

SUGESTÕES DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO À COMISSÃO DE JURISTAS RESPONSÁVEL PELA ELABORAÇÃO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Primeira Parte

Considerações sobre as proposições apresentadas pela Comissão de Juristas ao Senado Federal.

I.- Processo de conhecimento

Pagamento e/ou depósito da multa cominada liminarmente desde o dia em que for assegurado o descumprimento (letra “d” das proposições temáticas, do documento encaminhado ao Senado).

Sugestão de que a multa seja exigível apenas a partir do trânsito em julgado, de acordo com entendimento hoje dominante.

JUSTIFICATIVA

Segundo JOSÉ FELIPE SPADONI¹ “a multa tem eficácia a partir do momento em que o cumprimento do comando judicial à qual se relaciona passa a ser devido. Em regra, este momento é o da intimação da medida liminar ou da sentença de procedência não submetida ao efeito suspensivo da apelação.”

Diferente, contudo, é o momento da exigibilidade. Embora sustentem alguns que ela pode ser cobrada a partir do fato gerador, diante de seu caráter processual, certo é que a relação de direito material acaba sendo influente para a cobrança da multa.

Isso porque sendo julgada improcedente a ação, não há sentido para subsistência da multa, já que a mesma não reverte ao Estado a exemplo da multa por descumprimento de decisão judicial (CPC, art. 14), e sim à parte. E haveria ilícito enriquecimento pela cobrança de

¹ *A multa na atuação das ordens judiciais*, in *Processo de Execução e Assuntos Afins*, Coords. SÉRGIO SHIMURA E TÊRESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, São Paulo, RT, 2001, vol. 2, p. 482

multa estipulada em razão de decisão exarada em cognição sumária posteriormente reformada por decisão definitiva; daí porque o trânsito em julgado é de rigor para a exigibilidade.

Esse é o entendimento de DINAMARCO², ao afirmar que “a exigibilidade dessas multas, havendo elas sido cominadas em sentença mandamental ou em decisão antecipatória da tutela específica (art. 461, § 3º) ocorrerá, sempre a partir do trânsito em julgado daquela – porque, antes, o próprio preceito pode ser reformado e, eliminada a condenação a fazer, não-fazer ou entregar, cessa também a cominação. Não seria legítimo impor ao vencido o efetivo desembolso do valor das multas enquanto ele, havendo recorrido, ainda pode ser eximido de cumprir a própria obrigação principal e, conseqüentemente, também de pagar pelo atraso.

De todo modo, conforme consta desta proposta, sendo parte a Fazenda Pública, descabida a imposição

Em caso de inversão do ônus da prova cuja parte seja beneficiária da justiça gratuita, o Estado deverá arcar com as despesas (letra “j”, do documento encaminhado ao Senado)

Proposta de que o Estado não arcará com as despesas diretamente, mas através de entidades oficiais do Estado

No processo movido entre particulares não tem cabimento o Estado vir a ser chamado somente para dar o aporte financeiro para a realização dos atos probatórios de interesse das partes.

De início, de se ressaltar a popularização dos benefícios da Assistência Judiciária, que vêm sendo concedidos indiscriminadamente, bastando somente o pedido e a mera declaração de insuficiência de recursos.

Em razão disso, grande parte dos processos tramitam com os benefícios da Assistência Judiciária, sendo que nem sempre a parte beneficiária poderia ser considerada *necessitada*, nos termos da definição da própria Lei 1.050, de 1951.

Descabido compelir-se o Estado a arcar com as despesas quando o mesmo dispõe de entidades que estão aptas a prestar os serviços

² *Instituições de direito processual civil*, v. IV. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 540-541.

necessários para a produção probatória de parte carente de recursos financeiros.

No Estado de São Paulo, cita como exemplo o IMESC – Instituto de Medicina Social e Criminologia, que tem realizado exames periciais da área médica a pedido de juízo, utilizando-se do seu corpo de servidores, o que é fator que auxilia na preservação do erário.

Em razão disso, a proposta é no sentido de que o Estado viabilizará a produção das provas através de suas entidades oficiais.

Incidência de multa similar à do atual artigo 475J nas hipóteses de sucumbência na impugnação ao cumprimento de sentença e nos embargos à execução (letra “m” do documento encaminhado ao Senado).

Sugestão de menção na redação do dispositivo da exclusão da Fazenda Pública

JUSTIFICATIVA

A execução contra a Fazenda Pública é diferenciada, tendo em vista a técnica do artigo 730 do CPC, desenhada pelo legislador em face do sistema constitucional de pagamentos de precatórios.

Com isso não se têm privilégio, mas adaptação formal, porque a Fazenda Pública goza de sistema próprio e não seria adequado, portanto, a aplicação de regra do cumprimento de sentença, em especial o comando executivo “pague em quinze dias sob pena de multa”, posto que não poderá ser intimada a dar cumprimento no referido prazo, mas de acordo com os cânones constitucionais e normas processuais³.

Não se aplica, portanto, o regime do cumprimento de sentença, anotando ATHOS GUSMÃO CARNEIRO⁴, que atuou na redação do anteprojeto que resultou na Lei 11.232/2005, que “as regras do artigo

³ HERMES ZANETTI JUNIOR E RODRIGO MAZZEI a respeito afirmam que “justifica-se a manutenção dos embargos à execução, sob o discurso da necessidade de proteção do patrimônio e do interesse público do Estado, quer dizer, interesse público secundário, na classificação de Renato Alessi, coincidente ou não com o interesse público primário, do povo” (*A Nova Execução*, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (Coord). Rio de Janeiro:Forense, 2006, p. 241).

⁴ *Cumprimento da Sentença Civil*. Rio de Janeiro:Forense, 2007, p. 112.

475-J do CPC não devem se estender às execuções contra a Fazenda Pública”.

Com isso, executada a Fazenda Pública, deverá embargar a execução (se o caso) e não apresentar impugnação, mantida a tradicional forma de defesa, vazada nos arts. 730 e 731, com os moldes do artigo 741, todos do CPC.

Ou isso, ou restaria sem explicação a opção do legislador, de subtrair à incidência da norma, a execução de sentença judicial contra a Fazenda Pública. Supõe-se que considerou a existência de regras constitucionais a respeito do sistema de pagamento da dívida pública e ainda ser o erário suficiente e apto a responder à satisfação do crédito, de modo que sendo a reforma teleologicamente voltada à maior efetividade da execução, no sentido de evitar a final insatisfação, dispensável a incidência de regras tais que visem assegurar, de algum modo, o pagamento do débito.⁵

Por isso, se subtraída da incidência da norma não será lógico a exigência de multa em sede de embargos a execução opostos pelo ente público, quando rejeitados.

A propósito da inaplicabilidade do art. 475-J à Fazenda Pública, vale mencionar a ementa de recente julgado do E. Tribunal de Justiça:

EMBARGOS À EXECUÇÃO – Multa do art. 475-J – Inadmissibilidade – Execução por quantia certa contra a Fazenda Pública – Procedimento diferenciado capitulado nos arts. 730 e 731 do CPC e regras pertinentes à sistemática de precatório (art. 100, CF). Sentença reformada para afastar a incidência de multa – Recurso provido.⁶

Responsabilização do Estado pela demora injustificada na prestação jurisdicional - Impossibilidade

JUSTIFICATIVA

Neste tópico, a justificativa merece maior digressão, porque o tema não tem a simplicidade que aparenta.

⁵ Cf. Mirna Cianci, Reflexões sobre a fase de cumprimento da sentença de obrigação pecuniária (Lei 11.232, CPC, artigo 475-J). *Revista de Processo*.

⁶ TJSP, apelação cível n. 994.09.352062-7, Rel. Des. Peiretti de Godoy, j. 10.02.2009.

A responsabilidade do Estado tanto pode ser apurada em razão do risco da atividade pública, como em decorrência da culpa verificada no desempenho dessa atividade, por seus agentes, conforme o caso.

Em regra tem, portanto, fundamento na atitude culposa do agente, que tenha liame com o dano verificado.

Em especial nos casos de omissão, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO afirma que "o Estado só responde por omissões quando deveria atuar e não atuou..", vale dizer: quando descumpre o dever legal de agir. Em uma palavra: quando se comporta ilicitamente ao abster-se".⁷ E ainda: "A responsabilidade por omissão supõe dolo ou culpa em suas modalidades de negligência, imprudência ou imperícia, embora possa tratar-se de uma culpa não individualizável na pessoa de tal ou qual funcionários, mas atribuída ao serviço estatal genericamente",⁸ para concluir que " só o exame concreto dos casos ocorrentes poderá indicar se o serviço funcionou abaixo do padrão a que estaria adstrito por lei".⁹

Na verdade, tal qual o direito comum, a teoria do risco administrativo, que é aquela decorrente da atividade extracontratual do Estado por atos de gestão, rende ensejo à responsabilidade independente da averiguação de culpa, porque de risco exclusivamente se trata, quando o ato lícito praticado pela Administração Pública tenha efeitos danosos sobre o indivíduo, de caráter genérico e anormal, sendo inexigível da parte o sacrifício a ela imposto, em benefício da coletividade.

O saudoso Mestre HELY LOPES MEIRELLES abordou o tema afirmando que, na avaliação do risco administrativo, não se cogita da culpa da Administração, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público. Ensina que tal teoria baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar danos a certos membros da comunidade, impondo-lhes ônus não suportado pelos demais, concorrendo, portanto, todos os demais administrados para a reparação, sendo o risco e a solidariedade social os suportes dessa doutrina.¹⁰

ELCIO TRUJILLO, autor de obra exclusivamente dedicada ao assunto, coloca como pressuposto da indenizabilidade decorrente da atividade lícita do Estado, "o ato **lícito** que venha a causar um prejuízo especial e anormal, isto é, ato impositivo de sacrifício e não, simplesmente, restritivo de direito".¹¹ Ainda assim, o ato deverá ter natureza

⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Responsabilidade Extracontratual do Estado por Comportamentos Administrativos. *Revista dos Tribunais*, Volume 552. São Paulo: RT, p. 11.

⁸ *Op. cit.*, p. 13.

⁹ *Op. cit.*, p. 15.

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Malheiros Editores, 22 ed., p. 563.

¹¹ TRUJILLO, Élcio. *Responsabilidade do Estado por Ato Lícito*. LED, 1996, p. 101.

administrativa e revela-se em razão do risco imposto pela atividade pública.

Disso resulta que a licitude que rende ensejo à responsabilidade objetiva, resultante do risco da atividade administrativa não se coaduna com a responsabilidade por conduta omissiva, que pressupõe culpa (*rectius* ilícito). JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, em obra antiga, dedicada à discussão do tema da responsabilidade do Estado por ato lícito à luz do ordenamento da época, considera que a necessidade de apuração de culpa na conduta do agente estatal tem como pressuposto a aplicação do direito privado e que a teoria do risco administrativo somente se verifica na seara da atividade lícita do Poder Público.¹²

O mesmo Autor afirma que a Administração Pública não poderia ser responsável independentemente da averiguação de culpa, em qualquer hipótese, a menos que se considere – hipótese inaceitável – a máquina estatal e todas as suas ramificações, como excepcionalmente perigosa, tornando indenizáveis situações que não se enquadram como típicas de risco ou de perigo.¹³

Nesse espectro, diante do vago conceito de “razoável duração”, ficaria difícil, senão impossível, localizar o ilícito de modo concreto a ponto de erigi-lo a um dever legal cuja omissão no cumprimento poderia deflagrar o direito reparatório. Melhor exemplificando: O que seria prazo razoável? Dois anos; três anos; três anos e um dia?¹⁴ Enfim, não seria viável imputar ao Estado a responsabilidade casuisticamente, sem critério técnico.¹⁵

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Livraria Almedina . LAEL, p. 90.

¹³ *Op. cit.*, p. 96.

¹⁴ SAMUEL MIRANDA ARRUDA em alentada tese bem observa que “*não há como identificar tempo razoável com um ano e meio, cinco anos e meio, quatro anos, sem que essa fixação seja reputada de discricionariedade abusiva*”. (ARRUDA, Samuel Miranda. *O Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 289)

¹⁵ AMARO CAVALCANTI, em obra específica, afirma que “quando se tratar de um dever geral de prestar certos serviços, ou de tomar as medidas convenientes acerca de certos ramos da administração, digamos, relativamente à saúde pública, à segurança das pessoas ou da propriedade, à conservação necessária de vias públicas, e coisas semelhantes - e da sua omissão, por inadvertência ou simples negligência da respectiva autoridade ou funcionário resultar um dano, nem por isso somente se deverá logo concluir que ao Estado resulta uma obrigação de indenizá-lo. Seria tolher por demais a Administração Pública na liberdade de ação que institucionalmente lhe compete; sendo, neste ponto, de manifesta procedência a ponderação feita por LOENING, de que o indivíduo não tem o direito de ação contra o Estado (*keinen Rechtsanspruch an den Staat*), para obrigá-lo a cumprir seus fins próprios, ou para que as leis e regulamentos, promulgados no interesse geral do Estado, sejam desde logo executados.” (CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade Civil do Estado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956, atualizada por José de Aguiar Dias, p. 399).

A doutrina desde logo revelou preocupação com a elasticidade do conceito, mencionando UADI LAMÊGO BULOS¹⁶ a propósito, que “o problema está em saber o que significa “razoável duração do processo”, bem como quais os meios para assegurar a rapidez de seu trâmite. Oxalá o legislador logre o êxito em esclarecer tal ponto”.

Ainda, não será demais vislumbrar, o direito indenizatório, mero paliativo, em absolutamente nada soluciona a demora da máquina estatal, apenas transfere aos próprios jurisdicionados¹⁷ a “punição” que, de resto, deverá submeter-se aos mesmos trâmites do mesmo Judiciário para satisfazer o prejuízo do lesado.

