uso no fôro moderno nem a caução de pagar o julgado, nem a de estar em juizo.»

Em nota n. 405 á sua edição dessa obra, assim commenta TEIXEIRA DE FREITAS a informação do eminente praxista portuguez: «Entre nós certamente não ha lei que mande prestar essas cauções; nem o uso as autorisa, posto que livre seja convencional-as em quantia determinada.»

Em todo caso, não é licito confundir-se nenhuma dessas especies, quer a caução *judicatum solvi* do direito romano e do patrio, quer mesmo a do direito francez e de outras legislações, com a instituição da *fiança ás custas* a que se referem a Ord. Liv. III, Tit. XX § 6.º, e as disposições acima citadas da legislação brasileira; por isso que, mesmo entre essas ultimas, ha a seguinte caracteristica differença:

A caução *judicatum solvi*, qual a consagram o codigo civil e as leis processuaes da França, e bem assim as de outras nações modernas (4), inspiradas em preconceitos nativistas incompativeis com a hodierna evolução do direito, difficulta ao estrangeiro o livre acesso dos tribunaes do paiz; por isso que delle se exige, quando elle se proponha a intentar acção contra algum nacional, que preste caução garantidora do pagamento:

a) das custas e despezas do processo, e bem assim

b) da indemnisação do damno que puder causar.

Ora, a fiança ás custas, instituida em nosso direito patrio, não sómente não tem o mesmo alcance (pois que se circumscreve exclusivamente ao pagamento das custas judiciaes), como tambem não discrimina, em sua applicação, a nacionalidade do litigante; applica-se por egual modo ao estrangeiro e ao *nacional*—residen-

(4) DE MAILLARD DE MARAFY, *Grand Dict. de la Propr. Industr.* v. «*Caution*», *ibi* n. 5: «La caution *judicatum solvi* représente, en droit français, la garantie des frais et des dommages - intérêts éventuels, suivant les termes de l'art. 166 du Code de procédure civile.

Il n'en est pas de même partout. Au Brésil, par exemple, elle représente seulement le montant approximatif des frais.

Il en est de même en Allemagne, et dans bon nombre d'autres pays. Dans la République Argentine, au contraire, elle est généralement très élevée, et constitue, pour ainsi dire, un déni de justice lorsque l'intérêt en cause n'est pas de premier ordre.»

tes fóra do Brazil ou que delle se ausentarem, durante a lide. (5)

Cumpre tambem não se confundir a instituição da fiança ás custas com a caução que, em certos casos, póde ser exigida do impetrante para a concessão de mandados de busca e apprehensão.

Essa tem, com effeito, por fim ao mesmo tempo:

a) proporcionar ás pessoas naturaes ou juridicas, contra quem ou a cujos estabelecimentos se destinem as buscas e apprehensões, algumas vezes temérrarias e sempre vexatorias,—garantia para a indemnisação, quando cabivel;

b) cohibir a imprudencia de taes requerimentos, interessando os impetrantes, sob pena de se tornar effectiva a caução prestada, a se certificarem préviamente dos fundamentos do seu pedido.

Dessa natureza é a caução a que se referem os arts. 34 do Decr. n. 9.828 de 31 de Dezembro de 1887; e 69 do Decr. n. 8.820 de 30 de Dezembro de 1882: exigivel para as diligencias de busca e apprehensão, como preliminares de acção, contra os violadores de marcas industriaes e de patentes de invenção.

A exigencia dessa caução ao impetrante da diligencia de busca depende do prudente arbitrio do juiz, como é expresso das disposições citadas, e tem sido

(5) Decr. n. 564 de 10 de Julho de 1850, art. 1.º: «O art. 10 da Disposição Provisoria sobre a Administração da Justiça Civil, na parte em que abolio a fiança ás custas, não comprehende as demandas propostas por qualquer autores nacionaes ou estrangeiros, residentes fóra do Imperio ou que delle se ausentarem durante a lide.»—Decr. n. 3.084, de 5 de Novembro de 1898, Part. 3.ª art. 12: «Os autores, *nacionaes ou estrangeiros*, residentes fóra do paiz, ou que delle se ausentarem durante a lide, sendo requeridos, prestarão fiança ás custas do processo, e quando não a prestem, serão os réos absolvidos da instancia.»—Decr. n. 737 de 25 de Novembro de 1850, art. 736: «A Resolução n. 564 de 10 de Julho de 1850, sobre fiança ás custas é extensiva ás causas commerciaes.» Vid. tambem ORLANDO, *Cod. Comm.*, ult. ed. nota a esse artigo.

confirmado pela jurisprudencia dos tribunaes. O mesmo arbitrio porém, não se dá no caso da fiança ás custas. Requerida pelo réo em fórma, nos casos e em termos legaes, tem de ordenar o juiz a prestação della pelo autor. (6)

Análoga á instituição da fiança ás custas havia, outrosim, no nosso antigo direito outra caução que, todavia, com ella não se deve confundir. Alludimos á exigida, nos feitos criminaes, aos querelosos, nos termos da Ord. Liv. V, Tit. CXVII, §§ 6 e 7. (7)

Era essa caução mais ampla que a *fiança ás custas*, e de natureza diversa da caução *judicatum solvi*; por isso que comprehendia «toda a perda e damno, emenda, satisfação e custas, que se fizessem sobre a querella...»

Essa criteriosa restricção á amplitude do direito de denunciar explica-se no systema das Ordenações como o effeito de um honroso e humanitario sentimento de reacção ás normas do processo inquisitorial cujos vestigios perduravam ainda na jurisprudencia contemporanea. (8)

(6) Ord. cit. Liv. III, Tit. XX § 6; Decr. n. 3.084 de 1898, 3.^a Part. art. II, *ibi*: «... Sendo requeridos, *prestarão* fiança ás custas do processo, etc.»

(7) Embora empregue o texto dessa Ord. o vocabulo «querello», não se imagine que a exigencia dessa caução fosse referente aos casos de *queixa*, propriamente dicta; cabia, ao contrario, exclusivamente, aos de *denuncia*, como claramente rezulta das expressões *ibi*: «... E bem assim dará fiança bastante a toda a perda e damno, emenda e satisfação e custas, que se fizerem sobre a querela, *quando não fôr de caso, que a elle toque, ou pertença, e a der como cada um do povo*; e dando a querela de caso, que lhe toque ou pertença, *não será obrigado a dar fiança.*»

Era tal doutrina perfeitamente equitativa e racional; por isso que o livre accesso dos tribunaes neste ultimo caso tinha natural explicação no facto de se considerar lesado pelo crime o querellante, á medida que podia ser levado por maus instinctos aquelle que, sem ter sido directamente offendido pelo delicto, denunciava á justiça publica o seu semelbante. Entendeu prudentemente o legislador do Reino ser opportuno precaver a sociedade e o proprio accusado contra a eventualidade de accusações temerarias, não inspiradas pelo sentimento de justiça.

(8) Sob a epigraphie «DIREITO INDUSTRIAL» e o sub-titulo—*Caução de judicatum solvendo*, publica o DIREITO, vol. XLVII, pag. 161, um interessante

III

Em que casos é exigível do autor a prestação de fiança ás custas?

Pela doutrina da cit. Ord. do Liv. III, Tit. XX, § 6, dava-se essa obrigação sempre que o réo, em qualquer phase do processo, a requeria pela fórma prescrita no mesmo texto. A preterição della, em tal caso, sujeitava o autor a ser preso, para que da cadeia passasse as custas que fossem devidas.

