

A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A FAZENDA PÚBLICA

Antônio Carlos Cavalcanti Maia

Procurador do Estado do Rio de Janeiro
Professor da Faculdade de Direito Cândido Mendes

As recentes alterações no ordenamento jurídico-processual repercutiram, consideravelmente, no posicionamento em juízo das entidades de direito público interno. Neste trabalho procuraremos examinar, de modo sucinto, as inovações de maior repercussão nos processos em que figurarem tais órgãos públicos.

As características que serão dadas ao exame ora procedido atenderão à recomendação quanto aos limites de extensão deste artigo, e também levarão em conta que é prudente aguardar os pronunciamentos da doutrina, que certamente ocorrerão em grande número, e em especial, a orientação que a jurisprudência irá tomar, no pertinente às modificações procedidas.

1. É de iniciar-se com o exame do parágrafo único introduzido no artigo 46 do Código pela Lei n° 8.952, de 13.12.94, art. 1°:

Art. 46 -

Parágrafo único - O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa. O pedido de limitação interrompe o prazo para a resposta, que recomeça da intimação da decisão.

A melhor doutrina¹ de logo criticou o diploma de 1973, por não ter repetido a recusabilidade do litisconsórcio facultativo encontrada no art. 88 do Código de 1939. A Fazenda Pública, em especial, vem sofrendo prejuízo considerável, ao ter de defender-se de pretensões formuladas por grande número de litigantes consorciados no pólo ativo, sem ter condições materiais de examinar, uma a uma, as situações particulares de cada autor.

CELSO BARBI sustentou, de modo convincente, que, mesmo inexistindo a proibição, lícito era não permitir a cumulação subjetiva, no caso do litisconsórcio facultativo. Preleciona o mestre de Minas Gerais²:

Ao nosso ver, apesar da omissão da lei, deve-se entender que o réu pode impugnar o litisconsórcio fundado no item VI, demonstrando a inferioridade em que ficará para a defesa, porque essa situação viola o princípio da igualdade das partes. E o juiz tem poderes para atender a essa impugnação, com base no artigo 125, o qual lhe atribui

competência para tomar providências destinadas a assegurar às partes igualdade de tratamento e para rápida solução do litígio.

No mesmo sentido, com sólida argumentação, inclusive oportuna remissão ao art. 103, 2ª parte, do Código Italiano, CÂNDIDO DINAMARCO³.

Em artigo que escrevemos no início de vigência do Código⁴ argumentamos que, em face do sistema adotado no Código, era vedado litisconsórcio facultativo superveniente⁴. Mas o entendimento de CELSO BARBI e CÂNDIDO DINAMARCO é mais amplo, coibindo não apenas o litisconsórcio superveniente, mas até mesmo o inicial.

A reforma processual, dentro de sua louvável preocupação de corrigir erros e omissões que doutrina e jurisprudência vinham apontando no Código, incluiu o parágrafo único no art. 46, com o que resolvido ficou o problema, naqueles processos em que se litisconsorciavam, no pólo ativo, inúmeros autores. Os Juizes, em seu prudente arbítrio, poderão limitar a quantidade de autores que em conjunto pleiteiem diante da Fazenda.

2. Inovação de grande importância e que deve ser examinada em sua pertinência às ações em que figuram como partes os entes públicos é a antecipação de tutela prevista na redação dada ao art. 273 pela Lei nº 8.952, de 13.12.94, art. 1º. Reza tal dispositivo:

"Art. 273 - O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º - Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º - Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º - A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588.

§ 4º - A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

A respeito desse novo instituto, CALMON DE PASSOS⁵, com a habitual proficiência, afirma:

"Dentre as modificações que a Lei nº 8.952, de 13.12.94, introduziu no Código de Processo Civil, nenhuma se reveste de maior relevância

que a disciplinada com a nova redação que se deu ao seu art. 273. Prevê-se, agora, a possibilidade de antecipação de tutela em qualquer procedimento, o que significa obter-se decisão de mérito provisoriamente exequível, mesmo antes de cumpridos todos os trâmites do procedimento que a ensejaria em condições normais, isto é, se ausentes os pressupostos autorizadores da antecipação.

A preocupação com a celeridade no fornecimento da prestação jurisdicional, e, conseqüentemente, na mais rápida composição dos conflitos de interesses, é a que mais tem ocupado a atenção dos processualistas. A afirmativa, já lugar-comum, de que justiça retardada é justiça denegada, tem estimulado a criatividade dos juristas, e se refletido no trabalho dos legisladores, sendo permanente a busca de soluções que atinjam a tal objetivo.