Ademais disso, incumbe às partes provocar a atuação jurisdicional, evitando delongas e demoras injustificadas, e disso exsurge o princípio da cooperação entre os sujeitos do processo, dispondo as partes de meios hábeis a coibir as condutas meramente procrastinatórias, que revelam temeridade sujeita à reparação e punições legais.

Portanto, não só ao juiz cabe velar pela rápida solução do litígio (CPC, art. 125, I) como também aos jurisdicionados incumbe a fiscalização e requerimento de imediatas providências, como se verifica, por exemplo, no diploma processual, (CPC, art. 133), de acordo com o qual “Responderá por perdas e danos o juiz, quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte. Parágrafo único. Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no n. II *só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de 10 (dez) dias*” (g.n.).

São, portanto, taxativas as hipóteses de responsabilidade estatal, decorrentes da atuação judicial, nos moldes legais, sendo descabido perquirir acerca do tema à margem desse elenco.

Socorrem a parte institutos presentes no ordenamento processual civil. Sendo, *e.g.*, caso de urgente fruição, cabível será o pleito de antecipação de tutela (CPC, art. 273), hábil a impedir o perecimento do direito. O Superior Tribunal de Justiça bem delineou o tema ao trazer como suposição que “a tutela de urgência pressupõe a impossibilidade

¹⁶ BULOS, Uadi Lamêgo. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Saraiva 2007, p. 397.

¹⁷ O E. Superior Tribunal de Justiça, a respeito de ação indenizatória por morte de detento, decidiu que “O Estado não é um ente inanimado. Anima-o, move-o o povo, os que labutam, os que trabalham. Os ressarcimentos que ele paga decorrem da produção dos trabalhadores, de qualquer seara, mas trabalhadores”. STJ-REsp 285.684-SP – Relator Min. Milton Luiz Pereira – DJU 17mai02. Exatamente no mesmo sentido: TJSP – AC 258.177-1/8, de 16.09.96

de cumprimento de liturgias que posterguem a prestação jurisdicional, sendo essa a ratio aferível na gênese do novel instituto".¹⁸

De fato, o instituto da antecipação de tutela inaugurou um novo capítulo na história do direito pátrio, fazendo vigorar de modo efetivo a prestação jurisdicional, diante da possibilidade de perecimento e da volatividade do direito subjetivo, capaz de, por si, dar real significado à solução do tempo no processo, naquilo que seja cabível ou suficiente a aplicação desse recurso, sem prejuízo da utilização das medidas cautelares, tendentes à segurança do direito posto em juízo.

Em seguida, com a institucionalização das *astreintes* e a ampliação dos poderes de atuação oficiosa do juiz, bem como a possibilidade da utilização de técnicas processuais adequadas para a consecução do fim perseguido, foi o demandante municiado de meios eficazes a fazer valer o cumprimento das determinações judiciais, que abreviam a atuação do direito e tornam suportável a espera do trâmite processual.¹⁹

A par disso, dispõem as partes do sistema recursal que comporta também nessa sede, a antecipação de tutela ou a suspensividade, inclusive de efeito ativo, conforme o caso, ferramentas também disponíveis e acessíveis a quem demonstre, desde logo, a verossimilhança do direito.

A atuação irresponsável da parte que venha a provocar o empecimento do processo em qualquer de suas fases também pode ser contida pela cominação de penalidades resultantes do reconhecimento da temeridade processual, cada vez mais específicas, ora previstas para a atuação genérica, ora previstas em sede recursal ou de execução e a sua imposição traduz exatamente o atendimento, por meio do devido processo legal, do fim colimado, de abreviação do tempo de duração do processo.

¹⁸ REsp 834.678/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26.06.2007, DJ 23.08.2007 p. 216. Marinoni acompanha esse entendimento, destacando que "o procedimento ordinário, como é intuitivo, não é adequado à tutela de todas as situações de direito substancial e, portanto, a sua universalização é algo impossível. Aliás, ao que hoje se assiste nos sistemas do direito romano-canônico é uma verdadeira demonstração de superação do procedimento ordinário, tendo a tutela urgente se transformado em técnica de sumarização e, em última análise, em remédio contra a ineficiência deste procedimento" (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1998, p. 24).

¹⁹ Kazuo Watanabe destaca a respeito que "*particularmente no artigo 461, para a tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer ou para a obtenção do resultado prático correspondente, valeu-se o legislador da técnica de combinação de todos eles para conceber um processo que realmente propiciasse uma tutela efetiva, adequada e tempestiva, como determina o princípio constitucional da proteção judiciária*". (WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Central de Publicações Jurídicas: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, p. 48).

Finalizando, a CF dispõe a respeito ao remeter aos “meios processuais que garantam a celeridade da tramitação” a solução para a razoável duração do processo.

II. Recursos

Efeito devolutivo dos recursos, inclusive quanto a Fazenda Pública (letra “g”, documento encaminhado ao Senado)

Proposta de exclusão da Fazenda Pública da incidência da regra ante a impossibilidade de execução provisória face ao sistema constitucional de pagamento de precatórios

JUSTIFICATIVA

A devolutividade dos recursos deve ser a regra em face da Fazenda Pública diante da especialidade da execução e do sistema de pagamento dos precatórios, o que inviabiliza a execução provisória.

Com efeito, o novo Código de Processo Civil tem como diretriz a subsistência de procedimento especial para a execução contra a Fazenda Pública, tendo em vista seu peculiar regime constitucional, que impede seja ela sujeita à penhora de bens, uma vez que a satisfação de seus débitos depende de previsão orçamentária.

Assim, a execução contra a Fazenda Pública deve obedecer ao disposto no art. 730 do CPC, que impõe a expedição de precatório e observância de ordem cronológica para pagamento de credores.

O procedimento desenhado pelo legislador se compatibiliza com os princípios que regem a atividade do ente público executado, a exemplo da necessidade de observância dos precatórios.

Quanto à execução provisória, HUMBERTO THEODORO JUNIOR²⁰ menciona a necessidade de trânsito em julgado para iniciar-se a execução, concluindo que "Quanto à necessidade, ou não de aguardar-se o trânsito em julgado da sentença dos embargos para expedir-se o

²⁰ Embargos à execução contra a Fazenda Pública. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/regulariza2/doutrina912.html>. Acesso em: 22.mar. 2010.

ofício requisitório, penso que, a rigor, a execução provisória contra a Fazenda Pública, por meio do precatório "condicional", não se coaduna com o procedimento dos artigos 730 e 731 do CPC." É que a Fazenda Pública, enquanto não tem contra si a coisa julgada, não está sujeita a pagar a obrigação liquidada em juízo, não havendo, por isso, como "requisitar-lhe judicialmente" um pagamento ainda não exigível.

MARCELO ABELHA RODRIGUES²¹ aborda com propriedade o tema, ao reconhecer não ser possível a execução provisória contra a Fazenda. Considera o autor que o pagamento será feito por precatórios judiciais, que deverão constar de dotação orçamentária expressa e previamente prevista em lei para isso, não se admitindo, portanto, um tipo diferente de "precatório provisório". E questiona o autor: "considerando-se ainda que não existe penhora de bens públicos, questionar-se ia: qual a vantagem de uma execução provisória, se não há necessidade de garantia do juízo?

Com efeito, nos termos do § 1º do artigo 100 da Constituição Federal, "É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente".

Sendo assim, impossível a execução provisória ora pretendida uma vez que, se a norma constitucional exige o trânsito em julgado para o pagamento dos precatórios, tal exigência se revela um obstáculo à execução provisória.

Recentemente, todavia, prevalece o entendimento de que não cabe execução adiantada por quantia certa contra a Fazenda Pública, conforme se infere de decisão monocrática proferida pela Ministra Ellen Gracie, em medida cautelar, in verbis: "As razões articuladas pelo requerente demonstram existir plausibilidade jurídica no pedido cautelar, tendo em vista que a EC 30/2000, ao dar nova redação ao § 1º do art. 100 da CF, explicitou a necessidade de trânsito em julgado da sentença para que o pagamento de débito dela decorrente seja feito por meio de precatório, após a inclusão da correspondente verba no orçamento da entidade de direito público. Parece, numa análise preliminar, mostrar-se contrária a essa nova ordem constitucional a execução provisória contra a Fazenda Pública, para pagamento de quantia decorrente de decisão que ainda pode vir a ser reformada por meio de recurso, sendo contrário ao princípio da razoabilidade esse pagamento em detrimento de credores titulares de precatórios oriundos de sentenças transitadas em julgado."²²

²¹ *Manual de execução civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 414.

²² Pet. 2.390/SP, rel. Min. Ellen Gracie, DJ 16.08.2001.

O TJSP, de modo taxativo, reconheceu a total impossibilidade de execução provisória contra a Fazenda Pública. Este entendimento está consubstanciado em ementa de recente julgado (22/06/2009) da Sexta Câmara de Direito Público, no julgamento do agravo de instrumento n. 907.551,5/5-00, em que foi relator o desembargador Oliveira Santos:

PROCESSUAL CIVIL. Execução provisória contra a Fazenda Pública. IMPOSSIBILIDADE. Inteligência do art. 100, par. 3º, da CF, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 30/00. Necessidade de se aguardar o trânsito em julgado da decisão proferida nos embargos.

E, não seria coerente admitir a ausência de devolutividade do recurso de apelação oposto pela Fazenda Pública, se, ao mesmo tempo, há óbice à execução provisória.

Não se coaduna ainda a proposta com a necessidade de reexame necessário, o que será examinado em tópico seguinte.

Extinção da remessa necessária (letra “r”, documento encaminhado ao Senado).

Proposta de manutenção do instituto, com acréscimo do parágrafo 5º ao artigo 475, o qual estabelece a possibilidade de “renúncia” ao reexame necessário pela pessoa jurídica.

PROPOSTA DE REDAÇÃO

Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI).

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los.

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.

§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

§4º A pessoa jurídica poderá renunciar ao reexame necessário

JUSTIFICATIVA

Em expediente administrativo, o procurador responsável pela interposição dos recursos especial/extraordinário atualmente representa à chefia imediata solicitando a dispensa de interposição diante do não cabimento dos recursos extremos ou sua inutilidade em razão de reiterado entendimento jurisprudencial contrário ao objeto do recurso.

O mesmo ocorre no caso do recurso de apelação e, não obstante a dispensa de interposição, acaba ocorrendo a remessa à segunda instância unicamente por conta do reexame necessário.

Ora, se autorizado o procurador que atua no feito pela chefia imediata também a renunciar mediante petição ao reexame necessário, não será caso da eliminação do instituto do ordenamento processual. Com isso, ao mesmo tempo se estará contribuindo para a celeridade, evitando a remessa à segunda instância em hipóteses em que sequer há recurso voluntário, e também se estará garantindo a segurança jurídica trazida pelo reexame da decisão de primeiro grau em causas de elevada ou significativa importância para o ente público, ou que ainda não há posição jurisprudencial consolidada sobre o tema.

2. Uniformização de jurisprudência

REDAÇÃO SUGERIDA PELA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO EM FACE DA PROPOSTA DE NÚMERO 35 DA SUBCOMISSÃO

Art. (...). Os tribunais, ao menos uma vez por ano, se reunirão em sessão pública... (manter)

§ 1º ... (manter)

§ 2º Supressão integral deste parágrafo da proposta.

§ 3º Supressão.

JUSTIFICATIVA

De início, muito salutar a previsão de edição de sumulas pelos Tribunais, nos termos propostos no *caput*, com a participação da comunidade interessada.

No entanto, o efeito vinculante às súmulas editadas pelo STF não foram estendidas ao STJ ou aos demais tribunais superiores na Constituição Federal.

De se ressaltar, ainda, que para a edição dessas súmulas exige-se um quorum qualificado, não previsto na proposta ora em discussão.

Apesar de estar previsto que essas súmulas devem referir-se a matérias processuais, pode causar insegurança jurídica pois serão possíveis várias interpretações, pelos vários Tribunais de cada Estado.

Também a peculiaridade de estabelecer-se um prazo para a sua validade pode vir a ser motivo de insegurança, na medida em que entendimento diverso poderá vir a ser adotado após escoado o lapso temporal ânuo previsto.

A simples previsão de edição de súmula pelos Tribunais, sem prazo pré-estabelecido ou pré-indicação da matéria já seria suficiente para a uniformização da jurisprudência esperada.

Acredita-se não haver necessidade de previsão expressa da suspensão da sumula quando em desacordo com súmulas vinculantes, pois estas têm validade e eficácia imediatas.

III.- Execução

Fixação de honorários entre 5% a 10% sobre o valor da condenação ou da vantagem econômica obtida, nas causas que envolvam a Fazenda Pública (letra “f”, documento encaminhado ao Senado)

Pela rejeição, com a manutenção da regra do parágrafo 4º do artigo 20 para a Fazenda Pública

JUSTIFICATIVA

O disposto no parágrafo 4º do art. 20 do CPC deve subsistir no ordenamento, uma vez que tem por desígnio não onerar em demasia os cofres públicos, o que importaria em prejuízo à coletividade em benefício do particular.

A supressão da regra, ademais, resultaria flagrante ofensa ao princípio de igualdade de tratamento das partes em juízo e ao princípio do equilíbrio processual. De fato, como admitir que quando a Fazenda é a parte vencida seja condenada ao pagamento de percentual sobre o valor da condenação e, por outro lado, quando o poder público é vencedor, seja a parte adversa condenada ao pagamento de percentual sobre os valores ínfimos dados às causas?

O legislador, entre as exceções do parágrafo 4º, deu à Fazenda Pública um tratamento especial, porque ela não é um ente concreto, mas a própria comunidade, representada pelo governante que é o administrador e preposto.

Não se justifica, portanto, a proposta apresentada ao Senado, a qual onera sobremaneira os cofres públicos em razão de elevadas condenações.