Da inobservancia dessa obrigação pelo estrangeiro ou pelo auctor não sujeito á jurisdicção do juiz do processo — outra sancção rezultava: a absolvição da instancia, salvo os recursos, que lhe cabiam, de appellação ou agravo. (9)

Como já vimos, o art. 10 da Disposição Provisoria declarou abolida a fiança ás custas. (10)

Entretanto, interpretando authenticamente esse artigo, a Resolução Legislativa n. 564 de 10 de Julho

estudo, de legislação comparada o eminente jurisconsulto SR. CONSELHEIRO MACEDO SOARES.

Nesse trabalho, em opposição (mais aparente que real) á doutrina que temos exposto, diz o illustre magistrado:

«Entre nós, a caução *judicatum solvi* é a fiança ás custas, regulada pela Res. n. 564 de 10 de Julho de 1850, extensiva ás causas commerciaes *ex-vi* do art. 736 do Regul. n. 737 de 1850. E parece ser a caução permitida pelo art. 22 da L. n. 3.346 de 1887, já antes exigida pela Ord. Liv. V, tit. 117 § 6, que a applicava não só ás custas, como a «toda a perda e damno, emenda e satisfação» provenientes da querella ou queixa crime. Seja, porém, como fôr, tanto a caução pelos prejuizos da apprehensão, como a *judicatum solvi*, não se excluem, e devem ser prestadas: esta quando o autor estrangeiro, (e o nacional?! perguntamos-nos) não residente no Brazil ou que delle se ausentar durante a lide, (e tambem os residentes e presentes, acrescentamos; pois a lei não distingue) requerer as diligencias enumeradas no art. 21 da nossa lei; aquella, ainda mesmo que se tracte de acção entre nacionaes, ou entre estrangeiros (ou entre *estrangeiros e nacionaes*) residentes no Brazil ou fóra delle.» Todos os *entre-parenthesis* são nossos.

(9) Vid. a mesma Ord. Liv. III, Tit. XX § 6, *in fine*.

(10) Lei de 29 de Novembro de 1832, Tit. unico, art. 10: «*Ficam abolidos* os juramentos de calumnia, que se dão no principio das causas ordinarias e nas summarias, ou no curso dellas, a requerimento das partes, *assim como a fiança ás custas*, ficando o autor vencido obrigado a pagar da cadêa, quando o não fizer vinte e quatro horas depois de requerido por ellas.»

de 1850 restabeleceu em parte a doutrina da Ordenação. Restringio a instituição da fiança ás custas «ás demandas propostas por quaesquer autores nacionaes ou estrangeiros, *residentes fóra do Imperio ou que delle se ausentarem, durante a lide.* . . »

Esta redacção, que textualmente reproduzimos, dá lugar, por defeituosa, a varias questões referentes ás pessoas obrigadas á prestação da fiança ás custas.

Assim:

1.^a As expressões «residentes fóra do Imperio etc.»,—referem-se sómente aos autores estrangeiros, ou tambem aos nacionaes? O autor nacional, residente fóra do Brazil ou que delle se tenha ausentado, etc.—é, do mesmo modo que o estrangeiro, obrigado a prestar fiança ás custas?

2.^a Essa obrigação,—é extensiva aos autores nacionaes ou estrangeiros residentes no Brazil, mas que se tenham delle ausentado *antes* da lide?

3.^a —E quando o autor tem residencia fóra do Brazil, mas se acha presente no fôro do juizo, durante a lide?

4.^a Incumbe tambem ás pessôas *juridicas*, quando autoras, e em que condições, a fiança ás custas?

5.^a Estão sujeitas a ella os *menores*, os *interdictos* e as *pessoas miseraveis*?

6.^a A ausencia temporaria, sem animo de estabelecer residencia fóra do Brazil, sujeita o autôr á prestação de fiança ás custas?

7.^a Os autores, nacionaes ou estrangeiros, residentes em paiz estrangeiro, mas *proprietarios de bens de raiz no Brazil*,—estão na dependencia de darem fiança ás custas?

8.^a —E quando, nas mesmas condições, tem no Brazil estabelecimento commercial ou industrial e procurador idoneo com todos os poderes?

9.^a Ao réo-*reconvindo*, residente fóra do Brazil ou delle ausente, etc.,—póde o autor-*reconvinte* exigir a prestação de fiança ás custas?

10.^a O autor ausente do fóro da acção, mas residente n'outro Estado do Brazil,—é obrigado a dar fiança ás custas?

Para não alongar demasiadamente este trabalho, daremos, em poucas palavras, a nossa opinião a respeito de cada uma dessas questões juridicas:

I. As expressões do texto «residentes fóra do Imperio, ou que delle se ausentarem, etc.,» referem-se tanto a autores nacionaes como a estrangeiros.

Não sómente é esse o sentido mais natural resultante da letra da lei e até da pontuação do texto, como tambem se corrobora pelo elemento systematico do direito patrio.

Ao inverso da legislação de outros póvos, que nesse ponto se inspiraram em acanhados preconceitos de nativismo, não estabelece o direito civil patrio nenhuma distincção entre nacional e estrangeiro; e a este por nenhum modo cercêa o livre accesso dos tribunaes brasileiros. A mesma latitude no processo criminal.

E', portanto, destituída de procedencia juridica a primeira das duvidas acima formuladas.

II. O fundamento da exigencia de fiança ás custas aos autores residentes fóra do Brazil ou que delle se ausentarem durante a lide—rezulta, aparentemente, da posição precaria em que ficaria o réo, quando vencedor, para haver o pagamento das custas por elle desembolsadas.

Ora, essa difficuldade é a mesma quando o autor está ausente, quer se tenha ausentado *antes*, quer *durante* a lide.

Parece-nos, portanto, que a expressão do texto traduziria mais fielmente o pensamento do legislador se fosse empregado o verbo no preterito, e não no presente, do infinito; ou ainda com maior clareza e exactidão se, em vez de «ou delle se ausentarem etc», dissesse o texto «ou *ausentes* durante a lide».

E' esse, na verdade, o direito; essa tambem, deverá ser a jurisprudencia.

III. O art. 1.º da Disposição Provisoria equipara, quanto á prestação da fiança ás custas, o residente fóra do Brazil ao que delle se ausenta durante a lide.

D'ahi duas conclusões, baseadas, entretanto, em interpretações oppostas: querem uns que os autores residentes fóra do paiz, mas presentes durante a lide, —não sejam obrigados a dar fiança ás custas; querem outros que os que se ausentam temporariamente, mesmo durante a lide, sem intenção de fixarem residencia fóra do Brazil—não estejam subordinadas á exigencia da fiança ás custas.

Examinemos, por ora, a primeira questão.

Compartilhamos a opinião dos que pensam que os autores presentes durante a lide—não são obrigados a dar fiança ás custas.

Não sómente teem elles residencia, ainda que temporaria, no fôro da acção (e portanto, mesmo em face da letra da lei, estão excluidos da obrigação de dar fiança ás custas) como tambem não militam contra elles os fundamentos que legitimam essa instituição: a saber—a difficuldade da cobrança, como acontece em relação aos autores vencidos, ausentes do paiz.

Assim, tanto pelo espirito como pela letra da lei, não estão elles subordinados á contingencia da prestação da fiança ás custas.

Em sentido opposto opinou, em razões forenses, o abalisado SR. CONSELHEIRO LAFAYETTE (II) Não foi porém, o jurisconsulto que assim doutrinou; foi o advogado, pleiteando no interesse da causa.