Da maior importância, no entanto, é não permitir-se que a preocupação com a celeridade vá resultar em violação de princípios consagrados no ordenamento processual, tal como o que determina a revisão obrigatória de decisões proferidas relativamente à ruptura do casamento e aos interesses dos entes públicos. Nesse último aspecto, que é o objeto do presente trabalho, é de bem analisar-se o problema da antecipação dos efeitos da tutela, em se tratando de causas relativas a interesses das pessoas jurídicas de direito público. É o que se procurará fazer, nas linhas que se seguem.

Um primeiro aspecto há de ser ressaltado - o de que não é admissível a execução provisória de condenações impostas à Fazenda Pública, salvo em se tratando de decisões contra as quais foram interpostos os recursos de terceira geração, o especial e o extraordinário.

A esse respeito merece vir a confronto, pela adequação, o magistério de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR⁶:

"Contra a Fazenda Pública, todavia, não há que cogitar de execução provisória, porquanto estando sujeita a duplo grau de jurisdição, a sentença não produzirá efeito senão depois de confirmação em segunda instância. O efeito suspensivo é, na verdade, inerente ao recurso ex officio, pois este na realidade, transforma o julgamento contrário à Fazenda Pública num ato complexo, cujo aperfeiçoamento só se dá após a confirmação do decisório pelo Tribunal ad quem (cf. Ac. do TRF, in Revista Forense, 215/93 apoiado nas lições de CALAMANDREI e RANELLETTI).

Execução provisória contra a Fazenda, portanto, só terá cabimento na hipótese de recurso extraordinário (o artigo foi escrito antes da Constituição de 1988) contra o julgado do Tribunal Superior que confirmar a sentença submetida ao recurso oficial.

A sentença, *in casu* é tão apenas o início do julgamento contrário ao Estado. A decisão, propriamente dita, dependerá do concurso necessário das duas instâncias, de sorte que o julgado nascerá "precisamente dessa cooperação de vários órgãos do estado para a construção de um único ato jurisdicional", como ensina CALAMANDREI (*Estudios sobre el Proceso Civil*, p. 506).

WELLINGTON MOREIRA PIMENTEL⁷ não discrepa:

Antes da apreciação pelo juízo de segundo grau a sentença proferida em uma das hipóteses constantes dos incisos I a III do art. 475 não produzirá qualquer efeito. Estes ficam suspensos até que se verifique o exame da matéria em segundo grau, confirmando, é claro, a sentença.

A antecipação da tutela, *rectius*, de seus efeitos, configura um tipo de execução provisória, cabível desde que ocorram os pressupostos dos números I ou II do art. 273. Aliás, o § 3º menciona, expressamente, que em sua execução observa-se-a, no que couber, a disciplina da execução provisória. Em sendo a sentença proferida contra a Fazenda, como observaram os dois processualistas acima mencionados, um ato complexo, só aperfeiçoado pelo julgamento de 2º grau, e por isso desprovido de quaisquer efeitos, não há aceitar-se que, com fundamento em tal decisão instaure-se uma execução que não se caracterize como provisória:

Esse aspecto da antecipação da tutela é bem observado por CARREIRA ALVIM⁸:

A reforma segue a vocação do moderno direito processual, de atribuir à sentença de 1º grau força de título provisoriamente executável, independentemente da sua passagem em julgado, de pedido da parte, da prestação de caução ou do perigo de demora, como se vê do novo art. 282 do *Codice de Procedura Civile* italiano alterado pela Lei nº 353/90, rompendo com amarras da vetusta legislação. Sendo a antecipação da tutela consagrada pelo art. 273 do nosso Código uma mera antecipação do provimento de mérito, não causa espanto que possa, tanto quanto a própria sentença, ser executada de forma provisória. Não haverá, no entanto, embargos a essa execução.

Ponto importante a ser considerado nesta questão da tutela antecipada, no pertinente aos entes públicos, é o de que a decisão que a concede é consubstanciada em um despacho, contra o qual o recurso oponível é o agravo. Quanto a isso divergência não ocorre.

Assim, SÉRGIO BERMUDEZ⁹:

É decisão interlocutória, e por isso agravável, o ato judicial que se pronuncia sobre o pedido de tutela antecipada, quando o concede, o nega, ou deixa de apreciá-lo no seu fundo, porque formulado fora dos casos da lei.

E CALMON DE PASSOS¹⁰:

Destarte, a decisão que antecipa a tutela está sujeita a reexame. Por que meio? Será sempre decisão que analisa o mérito e, no meu entendimento, com o mesmo grau de cognição que autoriza a decisão definitiva, da qual cabe recurso de apelação. Mas, no Direito Brasileiro, pouco importa a natureza da decisão, para efeito de recursos, sim sua repercussão na dinâmica do procedimento.