Esse o entendimento mais recente do Superior Tribunal de Justiça, conforme inserto no Informativo n. 0425:

EXECUÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

Trata-se de REsp em que a questão cinge-se à possibilidade de fixar os honorários advocatícios como forma de punição à parte por atos procrastinatórios praticados no processo. Inicialmente, observou-se ser cediço, consoante a doutrina, que os honorários advocatícios são, em si mesmos, a remuneração devida aos profissionais da advocacia pela parte que os constitui. Na disciplina legal do custo do processo, essa locução designa a verba que uma das partes deve entregar à outra pelas despesas suportadas ao remunerar seu próprio patrono na causa. Fala-se também em honorários da sucumbência, porque, ordinariamente, quem os paga é o sucumbente, ou seja, o vencido. Dessa forma, concluiu-se que tais honorários não devem ser excessivamente fixados com o escopo de punir o litigante em decorrência de atos protelatórios que, porventura, tenha praticado no decorrer do processo. Destacou-se que a prática de atos processuais em prejuízo da celeridade atinge, de forma imediata, a própria parte e, mediata, seu patrono, sendo certo que a fixação excessiva de honorários com propósito punitivo apenas a este beneficia. Por outro lado, os mencionados honorários, nas ações em que a Fazenda Pública fica vencida, devem ser fixados à luz do art. 20, § 4º, do CPC. Consequentemente, a conjugação com o § 3º do mesmo artigo é servil para a aferição equitativa do juiz, conforme as alíneas a, b e c do referido dispositivo legal. Desse modo, pretendesse o legislador aplicar às causas em que fosse vencida a Fazenda Pública a norma do § 3º do art. 20 do CPC, não haveria razão para a norma *specialis* consubstanciada no § 4º do mesmo dispositivo. Com esse entendimento, a Turma conheceu do recurso e lhe deu provimento. REsp 1.164.543-SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 2/3/2010.

Incidência dos juros moratórios no cálculo dos honorários advocatícios a partir da data em que proferida decisão que os fixar (proposta n. 7, Subcomissão cumprimento de sentença e execução)

Proposta de incidência de juros moratórios a partir do momento em que os honorários se tornarem exigíveis, se não forem pagos espontaneamente

PROPOSTA DA COMISSÃO

Art. Os juros moratórios incidem no cálculo dos honorários advocatícios a partir da data em que proferida a decisão que os fixar, observando-se o seguinte caso de interposição de recurso:

I – mantido o capítulo referente aos honorários, os juros moratórios incidem a partir da data em que proferida a decisão recorrida.

II – modificado o capítulo referente aos honorários, os juros moratórios incidem a partir da nova decisão, exceto naquilo que for mantida a decisão recorrida.

PROPOSTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

Art. Os juros moratórios no cálculo dos honorários advocatícios incidem a partir do momento em que se tornarem exigíveis.

JUSTIFICATIVA

Não há que se falar em juros de mora se esta (demora) não estiver caracterizada. Soa incongruente cobrar-se a mora de período em que a obrigação ainda não era exigível.

Além disso, não raras vezes a publicação da sentença ocorre meses após a data em que a mesma é proferida, causando discordâncias quanto aos valores devidos, considerando-se o computo dos juros.

Haveria também o questionamento de como incidir mora de algo que sequer foi publicado e conhecido.

Há que se considerar também que em ações julgadas procedentes, mantida a regra do artigo 20, parágrafos 3º e 4º, do CPC, em regra os honorários são fixados sobre o valor da condenação que muitas vezes

já inclui juros. Por exemplo, uma condenação em pagamento de diferenças de vencimentos decorrentes de promoção de servidor em atraso, terão computo dos juros a contar da citação e sobre o valor total da condenação (principal mais juros) é que são calculados os percentuais dos honorários.

Neste caso, se computados os juros sobre os honorários advocatícios a partir da prolação da sentença, como o principal já considera os juros, pode-se vislumbrar a ocorrência de anatocismo.

Execução contra a Fazenda Pública (proposta n. 25, subcomissão cumprimento de sentença e execução)

Nova proposta de redação

PROPOSTA DA SUBCOMISSÃO

Art. (atual 730). Na execução, fundada em título judicial ou extrajudicial, por quantia certa contra a Fazenda Pública, citar-se-á a devedora para opor embargos em 30 (trinta) dias; contados da juntada do mandado de citação devidamente cumprido.

§ 1º. Na execução de título judicial a petição requerendo a citação deverá vir acompanhada do cálculo com o valor atualizado do débito, de notas explicativas quanto aos índices de correção monetária e de juros de mora utilizados na liquidação e de cópia simples da petição inicial, da sentença, dos acórdãos e do comprovante de trânsito em julgado do título executado.

§ 2º. Na execução de título extrajudicial a petição requerendo a citação deverá vir acompanhada do cálculo com o valor atualizado do débito, de notas explicativas quanto aos índices de correção monetária e de juros de mora utilizados na liquidação, bem como do original do título executado.

§ 3º. A correção monetária incide desde o pagamento indevido e deve ser calculada de acordo com os índices previstos na sentença transitada em julgado e sendo a mesma omissão em relação aos critérios de correção, pelos índices que melhor refletiram a real inflação nos diversos períodos.

Art. – (atual 730-A). Não sendo opostos os Embargos à Execução pela Fazenda Pública, o juiz requisitará o pagamento por intermédio do presidente o tribunal competente e o pagamento se dará nos termos do artigo 100 da Constituição Federal.

§ 1º. Se os embargos forem parciais, a execução prosequira de forma definitiva quanto ao montante não embargado, podendo desde já ser expedido o ofício precatório desse valor incontroverso.

§ 2º. A sentença que julgar improcedentes ou parcialmente procedentes os Embargos à Execução não estará sujeita ao Reexame Necessário, previsto no artigo 475.

§ 3º. Em havendo necessidade de expedição de novo precatório para a complementação do valor anteriormente pago, será aberta vista ao Ente Devedor para que se manifeste no prazo de 30 dias, sobre os cálculos oferecidos.”

Proposta da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo

Art. (atual 730-A). Não sendo opostos os Embargos à Execução pela Fazenda Pública, o juiz requisitará o pagamento por intermédio do presidente o tribunal competente e o pagamento se dará nos termos do artigo 100 da Constituição Federal.

§ 1º. Na execução de título judicial a petição requerendo a citação deverá vir acompanhada da memória de cálculo, com valor total atualizado do débito, de notas explicativas quanto ao termo inicial, ao termo final, aos índices de correção monetárias, aos juros de mora, valores referentes aos descontos obrigatórios, considerados na liquidação, sendo o valor discriminado referente a cada beneficiário no caso de litisconsórcio, indicando-se o respectivo nome completo e o número de CPF e cópia simples da petição inicial, da sentença, dos acórdãos e do comprovante do trânsito em julgado do título executivo.

*§ 2º. Supressão integral do parágrafo **ou** a seguinte redação:*

Na execução de título extrajudicial a petição requerendo a citação deverá vir acompanhada de memória de cálculo, com o valor atualizado do débito, de notas explicativas quanto ao termo inicial, ao termo final, aos índices de correção, aos juros de mora considerados na liquidação, com indicação do nome completo do beneficiário e número de CPF e cópia do contrato ou do ato que ensejou a expedição do título.

§ 3º. A correção monetária e os juros serão calculados utilizando-se os índices aplicados para a remuneração básica da caderneta de poupança, na forma da redação do § 12, do artigo 100, da Constituição Federal.

Art. (atual 730-A). Manter a redação.

§ 1º – suprimir

§ 2º. – A sentença que julgar improcedentes ou parcialmente procedentes os Embargos à Execução estará sujeita ao Reexame Necessário, previsto no artigo 475, podendo a Fazenda, mediante manifestação expressa, renunciar ao direito.

§ 3º. – em havendo necessidade de expedição de novo precatório para a complementação do valor anteriormente pago, será promovida a citação nos termos do artigo 730 caput e seu § 1º.

JUSTIFICATIVA

-Artigo 730, *caput*.

Há a necessidade do prazo de 30 (trinta) dias para os embargos porque não raras vezes os cálculos são de grande complexidade, demandando análise por técnicos contábeis para aferição de consonância com a decisão exequenda.

Por exemplo, são comuns execuções de diferenças decorrentes de desequilíbrio econômico financeiro por grandes concessionárias de serviços públicos em que são considerados os vários pagamentos realizados, apurando-se valores de dezenas quando não centenas de milhões de reais.

Outra situação são os casos de diferenças de vencimentos de servidores, cujos atrasados em geral retroagem 5 anos à propositura da ação e postergam até o início do pagamento administrativo, totalizando uma média de cerca de 120 parcelas para cada um dos autores. Em geral as ações referentes a diferenças de vencimentos são promovidas em litisconsórcio, ensejando-se milhares de cálculos, o que acarreta dificuldades na conferência de todos os valores cobrados.

Tais situações aliadas ao fato do dinheiro público pertencer a toda a coletividade e que os pagamentos devem ser feitos com os valores corretos (nem mais e nem menos), bem como pelo fato dos recursos públicos não serem ilimitados e que gastos indevidos acabam afetando toda a população, pois acarretarão a diminuição no financiamento das políticas públicas (saúde, educação, transportes...), tornam temerária qualquer proposta de que o prazo para oferecimento dos embargos seja inferior ao atualmente vigente e proposto originariamente pela comissão, de 30 dias.

Deve se ressaltar que muitas vezes é necessário a contratação de contador para auxílio na conferência das contas e apresentação da conta que temos como correta, o que também demanda tempo que deve ser considerado.

Certamente, se após a conferência, constatar-se a correção dos cálculos, os embargos não serão opostos; o que em regra é o que o Estado e o Advogado Público desejam (que os cálculos estejam corretos e não haja a necessidade de embargos).

A manter-se a proposta de prazo mais exíguo, certamente os embargos acabarão sendo opostos, sem a certeza da incorreção dos cálculos, para prevenir risco de dano ao erário, causando maior demora no processo e em aumento de litigiosidade.

-§ 1º.

Em ações movidas por servidores, não raras vezes as mesmas são propostas em litisconsórcio com vários autores com termos iniciais

diversos dos valores a serem recebidos. A mesma situação ocorre nos casos de cobrança de valores atrasados de prestadores de serviços públicos, em que se questionam valores mensais que se postergaram por vários anos.

Há necessidade de conferência da correção dos valores e sem a indicação do termo inicial e dos índices ou percentuais considerados na liquidação, poderá haver a necessidade de embargos para aferição da certeza dos valores executados.

O termo final também é dado de suma importância na memória de cálculo, pois é a partir dessa data que quando da requisição são calculados os juros e correção monetária até o efetivo depósito do precatório. Sem esse dado, há dificuldades até mesmo do cadastramento do precatório.

O número do CPF e o nome completo do beneficiário é importante para fins de cumprimento da obrigatória retenção do valor pertinente ao imposto de renda.

A discriminação é importante pois configurará maior certeza ao valor executado evitando-se a oposição de embargos para correção de minúcias ou equívocos que muitas vezes teriam sido percebidos pela própria exequente ao discriminar os valores executados.

-§ 2º.

Acredita que são raras as hipóteses em que seria cabível a execução de título extrajudicial contra a Fazenda Pública.

No entanto, em sendo possível, importante que da mesma forma que sugerido no parágrafo 1º., ela venha discriminada corretamente, evitando-se a necessidade de oposição de embargos à execução que retardam o andamento do feito.

Além disso, para aferição da correção dos juros e índices considerados, há a necessidade de colacionar o ato que originou referidos títulos, como os contratos, as cópias de decisões judiciais ou os atos administrativos.

-§ 3º.

No tocante ao § 3º da proposta, os critérios referentes aos índices da correção monetária e dos juros em geral são fixados na própria sentença e deste modo, eventual insurgência pode ser discutida na fase de conhecimento. A fixação dentro deste artigo que trata da execução parece ser desaconselhável, podendo ocasionar tumulto processual.

Além disso, essa situação pode dar azo à necessidade de discussão desses índices que são considerados de forma diversa pelos diversos Tribunais (por exemplo, nos Tribunais Trabalhistas a correção monetária considera os índices da TR e o Tribunal de Justiça de São

Paulo o INPC) mediante embargos à execução, ocasionando morosidade ao andamento do feito.

De se considerar que os índices de correção monetária considerados pelos diversos institutos não são idênticos e é normal que num período um índice seja mais vantajoso que o outro e a escolha sempre do “índice que melhor reflita a real inflação nos diversos períodos” pode ensejar na utilização de índices variados, causando dúvidas e inseguranças no curso do feito. Deve se lembrar que os diferentes índices utilizam critérios variados, podendo ser pos fixados, pré fixados, com inclusão de juros, sem inclusão de juros etc., situações não sempre bem compreendidas pelos operadores de direito.

Mesmo no tocante aos títulos extrajudiciais, em geral os juros e a correção monetária são fixadas com antecedência, no ato do qual se originara (contrato, acordo etc).

Além disso, há que se considerar que a forma de aplicação dos juros já vem disciplinada por Lei Federal, qual seja, o artigo 1º.-F, da Lei Federal n. 9494, de 10 de setembro de 1997²³, nos seguintes termos:

Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.”

Desse modo, eventual previsão de atualização monetária e juros, os mesmos não devem destoar do disposto neste dispositivo legal já em aplicação pelos nossos Tribunais desde a data de sua vigência – 30 de junho de 2009.

Aliás, referido dispositivo legal está em consonância com o disposto no artigo 100 da Constituição Federal (incluído pela EC 62, de 2009)²⁴, em

²³ Redação dada pelo art. 5º., da Lei Federal n. 11.960, de 29 de junho de 2009, resultante da conversão da Medida Provisória 457/09, publicada no D.O.U. de 30.06.09 e vigente na data da publicação

²⁴ Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

§ 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial **transitada em julgado**, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo.

§ 2º Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares tenham 60 (sessenta) anos de idade ou mais na data de expedição do precatório, ou sejam portadores de doença grave, definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo do fixado em lei para os fins do disposto no §

3º deste artigo, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório.