IV. Se o autor é uma pessôa juridica, incumbelhe do mesmo modo, sendo requerido pelo réo, dar fiança ás custas?

Não distinguem as nossas leis, nesta materia, entre pessôas naturaes e pessôas juridicas. A estas, portanto, bem verificados os principios doutrinarios sobre o mandato, a representação e a propositura, são perfeitamente applicaveis as mesmas prescripções juridicas que regem os direitos e as obrigações das pessôas naturaes acerca da prestação da fiança ás custas.

Quanto ás normas reguladoras da residencia, presença ou ausencia das pessôas juridicas,—derivam, alem dos principios aos quaes acabamos de nos referir, da

(II) E' esta, a engenhosa argumentação do provector civilista:

«A disposição do novissimo Regulamento de custas, que abolio a prisão por custas, importou virtualmente a restauração do antigo direito, que obrigava todo Autor a prestar fiança pelas custas.

O art. 10 da Disposição Provisoria substituiu a fiança pela prisão, por entender que a prisão era uma medida mais efficaz e mais simples.

O Regulamento de custas abole a prisão, derogando nesta parte a Disp. Prov. E, derogada a Disp. Prov. nesta parte, renasce o antigo direito, que a Disp. Prov. por seu turno derogára.

«*Si une loi qui en a abrogé une autre, est elle-même abrogée, la première est remise en vigueur, sans qu'il soit besoin de le dire en termes précis.*» ALEX. LAVA, *Droit Anglais*, Introd. pag. 64.»

Essa argumentação foi deduzida em minuta de agravo dada á publicidade no *Direito*, vol. VII, pag. 484.

Foi-lhe adversa a sentença da Relação do Rio, como consta do Accordam de 30 de Abril de 1875, (*Direito*, vol. cit. pag. 486):

«Accordam em Relação, etc. Negam provimento ao agravo, por tractar-se nestes autos de autor presente, a quem por isso não é applicavel o Decr. n. 564 de 10 de Junho de 1850, que só diz respeito aos autores ausentes do Imperio. E assim decidindo, condemnam o aggravante nas custas.»

determinação da sua séde. Esta consta geralmente dos seus estatutos, leis organicas, contractos sociaes, registros administrativos, etc.; ou resulta da evidencia dos factos.

Em relação ás pessoas juridicas, como ás naturaes, pode occorrer que tenham mais de um domicilio, e bem assim que sejam legalmente representadas de modo permanente e para todos os effeitos juridicos—em mais de um lugar,—no paiz e no estrangeiro.

Em taes condições, obvio se torna que, n'um e n'outro fôro, a pessoa juridica, quando é autora n'um feito, não se pode considerar na contingencia de dar fiança ás custas do processo.

V. As pessoas miseraveis, por direito assim qualificadas, não são adstrictas a prestarem essa fiança, uma vez que justifiquem perante o juiz da causa a impossibilidade de o fazerem, pela sua pobreza.

São expressões essas textuaes do art. 2.º, parte final do cit. Decr. n.º 564 de 10 de Julho de 1850.

Ao passo que applaude essa equitativa excepção, posteriormente consagrada no direito patrio, parece Lobão exigir, para que ella prevaleça, que o auctor demonstre, alem da sua impossibilidade de prestar a fiança,—que a sua causa é justa (12). O direito vigente, porem, omitte essa extranha prescripção; e com muito criterio: pois importaria o intempestivo prejudicamento da acção, apenas iniciada.

Não são, comtudo, equiparaveis, para o fim que nos occupa, ás pessoas miseraveis —os menores e os interdictos.

Se, portanto, estes, legalmente representados por seus pais, tutores ou curadores, ou, conforme o caso,

(12) LOBÃO, *Dissert.*, diss. III, § 9.

na forma determinada pelos principios do direito internacional privado, se apresentarem, na qualidade de autores, na scena do nosso fôro, sendo residentes em paiz estrangeiro:—não se poderão esquivar de dar fiança ás custas.

Occorre-nos, todavia, a seguinte hypothese: Um menor brasileiro tem residencia temporaria em paiz estrangeiro. Imagine-se que segue um curso scientifico, litterario ou artistico, por exemplo. O seu pai ou o seu tutor, porem, reside e está no Brazil. Para que este, em nome do filho ou do pupillo, seja admittido a pleitear, como autor, em juizo:—terá de prestar fiança ás custas?

Posto que, na hypothese, o pai ou o tutor não seja mais que o representante legal da pessoa do menor, que é o unico e verdadeiro autor no feito, é certo comtudo que ao menor fallece capacidade para o *exercicio* dos seus direitos civis, embora com capacidade de *direitos*. Aquella se acha desmembrada da sua pessoa e pertence por lei ao seu pai ou ao seu tutor. Consequentemente, para os fins processuaes (e a fiança ás custas é instituição de direito formal, processual) a presença ou ausencia a attender-se—é a do pai ou a do tutor. E' elle o titular da capacidade de exercicio do menor, deste desmembrada pela lei.

Assim tambem quanto ao demente em relação ao curador, que lhe representa a pessoa na scena juridica.

Por isso, na hypothese figurada, e nesta que lhe additamos, se o menor ou o desasisado reside em paiz estrangeiro ou está ausente do Brazil, mas presente o seu pai, tutor ou curador, que no interesse delle propõe uma acção em juizo: não póde o réo exigir a prestação da fiança ás custas.

Outra, comtudo, será a solução, se o interdicto for um prodigo, ou se se tractar de menores puberes ou de filhos familias maiores. Esses não são totalmente privados de capacidade para o exercicio dos seus direitos e acções, tanto que a lei exige, em muitos casos, a citação pessoal delles nos processos em que são interessados.

VI. A ausencia temporaria, sem animo de estabelecer residencia fóra do Brazil, sujeita o autor á obrigação de dar fiança ás custas?

Nenhum texto das nossas leis faz distincção, para o effeito de que tractamos, entre ausencia temporaria ou perpetua, breve ou prolongada; referem-se todos os textos unicamente á—ausencia do Brazil.

Parece, portanto, que a resposta affirmativa impõe-se como a solução juridica da questão.

E, salvo melhor juizo, assim opinamos.

Entretanto, em sentido contrario foi decidido por accordam da Relação do Rio, de 20 de Dezembro de 1875 (13).

(13) *Direito*, vol. IX, pag. 247, *ibi*: «Accordam em Relação, etc. Dão provimento ao presente agravo para mandar que o Juiz *a quo*—reformando o seu despacho de que se aggravou, indefira a cota de fls. 17 v.; porquanto, estando provado, pelo annuncio do *Jornal*, á fls. 24, que o aggravante retirou-se temporariamente do Imperio, deixando procurador constituido, e outrosim que possui bens de raiz, como consta do documento de fls. 21, não tem lugar a prestação da fiança ás custas. Rio de Janeiro, 20 de Dezembro de 1875.—*Travassos*, Presidente.—*Camara*.—*Gonçalves Campos*, vencido.»

A resposta do Juiz *a quo*, perfeitamente juridica, havia sido a seguinte: «Parece-me que nenhum agravo se fez com o despacho a fls. 25, pois foi proferido de conformidade com a lei, que é tão clara e positiva, que não admite interpretação em contrario, segundo pretende o aggravante.

O autor requerido, estando fóra do Imperio, e não sendo pessoa miseravel, é obrigado a prestar fiança ás custas (Decr. n. 564 de 10 de Junho de 1850, arts. 1 e 2).

Ora, o autor nem é pessoa miseravel, nem se acha no Imperio, donde se ausentou durante a lide, embora, como disse, com animo de regressar, o que exuberantemente demonstra o referido despacho aggravado.

Vossa Magestade fará a costumada justiça.

Rio, 28 de Outubro de 1875.—*Julio Accioli de Brito*.»

VII. Os autores, nacionaes ou estrangeiros, residentes fóra do paiz e d'elle ausentes, mas proprietarios de bens de raiz no Brazil—estão na dependencia de darem fiança ás custas?

Em direito constituendo poderia ser, quicá vantajosamente, sustentada a resposta negativa a essa questão. O direito constituído, porem, impõe a solução negativa: taes são os termos explicitos, cathgoricos, do art. 1.º cit. do Decreto n.º 564 de 1850.

VIII. E quando, nas mesmas condições, tem o autor estabelecimento commercial no Brazil?

Analogos são os fundamentos e a mesma é a conclusão nesta hypothese, *mutatis mutandis* identica á precedente.

Esta doutrina é, aliás, confirmada pela jurisprudencia (14).

IX. Ao réo *reconvinte*, residente fóra do Brazil ou que d'elle se ausentar durante a lide—pode o *autor reconvindo*—exigir a prestação de fiança ás custas?

A questão é interessante; porque pareceria, se resolvida affirmativamente, estabelecer uma excepção ao principio—que sómente do autor, não do réo, se póde reclamar a fiança ás custas.

(14) *Direito*, vol. XX, pag. 716. Nessa excellente revista, o resumo da doutrina do aresto ao qual alludimos, a restringe inadvertidamente ao autor *estrangeiro*, á medida que o julgado, com muito criterio, se refere ao *ausente* no Brazil; refere-se, portanto, ao estrangeiro e ao *nacional*.

Eis o teor desse Accordam, laconico mas expressivo:

«Accordam em relação, etc. Feitos o sorteio e relatorio do estylo, dão provimento ao agravo interposto á fls. ; porquanto aggravado foi o agravante no despacho de fls. dispensando o aggravado autor, residente em paiz estrangeiro, da fiança ás custas em acção de dez dias que propoz, contra a disposição do art. 1.º do Decr. de 10 de Julho de 1850, que é muito clara, e não supporta interpretação.»

E mandam, portanto, que o juiz *a quo* sujeite o autor aggravado á prestação da fiança ás custas, nos termos da lei citada.

E pague o aggravado as custas.

Rio, 21 de Outubro de 1879.—*Tavares Bastos*, Presidente.—*Magalhães Castro*.—*J. B. Gonçalves Campos*.—*P. Teixeira*.»

Encarando-a á luz dos principios geraes de direito: inclinamo-nos — pela affirmativa.

Na reconvenção invertem-se, com effeito, os papeis entre as partes litigantes. Torna-se réo o autor, e vice-versa.

Nada mais justo, conseguintemente, do que subordinarem-se á mesma lei pessoas collocadas na mesma situação juridica.

Nem obsta a essa doutrina, ao contrario a corrobora, a disposição litteral do art. 1.º do Decr. n.º 564 de 1850, séde e fonte desta materia; pois, na verdade, a reconvenção — é *uma demanda proposta pelo réo, que assume a posição de autor*. Ora, se elle é residente fóra do Brazil ou se se ausentar durante a lide: incidirá necessariamente na expressa disposição daquelle texto.

X. O autor que fôr residente n'outro Estado do Brazil ou para elle se ausentar durante a lide — é obrigado, sendo requerido, a dar fiança ás custas do processo?

Não nos parece applicavel ao caso a maxima juridica «onde a mesma razão, a mesma disposição.»

A ampliação da instituição da fiança ás custas aos autores residentes fóra do Estado ou ausentes do Estado, mas no Brazil, — seria mais do que uma interpretação ampliativa, seria uma exorbitancia do interprete.

Em primeiro logar — não é licito affirmar-se com segurança que concorram em ambos os casos — as mesmas razões; sem embargo de se poder enxergar, até certo ponto, alguma analogia entre uma e outra hypothese.

Além disso, — *in claris cessat interpretatio*. A lei não se refere a autores residentes fóra do Estado ou da provincia; mas — fóra do Brazil. Assim, tambem,

quanto á ausencia—para fóra do *Imperio*, e não—da *provincia*, ou da *comarca*.

Como, pois, por méra inducção, sem lei alguma expressa, restringir-se um direito importante, o de livre accesso dos tribunaes, impondo-se aos autores, residentes no Brazil e nelle presentes, uma obrigação vexatoria e onerosa !?

Além dessas questões què ahi ficam, muitas outras certo podem surgir, reclamando solução juridica.

Creemos, porém, que com a criteriosa applicação dos principios que havemos formulado, poderão ser todas facilmente resolvidas.

IV

A fiança ás custas é instituição de processo civil, ampliada ao commercial.

Essa proposição, em sua ultima parte, acha-se expressamente comprovada pelo art. 736 do Regul. n. 737 de 1850. (15)

Quanto á primeira parte, a sua confirmação resulta não menos vigorosamente de todo o conjuncto da legislação e jurisprudencia patrias sobre a fiança ás custas.

Assim, a Ord. do Liv. III, Tit. XX, que, em seu § 6, tracta dessa especie juridica, inscreve-se: «*Da ordem do juizo nos FEITOS CIVEIS.*»

Tambem a Lei de 29 de Novembro de 1832, (Codigo do Processo) que havia abolido essa instituição em relação ao *autor vencido* (expressões que não se coadunam com o systema do processo criminal),

(15) Effectivamente, assim dispõe esse texto: «A Resolução n. 564 de 10 de Julho de 1850, sobre fiança ás custas é *extensiva ás causas commerciaes.*»

tracta desse assumpto no art. 10 do Titulo Unico, que tem por epigraphe: «*Disposição Provisoria acerca da administração da JUSTIÇA CIVIL.*»

A Resolução Legislativa n. 564 de 1850 proporciona argumentos para a mesma conclusão nas seguintes palavras do seu texto: «*justiça civil*», «*demandas*, propostas por quaesquer autores», «*durante a lide*», «*serão os réos absolvidos da instancia*», «*recurso de agravo*», etc.

O Decr. n. 3.084 de 5 de Novembro de 1898, que consolidou as leis referentes á Justiça Federal, tracta da fiança ás custas no art. 12 da *Parte Terceira*, que tem por titulo «*Processo Civil*», e nesse texto reproduz as expressões, que acabamos de assinalar, da Resolução n. 564 de 1850, a saber: «*durante a lide*» e «*absolvidos da instancia*»—expressões extranhas á technologia do processo criminal.

Com a doutrina que temos exposto conforma-se o Aviso n. 148 de 11 de Junho de 1855, que inclúe entre os casos de agravo—os de que tracta a Resolução de 10 de Julho de 1850, «*sendo que o art. 669 do Regul. n. 737 tambem os não comprehendia, mas sempre se subentenderam por virtude das leis especiaes que os crearam.*»

Todos os praxistas patrios antigos e modernos dão a fiança ás custas como instituição peculiar ao processo civil. SILVA, apenas, (*Ad Ord.* Liv. III, Tit. XX § 6.º *ibi* n. 41) a amplia «*tam in civilibus, quam in criminalibus.*» Tem elle, provavelmente, em vista para assim opinar, a *Ord.* do Liv. V, Tit. CXVII §§ 6 e 7, já acima citados.