§ 3º O disposto no caput deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude **de sentença judicial transitada em julgado**.

§ 4º Para os fins do disposto no § 3º, poderão ser fixados, por leis próprias, valores distintos às entidades de direito público, segundo as diferentes capacidades econômicas, sendo o mínimo igual ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social.

§ 5º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

§ 6º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento integral e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para os casos de preterimento de seu direito de precedência ou de não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito, o sequestro da quantia respectiva.

§ 7º O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatórios incorrerá em crime de responsabilidade e responderá, também, perante o Conselho Nacional de Justiça.

§ 8º É vedada a expedição de precatórios complementares ou suplementares de valor pago, bem como o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução para fins de enquadramento de parcela do total ao que dispõe o § 3º deste artigo.

§ 9º No momento da expedição dos precatórios, independentemente de regulamentação, deles deverá ser abatido, a título de compensação, valor correspondente aos débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o credor original pela Fazenda Pública devedora, incluídas parcelas vincendas de parcelamentos, ressalvados aqueles cuja execução esteja suspensa em virtude de contestação administrativa ou judicial.

§ 10. Antes da expedição dos precatórios, o Tribunal solicitará à Fazenda Pública devedora, para resposta em até 30 (trinta) dias, sob pena de perda do direito de abatimento, informação sobre os débitos que preenchem as condições estabelecidas no § 9º, para os fins nele previstos.

§ 11. É facultada ao credor, conforme estabelecido em lei da entidade federativa devedora, a entrega de créditos em precatórios para compra de imóveis públicos do respectivo ente federado.

§ 12. A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitórios, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios.

§ 13. O credor poderá ceder, total ou parcialmente, seus créditos em precatórios a terceiros, independentemente da concordância do devedor, não se aplicando ao cessionário o disposto nos §§ 2º e 3º.

§ 14. A cessão de precatórios somente produzirá efeitos após comunicação, por meio de petição protocolizada, ao tribunal de origem e à entidade devedora.

§ 15. Sem prejuízo do disposto neste artigo, lei complementar a esta Constituição Federal poderá estabelecer regime especial para pagamento de crédito de precatórios de Estados, Distrito Federal e Municípios, dispondo sobre vinculações à receita corrente líquida e forma e prazo de liquidação.

§ 16. A seu critério exclusivo e na forma de lei, a União poderá assumir débitos, oriundos de precatórios, de Estados, Distrito Federal e Municípios, refinanciando-os diretamente.

especial o § 12 que estabelece que a atualização dos valores de requisitórios desde a sua expedição até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios.

A existência de um critério único para os juros e a correção monetária nos diversos Tribunais, nas ações movidas em face da Fazenda Pública, é salutar e vantajoso para o próprio exeqüente, na medida em que diminui a litigiosidade e confere maior segurança às partes.

O critério único certamente acarretará desnecessidade de oposição de milhares de embargos à execução opostos justamente em face dos critérios utilizados pelas partes no tocante aos juros e correção monetária, possibilitando que o ofício requisitório seja expedido com maior celeridade.

Grande parte dos recursos atualmente em andamento nos Tribunais Superiores trata justamente dos critérios utilizados nos cálculos da execução e nos pagamentos efetuados nos precatórios judiciais; o que será evitado nos novos cálculos com a adoção do critério proposto neste § 3º.

Isto porque este critério coincide com a previsão do artigo 1º.-F, da Lei 9494, de 1997 e também do critério estabelecido no § 12, do artigo 100, da Constituição Federal, com a redação estabelecida pela Emenda Constitucional n. 62, de 2009.

-Do artigo 730-A *caput* – manter.

-§ 1º. Suprimir. O fracionamento do precatório não se coaduna com o espírito do precatório único instituído no artigo 100 da CF, conforme se extrai do disposto no § 8º do referido artigo que expressamente veda o fracionamento, repartição ou quebra da execução.

Tal situação aliado ao fato de que expressamente, nas várias ocasiões em que trata de pagamento de precatórios ou obrigações, expressamente consignou-se a necessidade de sentença transitada em julgado nos levam a concluir pela impossibilidade do fracionamento do precatório.

Assim como a sentença é única, a execução também deve ser única, sem o desmembramento entre parte controversa e incontroversa.

Além disso, o desmembramento da execução pode ensejar litigiosidade quanto ao montante que seria a parte incontroversa, com necessidade de cálculos dessa parte, com oferecimento de impugnações, aprovação pelo juízo, recurso pela parte que julgar incorreta etc.

E, quando da requisição do valor finalmente apurado como incontroverso, haverá a necessidade de atentar-se ao disposto no § 8º.

de modo a não permitir-se o pagamento na forma do § 3º., se o valor global da execução incluída a parte controvertida não requisitada for superior ao valor considerado para pagamento da forma de obrigação de pequeno valor.

Desse modo, nota-se que o fracionamento proposto pela comissão além de não se coadunar com o artigo 100 e seus §§, causará aumento de litigiosidade, motivo porque entende que deve ser suprimido o § 1º. da proposta de redação do atual artigo 730-A.

-§ 2º. – alteração, prevendo-se expressamente o reexame necessário, mas com a ressalva de possibilidade de renúncia ao direito.

O reexame necessário de sentença de improcedência dos embargos deve ser mantido justamente porque não se trata de parte comum, mas de Poder Público, cujo erário pertence a toda coletividade, merecendo maior zelo e atenção para que o pagamento ocorra na forma correta, sob pena de prejuízo à população em geral – destinatária das políticas públicas e dos deveres obrigacionais do Estado.

Certamente que em se verificando que após os embargos apurou-se o valor correto, a Fazenda Pública não interporá recurso, sendo possível que expressamente renuncie ao reexame necessário.

-§ 3º. – em havendo necessidade de expedição de novo precatório para a complementação do valor anteriormente pago, será promovida a citação nos termos do artigo 730 caput e seu § 1º.

Em geral não existe motivo de expedição de ofício requisitório complementar, já que as regras para pagamento como índices e juros já estão previamente estabelecidos na sentença exequenda ou nos cálculos exequendos; e mais atualmente na Lei 9494, de 1997 e § 12, do artigo 100, da CF.

O fracionamento de precatórios é vedado pelo § 8º., do artigo 100 da CF e eventual necessidade de expedição de novo precatório decorrerá de equívoco ou de discordância dos critérios e índices utilizados.

Ou seja, estarão sendo discutidos os critérios utilizados para pagamento do precatório já expedido, inaugurando-se uma discussão diversa da execução anteriormente perpetrada,

Sendo questão nova, tal situação enseja uma nova citação, com todos os requisitos do 730 e seu § 1º. da proposta da Comissão, eis que haverá a necessidade de se conhecer os critérios e índices considerados, a conferência dos cálculos e a sentença transitada em julgado; sob pena de violar-se o disposto no artigo 5º., LV da Constituição Federal, eis que a ampla defesa e o contraditório se aplica a todos, inclusive quando uma das partes do processo é o Poder Público.

A mera manifestação, nos termos propostos, ensejará no proferimento de decisão interlocutória, que será desafiado por agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo; impedirá a expedição de precatório, por existir recurso pendente e ocasionará maior tumulto e demora no processo.

A clareza das regras é salutar para todas as partes do processo, devendo sempre se ter presente que o erário deve ser protegido para o bem de toda a coletividade, na medida em que os recursos públicos são limitados e gastos indevidos ensejarão dano a todos.

II - NOVAS PROPOSTAS À COMISSÃO DE JURISTAS

I - Parte geral

EXTINÇÃO DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO DE OFÍCIO – ELIMINAÇÃO DOS PARÁGRAFOS 5º E 6º DO ARTIGO 219.

JUSTIFICATIVA

A decretação *ex officio* da prescrição fere o direito civil, sendo inconciliável com o sistema.

Não há como estabelecer trato de convivência dessa regra com o artigo 191 do CC, que trata da renúncia; 193, que trata da possibilidade de alegação da prescrição a qualquer tempo e 802, que impede o devedor de repetir o que houver pago para solver dívida prescrita.

São regras do direito privado que indicam o compromisso do sistema com a disponibilidade do direito.

Forçoso também discordar quando a doutrina menciona que essa modificação atinge apenas o “plano processual”. É como admitir um verdadeiro DIVORCIO entre o processo, com caráter instrumental e o sistema do direito material.

E quando colidirem as regras? Como dar tratamento apenas PROCESSUAL ao tema?

Também não se vê como “salvar” a regra, impondo ao juiz a oitiva da parte contrária. Assim agindo, ter-se-á 3 possibilidades: a parte, alertada pelo juiz, alega a prescrição; a parte renuncia; a parte omite manifestação.

Ora, esse quadro equivale à negação da regra: Em qualquer dos casos, a apreciação não será de ofício, porque ou o juiz acata a alegação; ou aceita a renúncia e deixa de decretar; ou, finalmente, diante do silêncio da parte, não pode ignorar essa omissão como renúncia tácita.

Assim, tecnicamente, não há como aceitar que o juiz dependa da manifestação/omissão da parte para agir de ofício, ainda que fundado no “princípio da cooperação”, pois seria transformar em matéria de ordem pública, o que pertence ao direito privado.

E, sendo de ordem pública, o juiz, mesmo ouvindo a parte, não ficaria vinculado à manifestação da mesma, como fica na matéria de ordem privada.

Ou seja, sob qualquer enfoque, não há como sustentar a manutenção da regra em nosso sistema processual.

II. Execução

LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA – SUGESTÃO DE INCLUSÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO AO ARTIGO 475-H PARA POSSIBILITAR A INTERPOSIÇÃO DE RECURSO DE APELAÇÃO EM CASOS EM QUE O PROCESSO TENHA INÍCIO COM A LIQUIDAÇÃO

JUSTIFICATIVA

Em alguns casos, o sistema comporta tenha início o processo diretamente com a liquidação.

É o caso, por exemplo, dos processos indenizatórios baseados na sentença criminal, que asseguram, naquela seara, a liquidação dos prejuízos causados pelo processo criminal.

Nessas hipóteses, convém assegurar o rito processual adequado à plena cognição, não fazendo sentido submeter as partes a um itinerário

que traduz um processo sem apelação, porque iniciado na fase adiantada de liquidação.

Essa providência poderá evitar, mais adiante, a interposição de embargos à execução, contribuindo para a celeridade processual e para a melhor exegese constitucional do processo, atenta às garantias do contraditório e da ampla defesa.

PROPOSTA DE REDAÇÃO

Art. 475-H. Da decisão de liquidação caberá agravo de instrumento.

Parágrafo Único - Quando o processo tiver início com a liquidação, da decisão de liquidação caberá recurso de apelação.

EXECUÇÃO – DESCABIMENTO DE APLICAÇÃO DE MULTA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA PARA CUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL.

PROPOSTA DE REDAÇÃO

Art. Não cabe aplicação de multa diária em face da Fazenda Pública e autarquias para compelir-se ao cumprimento de ordem judicial.

JUSTIFICATIVA

A cominação de multa em eventual atraso no cumprimento de ordem judicial ou execução antecipatória ou definitiva contra a pessoa de direito público é contrária à própria finalidade do instituto.

As multas cominatórias foram introduzidas em nossa legislação processual objetivando dar maior coercibilidade, em especial, ao processo de execução de obrigação de fazer. Sua natureza é coercitiva e não compensatória.

Outrossim, *mutatis mutandis*, a multa cominatória está para o cumprimento da obrigação de fazer como a prisão civil está para o devedor de alimentos ou depositário infiel.

Em qualquer das situações, a medida adotada busca o cumprimento de uma decisão judicial.

Assim, como a Fazenda do Estado não poderia ter sua prisão decretada no caso de deixasse de cumprir a liminar, eis que a satisfação da referida obrigação deve ser perseguida na forma determinada na Constituição Federal ou pelo Código de Processo Civil; da mesma forma, afigura-se incabível a aplicação de multas cominatórias com o intuito de ver cumprida mais celeremente a imposição legal.

Com efeito, a imposição de multa contra a Fazenda não irá despertar o efeito pretendido pela parte contrária e pela própria lei, uma vez que o ônus da multa não recai sobre a autoridade que não cumpriu a decisão, mas sobre a pessoa jurídica que representa. O valor da multa sai do caixa do erário onde são depositados os impostos pagos pela população, que é o mesmo caixa que sustenta as políticas públicas.

Certamente um dispositivo que busque a eventual responsabilização do servidor renitente que tenha poderes de acatar a ordem judicial teria uma eficácia maior, sem onerar a população.

Nesse sentido, existem algumas decisões judiciais, que pede vênia para transcrever:

No caso, essa coação econômica exercida pela aplicação de multa diária à Fazenda do Estado mostra-se inócua, pois seus recursos materiais provêm da arrecadação de impostos, arcando o contribuinte, em última instância, com o pagamento da penalidade que foi imposta à agravante.

Por isso, a conclusão é de que o art. 644, do CPC não tem aplicação à Fazenda Pública. O cumprimento do comando da sentença referente ao cumprimento da obrigação de fazer a que foi condenada a agravante se dá com a fixação de prazo para seu cumprimento, sob pena de desobediência, com a conseqüente instauração de procedimento criminal contra o servidor faltoso, sem prejuízo das providências administrativas disciplinares que a Administração possa contra ele adotar.

Neste sentido - Agravo de Instrumento 695-5-SP, 1a. Câmara de Direito Público, Relator Desembargador Ruy Coppola, julgados em 12.03.96.²⁵.

Em se tratando de pessoa jurídica de direito público, no caso a Fazenda do Estado, inadmissível a fixação de multa pecuniária visando compeli-la ao cumprimento de decisão judicial (cumprir a obrigação principal),

²⁵ Decisão proferida pela Quinta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no agravo de instrumento n. 80.967.5/6, relator o Des. CUBA DOS SANTOS

posto que os meios cabíveis para exigir o adimplemento da execução são outros, pois o pagamento seria efetuado pelos cofres públicos e não pelo devedor renitente.