E' o que *optimé* explica outro reinicola, Ferreira, *Prat. Crim.* Tom. II, Cap. II, ns. 4 e 8, commentando a citada Ordenação.

Grande numero de decisões dos tribunaes teem uniformemente declarado exigivel a prestação da fiança ás custas em causas civis e commerciaes, quando ausente do paiz o autor; e jamais em causas criminaes.

V

Como vimos, exigia o antigo direito portuguez tambem nos feitos crimes, em certos casos, a prestação da fiança ás custas do processo e não sómente ás custas, mas egualmente «á toda a perda e damno, emenda e satisfação.» (16)

Essa instituição, porém, não passou para o nosso processo criminal moderno, nem se acha reproduzida em qualquer texto do código do processo ou das leis e regulamentos posteriores sobre a instrucção criminal. Deve, porisso, considerar-se revogada, como revogada a materia do Liv. V das Ordenações do Reino. (17)

O Aviso n. 339 de 29 de Novembro de 1835 expressamente dispõe que a fiança ás custas «em caso algum se exige *nas causas criminaes.*»

Outro Aviso posterior, o de n. 243 de 6 de Outubro de 1851 corrobora a mesma doutrina. Argumentos deduzidos das expressões nelle empregadas «quando *as demandas são propostas*», «*autores residentes, etc., ou d'elle se ausentarem durante a lide*», «*absolvição da instancia do juizo*» e, finalmente «*recurso de agravo*»: expressões essas referentes, no texto, ao processo da fiança ás custas e que, como é patente, são incompativeis com a indole e destoantes da tecnologia do processo criminal.

Ainda outro Aviso, tão recommendavel pela segura doutrina em que se basea como pela autoridade

(16) Ord. Cit. Liv. V, Tit. CXVII §§ 6 e 7.

(17) C. MENDES, *Cod. Phil.*, not. 1.^a ao Liv. V, Tit. I.

scientifico do illustre ministro que o subscreve, o de 20 de Dezembro de 1878, firma o principio juridico —que a fiança ás custas «não póde ser exigida *sem lei expressa* que a determine».

Ora nesse caso, dada a inexistencia de qualquer lei patria nesse sentido, como por analogia, por indução, restringir-se o direito ao livre accesso dos tribunaes? A exigencia da prestação de fiança para estar em juizo constitue, com effeito, uma excepção a esse principio geral e altamente civilizador que ennobrece a jurisprudencia patria. As suas derogações, por consequente, estabelecendo relações de direito anomalo —devem ser expressas.

Voltamos, pois, á mesma conclusão: não existe no processo criminal patrio a obrigação para os autores de prestarem fiança ás custas da acção, embora iniciada por queixa ou por denuncia, e movida pela parte offendida.

Ainda um argumento baseado em texto legal:

O art. 3.º do Protocollo de encerramento do Tractado de Paris de 20 de Março de 1883, promulgado no Brazil pelo Decr. n. 9.233 de 28 de Junho de 1884, resalva apenas as exigencias da *legislação* processual de cada uma das partes contractantes, quanto á obrigação de reciprocidade de garantias á propriedade industrial dos nacionaes de cada um dos Estados signatarios daquela Convenção.

Esse compromisso diplomatico põe a salvo, ao menos os industriaes estrangeiros, ou parte delles, de exigencias não expressas na legislação patria, que pretendam legitimar-se por interpretações ampliativas, no intuito real de constituir direito novo.

Nessas condições se acharia a instituição da fiança ás custas, quando tentassem applical-a ás acções crimes por violação da propriedade industrial estrangeira.

Na conformidade da doutrina que levamos exposta, a saber—a inapplicabilidade da fiança ás custas no fôro criminal, opina a corrente dos jurisconsultos patrios. (18)

No fôro civil e no commercial, pleiteam-se geralmente interesses de ordem privada; no fôro crime, porém, sempre os de ordem publica.

E' concebivel, por isso, que o legislador conceda ao offendido, que é um auxiliar da justiça publica, o livre accesso dos tribunaes,

Além disso, como acima dissemos, um direito não se restringe por um argumento geral ou por analogia. Ora, o livre accesso dos tribunaes, no fôro crime, é—um direito—reconhecido pela legislação patria ao offendido pelo delicto. (19) Logo, não é licito fazer-se dependente de exigencias não prescriptas na legislação criminal (20)—o exercicio desse *direito*.

Nem se pôde deduzir em contrario qualquer argumento—da possibilidade de ficarem sem pagamento custas judiciais, não prestada a fiança pelos autores residentes fóra do paiz.

Seria destituida de alcance juridico tal objecção; pois a mesma possibilidade se dá nos casos de denuncia e nos processos instaurados *ex-officio*. E nem assim se exige prestação de fiança pelos denunciantes, ministerio publico, pessoas miseraveis, etc.

O meio coercitivo para a effectividade da prestação da fiança ás custas pelo autor é, no civil, a ab-

(18) C. MENDES, *Cod. Phil.*, not. 5.^o á Ord. Liv. III, Tit. XX § 6; P. BUENO, *Proc. Crim.* n. 145; P. PESSÔA, not. 84 á *Disp. Prov.*; MACEDO SOARES, *Direito*, vol. XLVII, pags. 161 a 164; LAFAYETTE, *Direito*, vol. XLVIII, pag. 184.

(19) *Cod. Pen.*, art. 407; RAMALHO, *Proc. Crim.*, §§ 91, 100 e segs.; P. BUENO, *Proc. Crim.*, n. 103.

(20) *Cod. do Proc. Crim.*, art. 72.

solvição da instancia para o réo. Ora, essa absolvição não é permittida no processo criminal; e carece o juiz de arbitrio para substituil-a por outra sancção, que seria abusiva, e para paralyzar a marcha do feito.

Logo, além de illegal, é inexequivel a exigencia de fiança ás custas nos processos crimes, desde que se recuse o autor a prestal-a.

Além do que havemos exposto, a propria indole da instituição da fiança ás custas a exclúe do fôro criminal.

Essa mesma exclusão é ainda, e finalmente, corroborada pelo direito processual, firmado na lei e na praxe; pois que dos despachos determinando ou dispensando a fiança ás custas, ou absolvendo o réo da instancia, concedem o recurso de agravo. (21) Ora, salvo a hypothese unica do artigo 17 § 1.º da Lei de 20 de Setembro de 1871, não existe no nosso processo criminal o recurso de agravo, de qualquer natureza que seja. (22) Não restaria, portanto, remedio algum de que se pudesse valer a parte offendida por decisões arbitrarías do juiz criminal sobre a materia da fiança ás custas; tanto mais quanto os outros recursos de direito (recurso, appellação, recurso extraordinario, revisão e até *habeas-corpus*) cabiveis no fôro criminal,—não comportam os diversos casos referentes á fiança ás custas. (23)

E assim, pela doutrina que temos combatido, a prevalecer nos processos criminaes a instituição que

(21) Ord. Liv. III Tit. XX, § 6.º; Resol. cit. n. 564 de 10 de Julho de 1850, art. 2.º *in fine*; Av. n. 148 de 11 de Junho de 1835.

(22) Cod. do Proc. Crim., art. 292; RAMALHO, *Proc. Crim.*, n. 312; P. BUENO, *Proc. Crim.*, n. 312; AQUINO E CASTRO, *Prat. das Corr.* pag. 78 e segs.; PEDRO F VIANNA, *Consol. do Proc. Crim.*, art. 966; ARARIPE, *Consol. do Proc. Crim.*, art. 605; P. PESSÔA, *Proc. Crim.* Iud. alph. verb. «agravo.»

(23) Lei de 3 de Dezembro de 1841, art. 69 e segs.; Regul n. 120 de 31 de Janeiro de 1842, arts. 438 e segs.

nos occupa, ficariam o autor e o réo na contingencia de appellarem de Philippe a Philippe, a saber—em posição absolutamente precaria, indefesos contra a vontade discrecionista do juiz, os seus desacertos ou, quiçá mesmo, a sua prepotencia.

VI

Póde ser a prestação da fiança ás custas requerida em *qualquer phase do processo*, (24) sempre que para a sua exigibilidade concorram os requisitos legais, a saber, nos termos que ja ficaram expostos, a ausencia do autor, ou a sua residencia, em paiz estrangeiro.

Póde ser, igualmente, requerida na primeira ou na segunda instancia.

Para esse fim deve ser feito, pelo réo, requerimento oral em audiencia, sendo o dito requerimento tomado por escripto pelo escrivão, segundo a praxe, no protocollo das audiencias, e passado para os autos do processo.

Tal é a disposição expressa da Ord. Liv. III, Tit. XX § 6, que está em vigor nessa parte, não tendo sido alterada, quanto a esse processo, por qualquer lei ou regulamento posterior. (25)

Não póde, pois, ser feito esse requerimento por petição escripta endereçada ao juiz do processo? Evidentemente não, uma vez que, em termos tão claros, tão explicitos prescreve diversamente a Ordenação, empregando, aliás, quanto ao modo pelo qual deve ser feito o requerimento, uma formula de caracter

(24) Ord. Liv. III, Tit. XX, § 6, *ibi*: «E sendo requerido pelo réo que o autor dê fiança ás custas, será obrigado a dal-a em *qualquer tempo*, que lhe fór pedida, etc.»

(25) Ord. cit. «... o qual requerimento *se fará* por palavra na audiencia, e se escreverá no processo, etc.» «*Se fará*»—formula imperativa.

imperativo. A preterição desta importaria, portanto, dupla nullidade para o acto: já por se tractar de preceitos constitutivos de fórma ou condições essenciaes dos actos; já porque tal é a consequencia juridica da infracção de prescripções legaes imperativas. (26)

A fiança ás custas deve ser summariamente processada e prestada nos proprios autos da acção.

Se, entretanto, surge qualquer incidente de natureza a obstar o curso regular do feito, deve o juiz ordenar que se processe á parte, em autos separados, a fiança requerida, a fim de que, em caso algum, venha a paralyzar-se o seguimento natural da acção; o que seria contrario ao texto expresso da citada Ord. do Liv. III, Tit. XX, § 6, *ibi*: « sem por isso o feito se retardar, nem se perder termo algum, etc.»

Nesta hypothese, terminado, por qualquer solução, o processo da fiança ás custas, serão os autos respectivos appensados aos da acção.

E' essa a praxe intelligente que se observa no fôro do Juizo Federal de S. Paulo, a unica, em nosso conceito, que, dada a hypothese da occurrencia de incidentes protellatorios, se harmonisa com o texto da Ordenação, acima reproduzido.

VII

A prestação da fiança ás custas interessa ao réo; a este compete requerel-a.

Como vimos, tem por fim essa instituição, assegurar ao réo vencedor o reembolso pelo autor decahido da acção—das custas judicarias que tenha

(26) P. BUENO, *Apont. sobre as form. do proc. civ.*, n. 3; M. GARCEZ, *Null. dos act. jur.*, § 5.

desembolsado na defeza do seu direito, por culpa ou, pelo menos, por iniciativa do autor.

Na mesma posição do réo se acha o auctor-reconvinte, em relação ao réo-reconvindo; por isso que, como dissemos, na reconvenção inverte-se a situação jurídica das partes litigantes.

Esse assumpto, porém, já foi por nós anteriormente elucidado; não insistiremos, por isso, sobre elle. Tanto mais, que outro ponto importante nos chama agora a attenção.

Não é o réo a unica pessoa interessada no pagamento de custas judiciaes em processo movido por autor ausente do paiz, ou residente em paiz estrangeiro. Tambem o pessoal do juizo tem o mesmo interesse; tambem elle póde ser credor de custas a autor ausente, de quem difficilmente receberia o pagamento. Devem o juiz, o escrivão, os officiaes, os procuradores, os peritos, os avaliadores, etc., ficar desamparados pela lei, ao passo que, parallelamente, se offerecem garantias efficazes ao réo, para o pagamento das custas que forem devidas? Como se justificaria tal desigualdade? E' menos respeitavel, menos legitimo, menos sagrado, o direito daquelles que o deste?!

Vejamos.

Poderíamos primeiramente responder, sem nos preocuparmos em justificar a lei, que, bôa ou má, acertada ou arbitraria,— é lei. Assim é. Esse o direito positivo, a saber— a competencia exclusiva do réo para requerer a prestação da fiança ás custas pelo autor. Tal é, como temos visto, a expressa disposição da Ord. Liv. III, Tit. XX, § 6 e da Resol. n. 564 de 10 de Julho de 1850; disposições essas que teem força extrinseca, portanto,— independente dos fundamentos juridicos ou não juridicos que nellas pretenda o interprete devisar.

Não ha, todavia, iniquidade nessa differença de posições, em relação á faculdade de requerer a garantia da fiança ás custas, entre as partes litigantes e o pessoal do juizo, inclusive os auxiliares da justiça.

A' medida que aquellas, o réo principalmente, ficariam em precaria posição, se na contingencia de reclamar o pagamento de custas desembolsadas no correr do processo—ao autor decahido da acção e condemnado ao pagamento dellas, mas ausente e em paiz estrangeiro; o mesmo não se dá quanto ao pessoal do juizo, ou, se isso se der—será por culpa propria.

Na verdade, salvo excepções que a lei enumera, (27) os salarios taxados para os serviços forenses devem ser pagos «logo depois de concluidos os actos respectivos.» Tal é a disposição do art. 201 § 1.º do Regimento de Custas de 1874, hoje alterado em diversos pontos pelas legislações dos Estados; mas geralmente reproduzido nesta parte.

Assim, sendo cobraveis *in continenti* as custas judiciaes devidas ao pessoal forense, e até, em certas hypotheses, com antecipação, (28) nestes casos, a difficuldade de se haver o pagamento não é a mesma que existiria, como existe, em relação ao réo vencedor no feito, se sómente depois da sentença final podessem as custas ser cobradas. Se não está presente o autor, está presente o seu procurador que reclama os actos e serviços judiciaes e tem de pagar os respectivos salarios, se quer que prosiga o processo.

Cumpre observar que não se tracta, na presente hypothese, de feitos criminaes, nos quaes não é licito aos officiaes do juizo demorarem, por causa do não

(27) Decr. n. 5.737 de 2 de Setembro de 1874, art. 201 § 3.

(28) Decr. cit. art. 203 seg. part.

pagamento de custas, a acção da justiça, (29) nem mesmo pela falta de pagamento de sello e preparo; (30) mas de processos civeis, nos quaes «podem os Tabeliães e Escrivães e outros officiaes judiciaes demorar, por falta de pagamento de custas, a expedição dos autos, termos e traslados, salvo a excepção do art. 201 § 3 do Dec. de 2 de Setembro de 1874. Essa conclusão se confirma, já pela combinação do art. 199 com os arts. 201 e 204 do mesmo Decreto, já por argumento do que se acha disposto em favor dos juizes no art. 203 seg. part., do mesmo regimento.» (31)

Ordenada a prestação da fiança ás custas, a quem compete fixar-lhe o *quantum*?