Como bem destacado pelo Desembargador Demóstenes Braga, citado nas razões deste Agravo, o que não parece apropriado é o Estado impor sanção pecuniária a si próprio, para assegurar a realização de ato burocrático, sacrificando o erário público por ato de responsabilidade individual do seu próprio agente, que deve responder administrativamente pela relutância descabida de realizar obrigação funcional" (fls. 07/08 - A.I. n. 28.572-5/2).

Pelo exposto, dá-se provimento ao presente agravo de instrumento.²⁶

INDENIZAÇÃO - condenação da Fazenda do Estado no pagamento e multa pecuniária por obrigação de fazer - inadmissibilidade - o Juízo tem condições de impor o adimplemento do comando da sentença - recurso provido."

(...) conforme já se decidiu nesta Colenda Câmara, em venerando acórdão proferido no agravo de instrumento n. 78.727-5/1, de que foi relator o Eminentíssimo Desembargador ALBERTO GENTIL, essa coação econômica exercida pela aplicação de multa diária à Fazenda do Estado mostra-se inócua, pois seus recursos materiais provêm da arrecadação de impostos, arcando o contribuinte, em última instância, com o pagamento da penalidade que foi imposta à agravante.

(...)

Se houver descumprimento de ordem judicial, a solução óbvia seria a responsabilização penal e administrativa do servidor renitente, jamais a aplicação de sanção pecuniária à Fazenda, providência inútil na lição de Vicente Greco Filho: "a multa não tem nenhum efeito cominatório porque não é o administrador renitente que irá pagá-la, mas os cofres públicos, ou seja, o povo. Não tendo efeito cominatório, não tem sentido sua utilização como meio executivo"²⁷

(...) essa coação econômica exercida pela aplicação de multa diária à Fazenda do Estado mostra-se inócua, pois seus recursos materiais provêm da arrecadação de impostos, arcando o contribuinte, em última instância, com o pagamento da penalidade que foi imposta à agravante. Por isso, a conclusão é que o artigo 644 do CPC não tem aplicação à Fazenda Pública. O cumprimento do comando da sentença referente ao cumprimento da obrigação de fazer a que foi condenada a agravante se dá com a fixação de prazo para seu cumprimento, sob pena de desobediência, com a fixação de prazo para seu cumprimento, sob pena de desobediência, com a conseqüente instauração de

²⁶ Decisão proferida, no julgamento do Agravo de Instrumento n.º 82.782-5/6, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, 6ª Câmara Direito Público, v.u., Rel. Ferreira Conti

²⁷ Agr. Instr. n.º 114.725-5/3, j. 13/5/99, 5ª Câmara, Direito Público, Rel. Paulo Franco, TJSP

procedimento criminal contra o servidor faltoso, sem prejuízo das providências administrativas disciplinares que a Administração possa contra ele adotar²⁸

AÇÃO RESCISÓRIA – ALTERAÇÃO DO PRAZO PARA PROPOSITURA EM 5 (CINCO) ANOS

JUSTIFICATIVA

Redação atual: Art. 495 - O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão.

Redação sugerida: : Art. 495 - O direito de propor ação rescisória se extingue em 5 (cinco) anos, contados do trânsito em julgado da decisão.

JUSTIFICATIVA

A coisa julgada, embora garantia constitucional que assegura a estabilidade das relações jurídicas, evoluiu para admitir, em alguns casos, a sua relativização, o que vem sendo objeto de análise nas Cortes Superiores²⁹.

²⁸ Ag. Inst. n.º 78.727-5/1, Rel. Des. Alberto Gentil, TJSP

²⁹ AÇÃO RESCISÓRIA. ACOLHIMENTO DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE POR ERRO MATERIAL. ACÓRDÃO RESCINDENDO QUE, ALÉM DE LEVAR EM CONSIDERAÇÃO A EXISTÊNCIA DE ERRO MATERIAL, REPUTOU DEVIDA A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA POR CONSIDERAR INADMISSÍVEL A PERPETRADA OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA JUSTA INDENIZAÇÃO, DA RAZOABILIDADE E DA MORALIDADE.

1. Nos termos do art. 333, II, do CPC, cabe ao réu demonstrar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Portanto, cumpriria à ré demonstrar a insuficiência do depósito prévio efetuado pelo autor, como alegado nas razões finais, ônus do qual não se desincumbiu.

2. "O pedido a ser considerado pelo juiz não se restringe aos requerimentos relacionados em capítulo intitulado "pedidos".

Entende-se como pedido o conjunto de súplicas formuladas ao longo da petição inicial" (REsp 234396/BA, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 14.11.05).

3. Em que pese o argumento de que a discussão cinge-se à possibilidade de revisão da coisa julgada (pois teria sido esse o fundamento utilizado pelo Tribunal de origem e por esta Corte para manter a decisão que acolheu a exceção de pré-executividade manejada pela ré), a constatação de ocorrência de erro material torna inócuo o debate a respeito da relativização, por inexistir coisa julgada.

4. Erro material é aquele perceptível primus ictus oculi, ou seja, aquele que se pode divisar facilmente, como na hipótese em tela, em que o dispositivo sentencial manifestamente não corresponde à vontade do magistrado.

Com esse movimento, o prazo de dois anos para a propositura da ação rescisória passou a ser insuficiente para abarcar as situações capazes de colocar em questão a validade da decisão transitada em julgado, lapso que foi considerado em outro cenário, muito anterior ao atual estágio das reformas do Código de Processo Civil.

Essa dilatação de prazo tem em conta que, não raro, são de difícil apuração os dados necessários à desconstituição da decisão judicial, o que acaba por eternizar injustiças depois verificadas flagrantes.

Com isso convém admitir que o termo final fixado pelo CPC em vigor deixa a descoberto situações que acabam gerando tentativas de desconstituição pela via da teoria da relativização, muitas vezes deixando o jurisdicionado frente a óbices que revelam-se intransponíveis, inobstante a evidência do direito reclamado, já que destinado esse expediente a situações extraordinárias³⁰.

5. O laudo pericial estabeleceu que os prejuízos causados ao autor perfaziam, àquela data, os montantes de Cr\$ 17.111.553,00, no que se refere à Eletrosul, e de Cr\$ 1.270.062,50, no que tange à CEEE. A juíza condenou as rés ao pagamento das quantias especificadas no referido laudo, efetuado em 1980. Assim, por óbvio a correção monetária de tais valores apenas poderia ocorrer a partir da data da elaboração do laudo, uma vez que sua retroação até o momento da instalação da rede elétrica no terreno – como determinado apenas relativamente à Eletrosul – acarretaria dupla incidência naquele período.

6. "Theodoro Júnior, tratando de caso em que o juiz fez incidir correção monetária sobre valor principal já atualizado, consigna que isso não poderia retratar 'vontade' do julgador, apenas podendo ser considerado um 'lapso', que 'jamais entrou no ato de inteligência e vontade do magistrado'. Afinal, 'inadmissível é adotar-se uma interpretação de vontade sentencial que conduza a uma imoralidade'.

Tratando de situação muito semelhante, Teresa Wambier observa que 'o que ocorreu no caso sob exame não foi dúvida quanto ao critério adotado, mas certeza, absoluta certeza, de que uma mesma quantia não pode ser corrigida duas vezes, por dois índices!'. Julgando caso também similar, o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão cuja ementa destaca a necessidade de 'interpretação coerente e razoável', decidiu que 'não se pode entender como coerente a incidência de uma correção monetária retroativa ao ano de 1981, quando o laudo de avaliação do imóvel, elaborado em fevereiro de 1984, já correspondia ao valor atualizado da área à época" (Eduardo Talamini, in "Coisa Julgada e sua revisão", no tópico intitulado "Erro material e razoabilidade da atuação estatal" - Editora Revista dos Tribunais – São Paulo – 2005, pág. 530).

7. O art. 485, IV, do Código de Ritos prevê a possibilidade de ajuizamento de ação rescisória quando a decisão rescindenda houver ofendido a coisa julgada. Na espécie, como já dito, houve erro material, que não faz coisa julgada. Por conseguinte, incabível a rescisória proposta com fundamento no referido preceito normativo.

8. Ação rescisória extinta, sem resolução de mérito.

(AR 3.697/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

³⁰ Ação de nulidade (querella nullitatis). Coisa julgada material (relativização). Situação extraordinária (não ocorrência).

1. Admite-se a relativização da coisa julgada material em situações extraordinárias, por exemplo, quando se trata de sentença nula ou inexistente, embora haja, no Superior Tribunal, vozes que não admitem a relativização em hipótese alguma.

2. Em se tratando de sentença injusta, ou melhor, de errônea resolução da questão de fato (erro de fato), como na espécie (é o que se alega e é o que se diz), não é lícito o emprego da ação de nulidade.

Tendo em conta a teleologia das reformas e dos estudos direcionados ao novo diploma processual civil, o alargamento desse prazo não só proporcionará a possibilidade de, descoberto o vício em data posterior ao atual sistema, vir a ser devidamente entregue a justiça como deveria ter sido na ocasião apropriada, como também evitará a atividade recursal decorrente das tentativas infrutíferas de utilização das vias atuais de desconstituição.

IMPOSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

JUSTIFICATIVA

O tema da inversão do ônus da prova merece fundamentada digressão, de modo a trazer o verdadeiro enfoque da matéria.

O ônus da prova, no dizer de ECHANDIA “é o poder ou faculdade de executar livremente certos atos ou adotar certa conduta prevista na norma, para benefício e interesse próprios, sem sujeição nem coerção e sem que exista outro sujeito que tenha o direito de exigir seu cumprimento, mas cuja inobservância acarreta conseqüências desfavoráveis”.³¹

O princípio distributivo atinente ao ônus da prova tem base legal no Código de Processo Civil³². De acordo com esse sistema, incumbe ao Autor a prova da ação e ao réu, da exceção. De modo mais simples, cada parte tem a faculdade de produzir prova favorável às suas alegações, o denominado *ônus da afirmação*, de que tratou ROSEMBERG.³³

3. A admissão, em casos que tais, da querella nullitatis contribuiria para descaracterizar, mais e mais, a substância da coisa julgada – a sua imutabilidade.

4. Recurso especial do qual se conheceu e ao qual se deu provimento para se restabelecer a sentença que indeferira a inicial.

(REsp 893.477/PR, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 22/09/2009, DJe 19/10/2009)

³¹ *Teoría General de La Pueba*. 6 Ed. Buenos Aires: Zavalia Editor, 1988, tomo I, 2º volume.

³² O artigo 282 do CPC dispõe que A petição inicial indicará: VI- as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados. O artigo 333 dispõe que O ônus da prova incumbe: I- ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II- ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativa ou extintivo do direito do autor; Parágrafo único – É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I- recair sobre direito indisponível; II- recair sobre direito indisponível da parte; II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

³³ Segundo o Autor, trata-se de conceito que corresponde direta e integralmente ao ônus da prova – Leo Rosenberg .

Também BETTI ressalta que a divisão do ônus da prova acompanha o da afirmação, compatível com a diferente posição processual das partes.³⁴

CARNELUTTI considera que o critério para determinação do ônus da prova reside no *interesse* na afirmação, o que se harmoniza com o conteúdo da lide e decorre de regra de experiência, segundo a qual as partes buscam a prova dos fatos que lhes sejam favoráveis.³⁵

Resulta óbvio que nenhuma das partes será obrigada a (ou terá interesse em) fazer prova contrária às suas alegações, a favor do demandante adverso, ficando o tema restrito à seara da prova negativa quanto ao fato constitutivo.

Em sede de responsabilidade civil, a Lei 8.078/90, atual Código de Defesa do Consumidor (artigo 6º, VIII), contém dispositivo que permite a inversão do ônus da prova, desde que verificadas a verossimilhança do direito e a condição de hipossuficiência do demandante.

A respeito, convém ressaltar que, ao contrário da opinião de alguns doutrinadores, a simples condição de hipossuficiência não autoriza, por si só, essa modificação, pois a total ausência de evidências do indispensável nexo de causalidade redundaria em esdrúxulas situações.

ANTONIO GIDI a respeito adverte que “verossímil a alegação sempre tem que ser. A hipossuficiência do consumidor, de per se não respaldaria uma atitude tão drástica como a inversão do ônus da prova, se o fato afirmado é destituído de um mínimo de racionalidade. A ser assim, qualquer mendigo do centro da cidade poderia acionar um shopping center luxuoso, requerendo, em face de sua incontestável extrema hipossuficiência, a inversão do ônus da prova para que o réu prove que seu carro não estava estacionado nas dependências do shopping e que nele não se encontravam suas compras de natal.”³⁶

A verossimilhança, de outro lado, com a devida *venia* de larga doutrina, não se resume a uma mera plausibilidade de direito, mas à evidência desse direito, como do próprio termo resulta. JOSÉ ROBERTO BEDAQUE analisa o termo concluindo que “embora tal requisito esteja relacionado com aquele necessário à concessão de qualquer cautelar – o *fumus boni iuris*, tem-se entendido que tais expressões não são sinônimas, pois prova inequívoca significa um grau mais intenso de probabilidade da existência do direito”.³⁷

³⁴ *Diritto Processuale Civile Italiano*. 2 Ed., Foro Italiano 1936, p. 335

³⁵ *Sistema di Diritto Processuale Civile*. Padova:Cedam, 1936, vol.1.

³⁶ *Revista de Direito do Consumidor*, v, 13, p. 34

³⁷ *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*. Considerações sobre a Antecipação de Tutela Jurisdicional. São Paulo: RT, 1997, p. 235.

O instituto da antecipação da tutela consagrou o princípio da verossimilhança, aliando-o à condição de prova inequívoca. Carlo Furno fala em *noção da verdade suficiente*³⁸. Portanto, a doutrina vincula o termo verossimilhança à prévia existência de prova inequívoca do direito, ônus a cargo do demandante.