A medida da responsabilidade do fiador, consequente da prestação da fiança ás custas, não deve exceder nem ficar aquem da importancia provavel dessas custas. Tractando-se de despesas futuras, correspondentes a serviços ainda não prestados, a actos, alguns dos quaes de existencia eventual, como os diversos incidentes que num feito podem surgir: certo a quem quer que seja faltará base segura para exacta previsão.

Não se tracta, porém, de saber qual deva ser a importancia da fiança; mas quem é competente para arbitral-a.

Da sua fixação por excessiva ou insufficiente— não cabe recurso á parte que se considere prejudicada: porque nem a lei, (32) nem os commentadores

(29) Decr. cit. art. 199; Cod. Pen. art. 207, n. 5.º

(30) Av. de 27 de Fevereiro de 1849

(31) Av. de 11 de Fevereiro de 1875, expedido apoz audiencia do Procurador da Corôa, pelo eximio jurisconsulto, então ministro da Justiça, Snr. Conselheiro Duarte de Azevedo.

(32) Tanto a cit. Ord. Liv. III, Tit. XX, § 6 *in fine*, como a Resol. n. 564 de 1850, art. 2.º dão recurso, e de agravo, sómente das decisões do juiz sobre a prestação ou não prestação da fiança; e não sobre o quantum da mesma.

della tem cogitado, por subentenderem que essa fiança é pessoal, e não real, e deve ser illimitada na quantia, limitada apenas no seu objecto. Queremos com isso, dizer—que a responsabilidade do fiador deve comprehender o pagamento integral das custas, sem se determinar préviamente uma quantia certa.

Apezar da opinião que enunciamos e que rezulta da licção dos praticos, temos testemunhado no fôro desta cidade praxe diversa, ora arbitrando o proprio juiz o valôr da fiança, ora ordenando ao contador que proceda ao respectivo arbitramento, que o juiz homologa, pelo calculo das despezas provaveis ou pela importancia da causa.

Mesmo em feitos em que temos tido intervenção —assim se tem praticado sem protesto nosso.

Isso, em vista de circumstancias que, em nosso conceito, legitimavam como solução equitativa e não contraria ás normas geraes do direito—aquella pratica; quando, por exemplo, eram offerecidas para fiadores—sociedades commerciaes ou instituições bancarias. E' muito justo, em casos taes, é mesmo da indole dessas pessoas juridicas, que se limitem todas as responsabilidades que ellas venham a assumir. Dá-se, então, arbitramento da importancia das custas, para por elle se limitar a responsabilidade do fiador.

VIII

A fiança ás custas é pessoal ou real?

A *fiança* é uma especie, do genero *caução*; é a *caução fidejussoria*; portanto, pela sua propria natureza —sempre pessoal. (33) Presta-se—mediante fiador idoneo.

(33) PEREIRA E SOUZA, *Prim. Linh.*, (ed. T. DE FREITAS), §§ 191 e 192, e not. 399: «A *caução fidejussoria*, de que agora se tracta, é a que se chama—*fiança judicial*.» FERREIRA BORGES, *Dicc. Jur. Comm.*, v. «*Fiança*.»

Em rigor, as expressões «*fiança real*» não são correctas na technologia juridica, porque a cousa não é susceptivel de responsabilidade, nem de obrigação. Devemos considerar essa formula como uma abreviação de —fiança pessoal limitada ás forças de uma caução real, pignoraticia ou não.

E' muito commum, no commercio especialmente, reclamar o fiador pela exacta fixação do limite maximo da sua responsabilidade, resultante da prestação da fiança. E' esse um dos casos em que se procede a arbitramento do quantum da fiança e, concordando o requerente, póde ser acceita a caução real, sob qualquer das suas formas juridicas.

Noutro sentido, não ha fiança real; porque, quando alguém está obrigado a dar fiador «não se livra de tal obrigação nem jurando, *nem dando penhores*» (34).

A mesma prescripção acha-se expressa no direito francez, (35) e vem desenvolvida pela generalidade dos civilistas e commercialistas daquella nação. «Toute personne, diz Pelletier, qui est tenue de fournir une caution, doit en présenter une qui ait la capacité de contracter, qui ait un bien suffisant pour répondre de l'objet de l'obligation, et dont le domicile soit dans le ressort de la cour d'appel où elle doit être donnée». (36)

O fiador deve ser *idoneo*, dissemos nós. Effectivamente, «vale o mesmo não dar fiador, como não dal-o idoneo.» (37)

A idoneidade, para o fim que temos em vista no presente estudo, consiste:

a) na capacidade civil;

(34) PEREIRA E SOUZA, obr. cit. § 193.

(35) Cod. Nap. art. 2.018.

(36) PELLETIER, *Droit. Comm. et Industr.*, tom. I, pag. 577.

(37) T. DE FREITAS, *Ann. a PER. E SOUZA*, not. 402.

b) na propriedade de bens ou credito commercial sufficiente para o pagamento da quantia a que possam, normalmente, attingir as custas do processo; e

c) em não se achar o fiador n'alguma das categorias excluidas por direito.

Esta ultima condição exclue da aptidão para fiadores: I—as mulheres; II—os menores; III—os que não teem bens sufficientes, ou os teem onerados por dividas; IV—os que possuem bens fóra da jurisdicção do juiz da causa; V—os que são rixosos, ou de difficil accomodação.

Os requisitos legaes da idoneidade do fiador provam-se, quando contestados, por todos os meios admissiveis em direito. Se por testemunhas de abonação, ficarão estas adstrictas a supprirem as faltas do fiador, juntamente com o qual deverão assignar o termo de fiança.

E assim, esse abono constituirá um reforço á fiança (38); em consequencia da responsabilidade solidaria, mas subsidiaria, das testemunhas abonatorias (39).

Essa responsabilidade, porém, não se entende ás testemunhas que simplesmente depõem sobre a idoneidade do fiador.

(38) T. DE FREITAS, *Consol. das Leis Civ.*, art. 779 e not. 6.

(39) CARLOS DE CARVALHO, *Nov. Consol. das Leis Civ.*, art. 1.371;

(40) MORAES CARVALHO, *Prax. For.*, not. 212; T. DE FREITAS, *Ann.*

• PER. E SOUZA, not. 402. Contra—LOBÃO, *Seg. Linh.*, Cap. XIX, Not. 370 n. 2, *in fine*: «As testemunhas que em juizo juram ser idoneo o fiador, ficam sendo suas abonadoras, LIMA de Gabell., pag. 329 n. 121; MORAES, L. 6, C. 13, sub n. 66. Assim o vemos praticado, porque nas sentenças das relações para a execução das custas vêem copiados não só os termos das fianças, mas os nomes e depoimentos das testemunhas que juraram serem idoneos os fiadores; consequentemente, devem ter idoneidade estas testemunhas; e se a não tiverem, podem reprovar-se.»

MORAES CARVALHO, *Praxe Forense*, § 349, not. 212, impugna victoriosamente essa doutrina de LOBÃO, com as seguintes juridicas razões: «Não me posso conformar com a doutrina de ALMEIDA E SOUZA, *Segundas Linhas*,

A despeito do que havemos exposto (40) sobre o character pessoal da caução para o pagamento das custas, uma vez que se proponha o autor, ou o requerido, a prestar caução pignoratícia, mediante deposito judicial correspondente á quantia em que fossem arbitradas as custas, e não se opponha o réo a esse alvitre:—não vemos porque o não deva acceitar o juiz. Fôra, salvo a comparação, revelar-se mais realista que o rei, ou o réo, o primeiro interessado na efficacia da fiança por elle mesmo requerida (41).

IX

O processo para a prestação da fiança ás custas —não suspende nem paralyza a marcha do feito principal (42).

Como, porem, conciliar essa categorica disposição das Ordenações com a possibilidade da superveniencia de incidentes que possam embaraçar o regular andamento do processo?

Ainda que em materia de cauções se deva proceder summariamente (43), podem todavia, mesmo assim,

not. 370, emquanto diz que as testemunhas que juram ser idoneo o fiador ficam sendo suas abonadoras. Ninguém é responsavel, sem contrahir uma obrigação; nem as palavras podem conter o contrario do que significam. Se essa absurda doutrina prevalecesse, facil seria illudir os incautos, e até os espertos. Se a testemunha usa de dolo para que seja julgado idoneo um fiador, que o não é, então póde ser responsavel por esse dolo; mas nunca pelo simples facto de ser testemunha, se jurou em boa fé. Quando ella declara que abona, então toma sobre si uma obrigação que deva satisfazer.»

(41) Como dissemos no começo desta secção VIII, a fiança ás custas é uma caução fidejussoria; e esta se presta com fiadores e abonadores. MORAES CARVALHO, *Prax. For.*, §§ 346 e 347; LOBÃO, *Dissert.*, diss. III.

(42) Ord. cit. Liv. III, Tit. XX, § 6, *ibi*: «... Sem por isso o feito se retardar, nem se perder termo algum, etc.»

T. DE FREITAS, *Ann. a P. E SOUZA*, not. 406: «Por tal motivo, pois, não se deve suspender o processo da causa. Ainda que, de ordinario, exijam-se cauções antes da litis-contestação, não deixam de ter lugar em qualquer tempo, em qualquer estado do processo. .»

(43) PEREIRA E SOUZA, *Prim. Linh.*, § 176.

surgir os alludidos incidentes. Imagine-se, por exemplo, que seja contestada a idoneidade da pessoa proposta para fiador. Desse facto resultará talvez a necessidade de se provar, por documentos ou por depoimentos de testemunhas, a idoneidade impugnada. Imagine-se ainda que, por ocasião desses depoimentos, sejam recusadas as testemunhas, etc., etc.

Se em casos taes, por mais summario que seja o processo da caução, é elle escripto nos mesmos autos do feito principal: necessariamente terá de ser prejudicada a marcha regular da acção. E, em contrario do que prescreve o texto legal, terá o feito de se retardar, e se perderá algum termo.

Requerida em audiencia a fiança ás custas, na fórma determinada pela Ordenação, mandará o Juiz, se fôr caso para a prestação della, que o autor a dê idonea, dentro do prazo que lhe será assignado.

Poderá na mesma audiencia oralmente, ou dentro do prazo legal por qualquer forma juridica, offerecer o autor á approvação do juiz o seu fiador, o qual, approvado e sem impugnação da parte, assignará em cartorio o termo da fiança, que será junto aos autos.

Temos figurado o caso de não occorrer incidente algum de natureza a embaraçar o processo da prestação da fiança.

No caso contrario, porém, terá necessariamente de ordenar o juiz—que corra em autos separados o processo da caução requerida, extrahidas por copia ou traslado dos autos principaes as peças necessarias. Esses autos serão posteriormente appensos aos do feito principal.

Esta solução, ao passo que tem a vantagem de conciliar o expresso dispositivo da lei com a salutar amplitude que as nossas regras processuaes deixam ás partes

para a defeza do seu direito, em nada repugna com as melhores normas da jurisprudencia patria.

Passemos á segunda parte desta secção.

Quaes os effeitos da não prestação da fiança ás custas?

Assignado ao autor o prazo para dar a fiança requerida, se sem a superveniencia de excusas legaes, elle deixa de o fazer, e não obtem opportunamente a prorogação do prazo,—prescreve formalmente a Ordenação: «será condemnado nas custas, e o réo absoluto da instancia do juizo. . .»

Dessa absolvição da instancia concede, porém, a lei á parte que se considerar prejudicada, recurso de appellação ou de agravo, qual no caso couber (44).

Adverte o legislador das Ordenações que essa disposição «se cumprirá, posto que as partes tenham bens e sejam abonadas.»

Se a parte a quem, por ausente do paiz, foi assignado prazo para dar fiança ás custas, não n'ó fez,—mas regressou e está presente no fôro do juizo: *quid juris?*

Nenhuma difficuldade na solução deste caso:

Falta, nesta hypothese, um dos elementos que haviam legitimado a obrigação de dar fiança ás custas —a ausencia do autor. Essa necessidade, portanto, desaparece, e com ella, ao mesmo tempo, o fundamento da prescripção judicial, que deverá ser, por isso, revogada.

Não poderá, portanto, dada essa eventualidade, ser o réo absolvido da instancia.

(44) Ainda a cit. Ord. L. III, Tit. XX, § 6, no fim.

X

A quem compete, e quando, requerer o levantamento ou a effectividade da prestação da fiança ás custas?

O levantamento da fiança ás custas póde ser promovido por quem a tenha prestado, a saber pelo réo ou pelo fiador. E o pode ser, quando haja desaparecido o motivo que a determinou ou tenha cessado a sua razão de ser.

Particularisemos, para maior clareza:

Sem que nos seja possível enumerarmos casuisticamente todos os casos em que se possa com justiça requerer o levantamento da fiança prestada, occorrem-nos os seguintes: *a)* o da volta do autor ausente em paiz estrangeiro, ou o da sua mudança de domicilio para o Brazil; *b)* a terminação, por qualquer desenlace juridico, da acção, seja pela condemnação do réo, accôrdo amigavel, nullidade do processo etc. finalmente *c)* o facto do pagamento das custas.

A effectividade da fiança prestada, póde requerel-a o réo,—quando *a)* elle seja absolvido da acção, *b)* o autor tenha desistido da mesma, *c)* quando, por qualquer modo, o autor seja condemnado nas custas.

Embóra tenha sido observada, no juizo federal deste Estado, a pratica de se autorisar, no decurso da acção, a effectividade da fiança prestada, para se effectuar pagamento de custas judiciaes a escrivães e a peritos, reputamos irregularissimo esse acto, não sómente porque tal fiança é prestada á requerimento e no interesse do réo, e não do pessoal do juizo; como tambem porquê, uma vez que o autor dá fiador ás custas, não é elle obrigado, nem o seu fiador, a effectuar o pagamento dellas —antes que seja a isso condemnado: o que não é admissivel por despacho interlocutorio.

XI

Eis terminado o nosso trabalho.

Nelle aventámos diversas questões, mais ou menos controvertidas na jurisprudencia patria, e ás quaes procuramos dar as soluções que nos parecem as mais seguras em face dos textos da legislação ou, na falta de lei expressa, as mais procedentes á luz dos principios geraes do direito.

E' possível que, traçando as linhas que ahi ficam sobre assumpto a cujo respeito são bastante escassas as fontes do direito patrio, com isso prestemos algum serviço aos nossos collegas.

Não é outra a nossa ambição, dedicando a este modesto estudo algumas horas que nos sobraram de trabalhos do fôro, da imprensa e do congresso legislativo do Estado.

S. Paulo, 2 de Abril de 1903.

J. L. DE ALMEIDA NOGUEIRA.