Aliás, a doutrina tem emprestado ao tema relevância que sequer foi admitida por KAZUO WATANABE, um dos autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, o qual admite que “não há uma verdadeira inversão do ônus da prova. O que ocorre, como bem observa LEO ROSEMBERG, é que o magistrado, com a ajuda das máximas de experiência e das regras da vida, considera produzida a prova que incumbe a uma das partes. Examinando as condições de fato com base em máximas de experiência, o magistrado parte do curso normal dos acontecimentos e, porque o fato é ordinariamente a consequência ou o pressuposto de outro fato, em *caso de existência deste, admite também aquele como existente, a menos que a outra parte demonstre o contrário. Assim, não se trata de uma autêntica hipótese de inversão do ônus da prova.*”³⁹

Mesmo frágil a inversão, quase inócua, sendo o Poder Público parte na demanda, a questão há que ser examinada de forma adequada ao sistema de garantias processuais da Fazenda Pública.

Tais garantias (e não privilégios) decorrem da supremacia do interesse público em confronto com o individual. ÁLVARO MELO FILHO justifica esse sistema afirmando que “significa ser no interesse público que se radica o traço determinante de legitimidade fundamentadora, perante o ordenamento jurídico, do fator discriminatório que identifica a observância do princípio da isonomia, pois é nítido que a Fazenda Pública reúne uma série de atribuições e interesses que não são de seu proveito próprio mas, sim, da coletividade que a criou”.⁴⁰

Pois bem, a respeito o atual Código de Processo Civil, artigo 320, inciso II,⁴¹ não admite a decretação dos efeitos da revelia nas demandas que versam sobre bens indisponíveis, como é o caso da

³⁸ *Teoria de La Pueba Legal*. Revista de Derecho Privado, Madri Editorial, 1954, p. 34.

³⁹ Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. 5^a Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, pg. 617 – grifo nosso.

⁴⁰ *Revista de Processo*, v. 75, p. 179. O mesmo autor colaciona a posição do Supremo Tribunal Federal, no voto do Min. Moreira Alves, segundo o qual não há violação do princípio da isonomia, tendo em vista a circunstância de que, a meu ver, não ocorre no caso, a igualdade de situação das partes, que é pressuposto necessário para que esse princípio se aplique. – *Revista Trimestral de Jurisprudência* – volume 94, pg. 214

⁴¹ De acordo com o artigo 320 do CPC A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente: ... II- se o litígio versar sobre direitos indisponíveis.

Fazenda Pública⁴², encerrando, portanto, regra de presunção *juris tantum* a favor da Fazenda Pública, entre outras hipóteses.

ROGÉRIO LAURIA TUCCI preleciona que “segundo opinião generalizada em direito processual, a noção de direito indisponível importa a inadmissibilidade de presunção de verdade relativa”⁴³.

De acordo ainda com o disposto no artigo 334, IV, do CPC, “não dependem de prova os fatos: ... IV- em cujo favor milita a presunção legal de existência ou veracidade”.

LUIZ EDUARDO BOAVENTURA PACIFICO afirma a respeito que “a presunção produz, pois, uma modificação do tema de prova”.⁴⁴. E, “ocorrendo presunção, não importa o posicionamento das partes no processo, o ônus da prova será sempre atribuído àquele a favor de quem a presunção não milita”, preleciona PONTES DE MIRANDA⁴⁵. RAPHAEL CIRIGLANO também afirma que “estas presunções dispensam o ônus da prova àquele que as tem a seu favor”.

As disposições do Código de Defesa do Consumidor que revelam idêntica hipótese de inversão legal do ônus da prova, merecem trato de convivência com as de regra geral, especialmente quando a norma especial não as tenha revogado expressamente.

A jurisprudência tem enfatizado essa posição, a exemplo do que se destaca:

Indenização. Danos causados pelo exercício de profissão liberal. Má prestação de serviços médicos. Prova de culpa necessária. Incumbência que compete ao Autor, porquanto a responsabilização objetiva de nenhuma forma pode afastar-se das normas gerais processuais atinentes ao ônus probatório. Aplicação do parágrafo 4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.⁴⁶

Do corpo desse acórdão consta ainda que “nem se diga que o Código de Defesa do Consumidor consagra um direito novo, desligado do antigo; antes, o que existe é o direito antigo revelado em posições novas e mais atuantes....”⁴⁷.

⁴² A propósito, decisão do Tribunal Regional Federal, de cuja ementa se extrai que a revelia não importa em presunção absoluta da verdade dos fatos, principalmente quando o litígio versar sobre direitos indisponíveis, como ocorre com relação à União Federal, cujos procuradores não podem transigir, salvo se autorizados por lei específica. *Revista de Processo* v. 77, p. 332. Ainda: Inaplicabilidade dos efeitos da revelia à Fazenda Pública, nos termos do artigo 320,II do CPC. – *Revista de Processo* volume 85, pg. 422. E ainda: Súmula 256/TFR e RTFR 90/31, 121/133, 125/42, 133/79, RT 741/279 e RJTJESP 82/246, 92/221, 110/52.

⁴³ *Do Julgamento Conforme o Estado do Processo*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 267.

⁴⁴ *O Ônus da Prova no Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, p.164.

⁴⁵ *Código de Processo Civil Comentado*, Comentário ao artigo 333 do CPC, p. 227.

⁴⁶ Agl 179.184-1/4, 5ª Câmara Civil, Rel. Des. Marco Cesar, j. 17.9.92.

⁴⁷ *Idem*, p. 333.

Ademais disso, BARBOSA MOREIRA admite que “a distribuição do ônus probatório, nos litígios envolvendo consumidores, assim como nos demais de natureza civil, se submete, em princípio, às normas do artigo 333 do CPC, pois o direito processual codificado é o direito comum, que obedece todo e qualquer procedimento, salvo naquilo que o texto específico diversamente porventura disciplina ou que com o seu sistema seja incompatível”.⁴⁸.

Além disso, essa modificação no campo probatório não decorre das circunstâncias do caso ou de determinação judicial, mas de imperativo legal, sujeito a interpretação restritiva.⁴⁹

PACIFICO menciona a respeito que as normas de inversão do ônus probatório, referindo-se expressamente à Lei 8078/90, “revestem-se desenganadamente de caráter excepcional e, como tal, só podem ser interpretadas restritivamente: *Exceptiones sunt strictissimae interpretationis.*”⁵⁰

Revela-se então inadmissível a aplicação das regras de inversão do ônus probatório contra a Fazenda Pública, porque incompatível com as normas de distribuição contempladas em nosso *Codex*, plenamente vigente.

DA NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DAS PRERROGATIVAS DA FAZENDA PÚBLICA

A manutenção das prerrogativas da Fazenda Pública é medida que atende os interesses da coletividade e auxilia na preservação do erário.

Existem peculiaridades na advocacia do Estado que destoam do processo comum e essas desigualdades também devem ser consideradas e mantidas justamente com vistas ao atendimento do interesse público e da coletividade – o Estado gere um bem público pertencente a toda a população.

Visando evitar repetição de argumentos, para demonstrar os motivos da necessidade de manutenção das prerrogativas da Fazenda Pública, reporta-se ao anexo I, que segue.

⁴⁸ *Revista de Processo*, v. 86, p. 295.

⁴⁹ ANTONIO GIDI afirma que *não diz a lei que fica a critério do juiz inverter o ônus da prova. O que fica a critério do juiz (rectius, a partir do convencimento motivado) é a tarefa de aferir, no caso concreto levado à sua presença, se o consumidor é hipossuficiente e se a sua versão dos fatos é verossímil. Apenas até aí vai a sua esfera de poder de decisão. Aspectos da Inversão do Ônus da Prova no Código do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor*, v. 13, p. 33.

⁵⁰ Obra citada, p. 161.

ANEXO I

TEXTO ELABORADO PELO DR. JOSÉ ROBERTO DE MORAES, COM BASE NO QUAL VEIO A SER ARQUIVADO O PROJETO DE LEI DO SENADO QUE TRATAVA DA REDUÇÃO DE PRAZOS A FAVOR DA FAZENDA PÚBLICA

FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO – PRERROGATIVAS OU PRIVILÉGIOS

*José Roberto de Moraes,
Procurador do Estado de São Paulo aposentado. Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da PUC/SP*

O tema proposto é difícil de examinar por uma única razão: é tormentoso analisar um tema completamente despido daquilo que envolve a atividade profissional. Os problemas enfrentados diariamente fazem com que o pensamento acabe tendendo para esta ou aquela posição. Então é evidente que um procurador do Município, do Estado ou da União acha 60 dias para contestar um tempo extremamente pequeno, e é evidente que um advogado particular que tem 15 dias para contestar não concorda que o procurador tenha 60 dias para responder. E é natural ao advogado particular sustentar que esses 60 dias dados à Fazenda Pública constituem um privilégio odioso, quicã inconstitucional, e é evidente que o advogado público, o procurador da Fazenda Pública, vai verificar que esses 60 dias constituem até um tempo relativamente pequeno em face a todas as providências que ele tem que adotar.

Assim, a análise dessa participação da Fazenda Pública em juízo sempre acaba envolvendo um aspecto particular.

A questão é fundamentalmente constitucional porque se indaga sempre se estas prerrogativas dadas à Fazenda Pública não estariam ofendendo a regra da igualdade, o princípio da isonomia. A primeira observação que temos a fazer e todos os autores têm feito é que se o princípio da isonomia era na Constituição passada apenas um direito fundamental — constituía ele o inciso I do antigo artigo 153 — agora, na Constituição atual, ele, podemos dizer, “subiu de posto”. Ao invés de ser apenas um direito fundamental passou a ser um princípio norteador, tanto é que a regra da isonomia hoje faz parte do *caput* do

artigo 5º, servindo de diretriz para interpretar todo o restante da Constituição, servindo como diretriz para interpretar todos os direitos e garantias fundamentais que estão arrolados no artigo 5º. Sendo assim, quando o artigo 5º da Constituição diz que todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos que seguem — e aí vem aquelas dezenas de incisos estabelecendo esses direitos — todos eles estão debaixo do primeiro enunciado que todos são iguais perante a lei.

Se se verificar desde as origens constitucionais qual é o destinatário deste “todos são iguais perante a lei”, conclui-se que, evidentemente, ele se destina aos poderosos e, na origem constitucional, destina-se ao Estado, funcionando a Constituição como um freio do poder estatal em relação aos particulares tentando estabelecer a igualdade do soberano em relação aos súditos. Desde que se tem memória deste princípio, e até hoje, ele tem sido interpretado no sentido de se buscar a igualdade real e não a igualdade formal. Isto é: todos são iguais perante a lei enquanto forem iguais; se há diferença, para haver igualdade, a lei precisa tratar diferentemente. É o velho brocardo: tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades.

A fim de se sistematizar, de forma prática, a aplicação desta regra, propõe-se algo que o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello colocou quando tratou desse princípio da igualdade, estabelecendo a necessidade de se examinar a razoabilidade de eventual discriminação que seja feita para verificar o atendimento deste princípio constitucional. Pimenta Bueno, mencionado pelo Professor Celso Antônio, falava de uma razão muito forte. É necessário que no momento em que se encontre uma lei que, numa primeira análise, ofenda esse princípio de que todos são iguais perante a lei, no momento que se encontre uma lei que estabelece discriminações, diferenciações entre as pessoas é preciso verificar se é razoável essa discriminação e se há uma razão muito forte para fazer essa discriminação. Se essa razão muito forte for encontrada — e aí o Professor Celso Antônio coloca, com o brilhantismo de sempre, alguns critérios ou alguns parâmetros que se examinarão mais adiante, se a medida atende a esta finalidade e não permite a interpretação diversa etc. — é possível a discriminação, caso contrário, não.

Mesmo porque se se pensar bem uma regra desse tipo “todos são iguais perante a lei” aplicada, entre nós, sob o aspecto formal, o Brasil como um Estado de Direito estaria falido, porque passaria a não existir. Se não se reconhecesse a desigualdade social que existe e se adotassem medidas para restaurar esse direito social e se aplicasse formalmente o princípio de que todos são iguais perante a lei, evidentemente o poderio econômico dominaria e nós continuaríamos numa sociedade escravagista, abandonando-se o Estado de Direito.

Sendo assim, na própria essência da formação e da existência da nossa sociedade já se verifica que esse princípio tem que ser analisado de maneira real e não formal, o que já nos leva à conclusão de que essa colocação do Professor Celso Antônio e de tantos outros, tem integral procedência, ou seja: na realidade quando se diz que a lei pode fazer discriminação desde que haja presente o princípio da razoabilidade está se admitindo que realmente o princípio, tal qual ele está esculpido na constituição “todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza”, não poderia ser interpretado literalmente.

Surge neste contexto o problema das chamadas prerrogativas processuais da Fazenda Pública. Prerrogativas, como bem acentuado no título desta palestra e não privilégios, como usualmente se denomina.

Jorge Miranda, com muita propriedade, dizia que a lei quando cria um privilégio faz surgir uma situação de vantagem não fundada, sem fundamento e, quando ela cria uma discriminação, cria situações de desvantagem. Então o fato de discriminar e criar situações de desvantagem não provoca necessariamente privilégios, a não ser que esta situação de vantagem seja uma situação de vantagem não fundada, não fundamentada.

Pois bem, o nosso estatuto processual e algumas leis extravagantes tentaram estabelecer algumas regras estabelecendo discriminações em relação à Fazenda Pública em juízo. Mas não só com relação à Fazenda Pública porque o próprio Ministério Público quando atua nas suas diversas facetas dentro do processo apresenta também estas situações de vantagem.

O que resta saber é, em primeiro lugar, se há razoabilidade nestas medidas. Elas atendem o seu objetivo para saber se estão conforme ou não a esta regra insculpida na Constituição que nós já vimos que não pode ser uma regra interpretada literalmente?

A primeira destas situações consta do artigo 188 do Código de Processo Civil, quando dispõe que o Ministério Público, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, bem como as suas Autarquias e Fundações gozarão do prazo em dobro para recorrer e ajuizar ação rescisória e em quádruplo para contestar. Por ora, não vamos nos preocuparmos com a questão do prazo em dobro para ação rescisória porque há um item específico quanto ao tema a final e também porque esta expressão “para a ação rescisória” está com a sua vigência suspensa através de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal (ADIn nº 1.910, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence).

É interessante verificar a história do Código de Processo Civil, desde os Códigos estaduais, porque neles não encontramos esta diferenciação. Tanto que o Ministro Alfredo Buzaid, ao elaborar o anteprojeto do atual Código de Processo Civil, não colocou esta regra, sustentando que ela existia para privilegiar o servidor público nem sempre eficiente e nem sempre diligente o que, a mim, parece-me uma falta de perspectiva ou, pelo menos, uma visão distorcida do problema. Como o Ministro achava que a lei não podia pressupor esta situação, não estabeleceu nenhuma diferenciação de prazo quer para recorrer quer para contestar.

Na votação do Projeto no Congresso é que foi acrescentado este artigo 188 dando então o prazo de dobro para recorrer e quádruplo para contestar.

Necessário tomarmos a lição do Professor Celso Antônio para verificarmos se há razoabilidade nesta discriminação de prazos. A primeira razão que usualmente é encontrada para justificar esta regra é a da supremacia do interesse público sobre o interesse particular. Discordamos, em parte, desta colocação porque não se pode deixar de entender que respeitar sempre que possível o princípio da isonomia é, justamente, resguardar o interesse público, talvez o maior interesse público. Então, embora se utilize muito este argumento não nos parece que a solução esteja nele.

Há, no entanto, uma segunda razão. A Fazenda Pública quando está em juízo está defendendo o erário. Na realidade aquele conjunto de receitas públicas que possam fazer face às despesas não é de responsabilidade, na sua formação, do governante do momento. É toda a sociedade que contribui para isso. Ficando no terreno estadual, todos nós aqui pagamos diariamente uma razoável quantidade, por exemplo, de ICMS, desde o momento que nós acordamos, fomos tomar banho, escovar os dentes e tomamos nosso café da manhã etc. E passamos fazendo isso o dia inteiro e toda a sociedade faz isso, nesse sistema tributário nosso, com toda certeza, até com razoável exagero.

Ora, no momento em que a Fazenda Pública é condenada, no momento em que a Fazenda Pública sofre um revés, no momento em que a Fazenda Pública tenha que contestar uma ação ou recorrer de uma decisão, o que se estará protegendo, em última análise, é o erário. É exatamente esta massa de recursos que foi arrecadada e que evidentemente supera, aí sim, o interesse particular. Na realidade a autoridade pública é mera administradora. É lamentável, não há como omitir isto — e esta é uma das deficiências extremamente sérias que nosso sistema apresenta —, que não exista a possibilidade eficaz de punição pela chamada responsabilidade política, ou seja: se um administrador, qualquer que seja, gastar mal o dinheiro público desde que ele faça por meio que a lei permite (licitação, procedimentos administrativos, etc.), ele não pode ser apenado dentro da sua opção. Esta é uma desvantagem nossa, do nosso sistema que dá ao

governante um arbítrio completo sobre como ele vai utilizar estes recursos, mas não se pode penalizar o sistema tal qual foi concebido porque eventual governante errou. Na realidade o procurador da Fazenda Pública quando está defendendo dada causa, está sempre, obrigatoriamente, necessariamente defendendo o erário.

Pois bem, o fato de se estar defendendo uma pessoa jurídica de direito público, o fato de se estar defendendo, em última análise, o erário, traz também algumas conseqüências. O advogado público, diferentemente do advogado particular não pode recusar causas. Pelo menos em número ele não pode. Claro, existe uma margem de liberdade, quando, por exemplo, alguma causa ferir algum princípio ético, desde que esta recusa se dê fundamentadamente. Quanto ao número das causas que terá de cuidar, entretanto, não há como haver qualquer recusa. Eis aí um problema sério.

Em qualquer escritório particular, o advogado tem condições de verificar as condições que tem para atender bem, diligentemente, na medida que o cliente merece, um determinado número de ações. Quando este limite for ultrapassado, o escritório deixa de absorver as causas e indica um novo colega porque não se vai poder dar à nova causa o mesmo atendimento e zelo das demais porque a capacidade de atendimento e funcionamento do escritório já se esgotou.

Isto não ocorre com o advogado público. Ele está tratando de trezentas causas e, de repente, ele recebe mais cinqüenta, recebe mais cem, mais duzentas, mais trezentas, mais setecentas. Chega a duas mil ou a três mil ações. Há, hoje, na Procuradoria Geral do Estado de São Paulo advogados que acompanham doze mil ações em dezessete comarcas diferentes.

Costuma-se, inclusive, dizer aos dirigentes do governo que mais do que a preocupação que o advogado público tem enquanto procurador da Fazenda porque está imerso nessa enorme massa de trabalho, deve ter o governante porque, nestas condições, é óbvio que algo não está sendo defendido adequadamente, o que é preocupante para a sociedade, porque ela está sendo prejudicada. Esta é uma situação de realidade e não é privilégio do Estado de São Paulo, Situações similares ocorrem nas diversas Prefeituras, na União e nas procuradorias dos demais Estados.

Neste contexto, é evidente que dar prazo maior para um procurador da Fazenda Pública significa cumprir o princípio da igualdade constitucionalmente assegurado. Desigualdade na lei para igualar na realidade. Alguém poderia dizer que este acúmulo de serviço é problema do Estado e problema da Fazenda Pública. Que fossem contratados mais procuradores !. Nestas condições, dois outros problemas surgiriam.

Primeiro: quantos novos procuradores devem ser contratados? Não se sabe quantas novas ações vão ser ajuizadas contra o Fazenda Pública. Há, ainda, surpresas. Por exemplo, recentemente a Procuradoria Judicial do Estado de São Paulo foi brindada com sete mil ações de uma vez só, em razão da alienação da FEPASA para o governo federal, ficando o Estado apenas com parte do passivo trabalhista, relativo à questão de complementação de aposentadorias, sem prejuízo de todas as ações que entram diariamente. Logo é um problema difícil dimensionar a quantidade necessária de novos procuradores.

Em segundo lugar, um número maior de procuradores onerará aquele mesmo erário que se visa preservar.

Justamente para resolver, *in concreto*, estas questões é que a lei resolveu estabelecer estes prazos diferentes.

Sob o aspecto prático a medida tem ainda maior justificativa. Em nenhuma das unidades da nossa federação existe a distribuição dos órgãos jurídicos de defesa do Estado, defesa contenciosa das ações, por Secretarias, por Ministérios ou por órgãos a não ser os da Administração indireta. Na realidade existe em todos estes órgãos um corpo de advogados que dita a orientação jurídica do Estado, especialmente nesta área do contencioso.

Cada vez que alguém entra com uma ação contra a Fazenda Pública aquele advogado público terá que se dirigir ao órgão que deu origem àquela ação para dele colher as informações necessárias sobre a matéria de fato para que possa fazer a contestação. Quem já viveu na administração pública sabe o quanto isto é difícil, em face dos escaninhos burocráticos a serem preenchidos ou percorridos. A pessoa procurada não é a pessoa certa. Quantas vezes, no curso do prazo para contestar, encontra-se a seguinte resposta: “- Não, o senhor pediu para fulano; fulano não sabia; tinha que ter pedido para sicrano, etc.”. E aí chega no sexagésimo dia, às 10 horas da manhã, e o procurador afirma, pasmo: “- Eu tenho que terminar a contestação e não chegou informação nenhuma”. Depois de muito brigar, alguém passa um fax com alguns dados para ele poder terminar a peça na hora. Isso porque nos dias anteriores pleiteou essas informações até para saber se vale a pena discutir a matéria de fato ou não. Quanto os fatos são incontroversos e só há necessidade de questionamento acerca do aspecto jurídico da questão não há maiores problemas. A dificuldade surge, precisamente, quando a matéria de fato é controversa ou não está colocada de maneira adequada. Quem pode fornecer esta orientação?

No caso do Estado de São Paulo há um decreto do governador obrigando todos os órgãos a atenderem as solicitações dos procuradores prontamente sob pena de responsabilização administrativa. Se os problemas do Brasil pudessem ser resolvidos por decretos ou por sentenças tudo já estaria solucionado entre nós. A

máquina estatal é complexa e demanda todos esses escaninhos para poder buscar aquela informação importante para a elaboração de uma contestação ou de um recurso.

De novo encontra-se aqui a existência dessa prerrogativa de prazo como uma forma de igualar as situações fáticas. O advogado particular chama o seu cliente e pede desse cliente as informações. O advogado particular quando recebe seu cliente para contestar uma ação, já toma conhecimento dos fatos da causa, com quais documentos poderá contar e quais as provas que serão necessárias para o deslinde da questão. No caso das Fazendas Públicas, ao contrário, é o advogado que recebe a citação pelo cliente e é ele que vai atrás dos diversos órgãos para obter as informações necessárias para a elaboração da defesa ou do recurso.

Sendo assim, parece-me que, nesse aspecto, relativo ao prazo, a discriminação é, no dizer do Professor Celso Antônio, razoável. Portanto é uma discriminação que encontra justificativa até em atendimento ao próprio princípio da igualdade.

Outro fator que deve ser destacado aqui pela sua relevância diz respeito às chamadas intimações pessoais. Apenas para mencionar um exemplo: o artigo 25 da Lei de Execuções Fiscais, a Lei nº 6.830/80, dispõe que, na execução fiscal, qualquer intimação do representante judicial da Fazenda Pública será feita pessoalmente. Frise-se que existe um projeto de conversão de medida provisória correndo no Congresso Nacional que pretende introduzir um dispositivo deste no Código de Processo Civil, para que esta intimação pessoal seja realizada em todo e qualquer processo em que a Fazenda Pública seja parte, o que já ocorre, *v.g.*, com os Advogados da União e os Procuradores da Fazenda Nacional, por força do art. 38 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993 e art. 6º da Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995, bem assim, com os membros da Defensoria Pública da União *ex vi* do art. 44 da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994.

Um exemplo ilustrará os problemas envolvidos com esta intimação pessoal. Na comarca de São Paulo, apenas para se ter uma idéia, há na área estadual, hoje, cerca de 600 mil execuções fiscais em andamento, sendo que 350 mil estão nas Varas da Capital e há cerca de 1 milhão e 200 mil execuções municipais da Fazenda Municipal na Comarca da Capital.

Evidente que este número de processos implica em um tratamento diferenciado até por uma questão de lógica. Se se é juiz em um local em que há 350 mil processos do mesmo autor e com réus diferenciados é evidente que o tratamento para o autor acaba sendo diferente porque é sempre o mesmo, implicando, por exemplo, que determinadas medidas sejam tomadas em caráter coletivo. Pois bem,

estabeleceu-se na Comarca da Capital — e isso vale para várias comarcas do interior — um sistema em que o juiz abre vista dos autos e expede um mandado, via oficial de justiça, informando que nos processos tais e quais há prazo para a prática de determinado ato processual.

Com estes números, não é difícil que haja uma média de 2.500 processo por dia em que determinado procurador deve se manifestar, recebendo, para tanto, mandado de intimação em que é feita a relação correspondente. Particularmente, temos a impressão de que seria preferível que estas intimações fossem feitas pelo Diário Oficial, nos termos do art. 236, *caput*, do Código de Processo Civil, até para que houvesse mais tempo para que os Procuradores pudessem cumprir os seus respectivos prazos.

Veja-se, entretanto, o que aconteceu: embora a Lei 6.830/80 não faça nenhum tipo de restrição, em segunda instância, o Tribunal de Justiça e os Tribunais da Alçada do Estado de São Paulo não determinam que as intimações judiciais das execuções fiscais que se processam em segunda instância sejam feitas pessoalmente. Até por sua patente inviabilidade prática.

Basta imaginar, por exemplo, que a Prefeitura Municipal de Rosana, na ponta do Pontal do Paranapanema, promoveu uma execução fiscal contra o devedor, que a embargou e que, mediante recurso, os autos vieram para o Tribunal de Justiça. Rigorosamente, o Tribunal de Justiça, para intimar da distribuição do processo, teria que mandar uma carta de ordem ao juízo de Rosana para que se intimasse a Prefeitura. Para colocar em pauta o julgamento da apelação daquele caso, uma nova intimação pessoal teria que ser expedida nos mesmos moldes. Idem para o resultado do julgamento; depois o acórdão e assim por diante. Se nos lembrarmos que são 635 municípios só no Estado de São Paulo, é perceptível que não há como se exigir o cumprimento desse dispositivo em segunda instância. Tanto assim que não há insurgências de nenhuma das Fazendas Públicas quanto ao não cumprimento deste dispositivo legal quando as execuções fiscais encontram-se em segunda instância.

Talvez o ideal fosse que a lei estabelecesse que esta intimação pessoal só devesse se dar quando a execução fiscal estivesse em primeira instância.

Mas o certo é que, a despeito de toda essa dificuldade prática operacional em função do número de processos que existem, do número de municípios, do número de entes que podem lançar mão dessa execução fiscal, a medida existe e é aplicada no que tange à primeira instância e encontra sua justificativa justamente em razão do grande número de execuções. O autor da Lei 6.830/80, quando a elaborou, sabia disso e que com as Fazendas Públicas trabalha-se

sempre com volumes expressivos e que a publicação acaba sendo, no mais das vezes, uma mera ficção.

Outra prerrogativa processual da Fazenda Pública que existe e que me parece a mais simples de todas é a relativa à isenção de custas. Costuma-se colocar que a Fazenda Pública não precisa pagar determinadas custas do processo.

Na realidade essa isenção de custas para a Fazenda Pública e para o Ministério Público é algo absolutamente natural. Se se está tratando da União Federal não tem sentido algum a União Federal pagar custas para a justiça federal já que é do orçamento da União como um todo que sai a manutenção da justiça federal. Assim como no caso do Estado não tem sentido o Estado pagar custas na justiça estadual porque, em última análise, sua justiça é ele próprio. A única opção do legislador foi no tocante à Fazenda Municipal. O legislador, neste caso, até por um tratamento isonômico entre as Fazendas, resolveu isentá-la também. Isso, no entanto, no tocante às custas e emolumentos.

Há uma pequena diferença no tocante às despesas processuais e aqueles chamados ônus processuais: depósito para ação rescisória, depósito para recorrer etc. No tocante às despesas processuais, extração de cópias ou a mais comum, as diligências do Oficial de Justiça, o Superior Tribunal de Justiça já fixou orientação na interpretação do artigo 27 do Código de Processo Civil, ao sustentar que as despesas relativas aos atos processuais praticados a requerimento do Ministério Público ou da Fazenda Pública serão pagas a final pelo vencido. Esta interpretação significa, todavia, que tais despesas deverão ser pagas a final pelo vencido em reembolso, porque terão que ser adiantadas pela Fazenda Pública. O oficial de justiça não tem obrigação de trabalhar de graça porque é a Fazenda Pública quem requer a diligência; o perito não tem a obrigação de fazer a perícia de graça porque é a Fazenda Pública que a requereu. Especificamente com relação à execução fiscal, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 190, pela qual “na execução fiscal, processada perante a justiça estadual, cumpre a fazenda publica antecipar o numerário destinado ao custeio das despesas com o transporte dos oficiais de justiça”.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, interpretando estes julgados do Superior Tribunal de Justiça, entende que pagamento antecipado significa a desnecessidade de aguardar o desfecho da ação. Ou seja, não há necessidade de esperar o término da ação para pagar as diligências do oficial de justiça ou outras despesas. O que se tem verificado, neste contexto, é que as diligências são pagas consoante mapas elaborados mensalmente pelos oficiais e de acordo com a disponibilidade orçamentária do Estado de São Paulo, independentemente do andamento do processo.

Com isto não se interpreta o artigo 27 do Código de Processo Civil de forma literal no sentido de que as despesas deverão ser adiantadas por alguém e pagas só no final da ação. Mas também não se interpreta a orientação do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a Fazenda Pública tem que adiantar aquela despesa, antes da realização da diligência.

O regime jurídico destas isenções da lei processual civil alteram-se um pouco quando se se refere às multas ou aos depósitos efetuados em juízo pela Fazenda. Limitemo-nos à análise do depósito na ação rescisória. Na ação rescisória, a Fazenda Pública, o Ministério Público são dispensados de fazer o depósito de 5% sobre o valor da causa (CPC, art. 488, II).

Este depósito, que se transforma em multa compensatória, tem um único objetivo, que o estatuto processual deixa bem claro. Seu objetivo é dificultar o acesso à ação rescisória porque a ação rescisória é uma medida excepcional no nosso sistema, que só pode ser utilizada em hipóteses muito específicas.

Em princípio, não parece haver dúvida, esta discriminação parece menos uma prerrogativa e mais um privilégio. No entanto, não podemos nos esquecer que o grande problema está na decisão a respeito de se ingressar ou não com a ação rescisória, isto pelo princípio da impessoalidade que caracteriza a atividade pública. O advogado privado tem acesso a seu cliente, tem condições de expor as dificuldades da ação rescisória e adverti-lo de que a derrota naquela ação significará a perda dos 5% do valor da causa depositados liminarmente. No caso da administração pública isto é impossível de ocorrer. Seria cabível um plebiscito quanto ao ingresso daquela ação rescisória? Na verdade, quando a advocacia é pública, o verdadeiro cliente é o povo, daí, se for o caso, haveria conveniência na manifestação popular a respeito.

Seria, no entanto, extremamente trágico se impor à Fazenda Pública a obrigação de efetuar este depósito prévio, tirando a capacidade ou a possibilidade de o advogado público decidir, dentro do esquema existente em cada unidade, se deve ou não enfrentar uma determinada decisão transitada em julgado. É evidente que a multa é uma maneira de inibir eventuais aventuras jurídicas. Mas, no caso da Fazenda Pública, o que não é admissível é, em função da necessidade de pagamento desta multa previamente, tolher a decisão do Procurador, impondo esse ônus, inclusive sequer previsto em regras orçamentárias.

Duas últimas observações se fazem necessárias.

A primeira delas diz respeito ao usualmente denominado recurso de ofício. Diga-se, desde logo, que este nome não se coaduna com o instituto do art. 475 do Código de Processo Civil. Desde 1973 não existe mais recurso de ofício. O que existe no atual Código é a

integração da sentença proferida em determinadas circunstâncias, a que anula casamento e a proferida contra a Fazenda Pública. Na realidade o que o legislador fez foi transformar em ato complexo aquilo que seria um ato simples. Uma sentença proferida nestas condições depende de uma complementação jurisdicional para a sua eficácia.

Na realidade a existência da remessa de ofício tem causado certa perplexidade, talvez aí resida a maior crítica às chamadas prerrogativas ou para alguns privilégios da Fazenda Pública. Em primeiro lugar porque parte o legislador de uma absoluta desconfiança do juiz de 1ª instância. Em segundo lugar alguns dizem que este reexame só acaba servindo para atrasar o processo ou, pelo menos, para delongar o trânsito em julgado da decisão proferida contra a Fazenda Pública. Em terceiro lugar existem aqueles que sustentam que o reexame também serve para evitar que a omissão de um procurador relapso, que não recorreu quando devia recorrer, prejudique o erário. Com o duplo grau obrigatório fica garantido, independentemente da atuação do Procurador, o reexame daquela matéria pelo Tribunal.

No nosso sentir, para se falar do reexame necessário não podemos nos esquecer do que foi dito de início. Na sentença condenatória contra a Fazenda Pública, os verdadeiros condenados somos nós – a sociedade e não, especificamente, o administrador. Ainda mais, como já se disse, quando inexistente uma efetiva responsabilização política no nosso caso.

No que se refere à “desconfiança” que existe no juiz de 1ª instância, ela decorre do nosso próprio sistema processual, do nosso próprio sistema constitucional ao estabelecer o duplo grau de jurisdição, que, em verdade, é muito menos do que uma desconfiança e muito mais uma adequação ao inconformismo e à aproximação dentro dos dois pesos de certeza jurídica e justiça da decisão, que fundamentam todo o nosso sistema recursal, todo o princípio de apreciação recursal pelo segundo grau de jurisdição. Pode-se afirmar até que, sob determinado aspecto, o legislador parece desconfiar mais do juiz de segundo grau do que do de primeiro, já que a regra em segundo grau — embora com abrandamentos mais recentes —, é da atuação colegiada dos juízos recursais: A decisão do juiz do Tribunal, assim, deve ser proferida não só a partir do seu próprio convencimento mas, também, do convencimento de seus pares, ao passo que é suficiente ao juiz de primeira instância convencer-se a si mesmo. A idéia, por se tratar de uma instância revisora, é reunir, teoricamente, juizes mais experientes e reunidos em colegiado de tal maneira que se possa garantir, tanto quanto possível, que haja justiça naquela decisão e que, portanto, a condenação da Fazenda Pública e as conseqüências a serem experimentadas pelo erário sejam, efetivamente, justificáveis.

Dáí porque a própria remessa de ofício tem devolutividade ampla, negando-se, todavia, a possibilidade de ocorrer a *reformatio in pejus* na

linha do que já sumulou o Superior Tribunal de Justiça (Súmula nº 45). Esta Súmula surgiu a partir de recursos especiais interpostos pela União Federal a partir de acórdãos proferidos pelo Tribunal Regional da 3ª Região, majorando a verba honorária ao julgarem a remessa de ofício. Mesmo sem apelação do particular o Tribunal entendeu possível a majoração da verba honorária, digamos, de 5% para 10% sobre o valor da causa ou da condenação dependendo do caso.

Por trás deste entendimento encontra-se também o princípio da isonomia. A fundamentação empregada para sustentar a majoração da verba honorária ou do reexame amplo da matéria, mesmo que em desfavor da Fazenda Pública, derivava do entendimento de que a remessa de ofício não tinha em mira a proteção do erário. Ao contrário, tratava-se de instituto destinado à verificação da justiça intrínseca da decisão, sob pena de, à luz da nova Constituição, ofender-se o princípio da igualdade. Há uma certa lógica na argumentação, mas o Superior Tribunal de Justiça entendeu diferentemente, vedando-se a *reformatio in pejus* na hipótese.

A última observação diz respeito ao regime especial da ação rescisória.

Existem três aspectos que diferenciam esta ação quando promovida pela Fazenda Pública.

O primeiro, já analisamos, é a questão da dispensa do depósito prévio daquela multa.

O segundo é a nova redação do art. 188, inciso I, que estabelece prazo em dobro para a Fazenda Pública e o Ministério Público promoverem a ação rescisória (redação dada pela Medida Provisória nº 1.798-4, de 7 de maio de 1999). Como já disse a nova redação do dispositivo está com sua vigência suspensa por força de liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal em Ação Direta de Inconstitucionalidade promovida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (ADIn nº 1.910-1, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence).

De qualquer forma havia, no nosso entendimento, uma justificativa para esta diferenciação quanto ao prazo. Dois anos para o particular é um tempo bastante longo enquanto que dois anos para a Fazenda Pública, como diz o ditado popular, dura quanto dura uma rosa. Dois anos até se concluir que há elementos ensejadores da rescisória, etc., é um tempo muito pequeno para a realidade da vida pública. De qualquer sorte, parece realmente não haver uma razão muito forte para o tratamento diferenciado, como está estampado na decisão do Supremo Tribunal Federal. Tanto é que no projeto de conversão da medida provisória, que está em trânsito no Congresso Nacional, o prazo da ação rescisória vai voltar a ser, como era no Código de Processo Civil de 1939, de cinco anos para todos, e com isso o problema relativo à isonomia restará resolvido.

Na realidade, como advogado público, verificamos que esta possível alteração do prazo da rescisória para cinco anos não vai apresentar, na prática, muita diferença. Como usualmente ocorre, o particular vai se valer do menor prazo possível para propor a ação rescisória se for o caso. Parece-nos, ainda como advogado público, que, neste contexto, não haverá qualquer espécie de agravamento na situação da Fazenda.

A terceira diferenciação relativa à ação rescisória está na criação do inciso X do artigo 485 do Código de Processo Civil (também por força da Medida Provisória nº 1.798-4, de 7 de maio de 1999), que autoriza a rescisão da sentença quando ela estiver baseada em indenização fixada em ação de desapropriação direta ou indireta manifestamente superior ou inferior ao preço de mercado objeto da ação judicial. Na realidade esse dispositivo nada mais é do que uma explicitação da hipótese do cabimento da rescisória pela prova falsa, que consta do inciso VI do art. 485 do Código de Processo Civil. Isto porque uma avaliação que seja superior ou inferior ao valor de mercado e que tenha fundamentado o proferimento da decisão judicial, parece-nos, pode ser amoldada ao conceito de prova falsa já previsto pela lei processual civil.

Entendemos que o inciso foi colocado apenas para evidenciar que nesta hipótese específica da avaliação (embora possa ser compreendida pelo conceito de prova falsa) tem cabimento a ação rescisória. O motivo desta alteração surgiu quando com a estabilização da moeda, pudemos verificar que determinadas indenizações contra o Poder Público atingiam valores estratosféricos, valores que não têm mais sentido para a atual realidade de mercado.

Tanto assim que o Supremo Tribunal Federal está debatendo, hoje, o confronto prático de dois princípios da Constituição. Um é o princípio da justa indenização e o outro é o princípio da coisa julgada. Qual deles vale mais? Qual deles deve prevalecer? O da coisa julgada porque o caso já foi julgado, e não há mais o que se fazer ou o princípio da justa indenização? Este princípio deve ser entendido bilateralmente. Trata-se da justa indenização dos dois lados da relação processual. É, pois, aquela que remunera adequadamente o dano sofrido, pelo apossamento do bem e que remunere da forma justa, da forma correta, aquele mesmo apossamento.

Há uma inclinação do Supremo Tribunal Federal no sentido de fazer prevalecer o princípio da justa indenização. Esse aspecto foi tratado pelo Professor Humberto Theodoro Júnior de uma forma extremamente adequada em um parecer que foi elaborado para um destes casos, parecer este que está publicado num livro sobre a regularização fundiária de áreas ambientais protegidas, editado pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo e a Secretaria de Estado do Meio Ambiente.

Neste parecer, o Professor Humberto Theodoro coloca, a nosso ver com a maestria de sempre, que no conflito daqueles dois princípios constitucionais (justa indenização e coisa julgada), deve ter sua solução em um terceiro princípio existente na própria Constituição — o fiel da balança —, que é o princípio da moralidade. E este princípio aplica-se a toda a atividade pública inclusive à do Judiciário. Através do exame do princípio da moralidade é que se vai verificar, em cada caso concreto, qual princípio que deve prevalecer: se o princípio da autoridade da coisa julgada ou se o princípio da justa indenização. Na realidade esta foi a razão da existência ou colocação deste inciso X no artigo 485, o motivo para a ação rescisória, embora sua eficácia esteja suspensa mercê da liminar concedida na ADIn nº 1.910-1, já referida.

Parece-nos, em conclusão que as razões existentes para justificar essas prerrogativas processuais são procedentes e, no nosso entender, há, quanto à previsão legal destas prerrogativas, respeito e principalmente cumprimento ao princípio da isonomia constitucionalmente assegurado.