Ora, se as condenações contra os entes públicos não podem ser provisoriamente executadas sem que a sentença seja confirmada em segundo grau, a *fortiori* inexecutáveis elas o serão, se oriundas de uma decisão interlocutória. "As decisões interlocutórias não são passíveis de reexame necessário" (ERNANÉ FIDELIS DOS SANTOS)¹¹. Assim, se a preocupação com a segurança dos interesses em jogo condiciona a execução à circunstância de ser ratificada a sentença condenatória, impossível aceitar-se que condenação originada de despacho interlocutório, que não sofre o reexame necessário, possa ser executada contra a Fazenda Pública.

A essa mesma conclusão chegou FRANCESCO CONTE¹²:

Descabe, reitere-se, em perspectiva de interpretação sistemática, a antecipação da tutela quando, no pólo passivo, figurar a União, os Estados-membros, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios, posto que, se a própria sentença proferida contra estas entidades de direito público está sujeita ao reexame necessário, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal (art. 475, II, do CPC), a medida antecipatória, concedendo o próprio direito afirmado pelo autor, consubstanciando mera decisão interlocutória, a *fortiori*, não tem, na espécie, aptidão para produzir qualquer efeito. A eficácia do apêndice (decisão interlocutória) não pode ser maior do que a do próprio corpo (sentença).

O mandamento do art. 587 do Código de Processo Civil, no sentido de que a execução "é provisória, quando a sentença for impugnada mediante recurso, recebido só no efeito devolutivo", contém mais um argumento em favor da impossibilidade da antecipação da tutela no caso em exame.

Firmado que a antecipação do art. 273 representa verdadeiramente uma execução provisória, e que impossível é tal tipo de execução, em se

tratando de condenações de entes públicos, pode ser acrescentado que, também em face da literalidade do art. 587, não é de aceitar-se a incidência do novo instituto, quando figuram no pólo passivo os entes públicos. A execução provisória tem como pressuposto o recebimento, só no efeito devolutivo, de um recurso, e é indiscutível que o duplo grau obrigatório tem efeito suspensivo.

Oportuno é o ensinamento, a esse propósito, de ALCIDES DE MENDONÇA LIMA¹³.

A execução provisória, por sua natureza peculiar e por ser medida excepcional, em face da teoria dos recursos e da própria execução, inclusive do ponto de vista histórico, tem de ser autorizada expressamente. Não se admite interpretação extensiva ou analógica.

Pelo sistema do Código, depois que a Lei n° 5.925, de outubro de 1973, introduziu o parágrafo quarto no art. 543, três são os recursos apenas com efeito meramente devolutivo e, portanto, permitindo a execução provisória: a) apelação, *ex vi* do art. 520, 2ª parte, nos casos aí referidos; b) recurso especial; e c) recurso extraordinário.

É de salientar-se, ao final destas observações sobre o art. 273, que CALMON DE PASSOS, em sentido contrário ao que estamos sustentando, entende cabível a antecipação, nas causas apontadas no art. 475. Diz o grande processualista da Bahia¹⁴:

"Cabe, aqui, breve referência à hipótese em que a antecipação se dá em causa na qual se impõe a remessa necessária, vale dizer, as elencadas no art. 475 do Código de Processo Civil. Nesses casos, a decisão sobre a antecipação, por igual, está submetida à remessa necessária, e só pode ser eficaz depois de confirmada no segundo grau.

Ousamos discordar do mestre, não só pelos argumentos já por nós expostos, como também por outros, que encontramos na sua esplêndida monografia¹⁴:

"Entendendo a antecipação de tutela como espécie de execução provisória, quando cabível nesta será cabível naquela, com as limitações da lei.

Exatamente por acharmos que a execução provisória é incabível contra as entidades de direito público, como exaustivamente procuramos demonstrar, temos de concluir que também incabível, nessa hipótese, é a antecipação de tutela.

Páginas adiante o processualista, ao apresentar suas conclusões, assim se expressa¹⁵:

e) todo aquele que for legitimado para instaurar a execução provisória é legitimado para pedir a antecipação da tutela.

O entendimento esposado neste estudo, pelos motivos expostos, é no sentido da impossibilidade de instaurar-se execução provisória de condenação imposta à Fazenda Pública. A sentença que estabelecer tal condenação, enquanto não confirmada em segundo grau, é de total ineficácia, e não pode ser admitida como título de dívida líquida, certa e exigível que legitime iniciar-se a execução, definitiva ou provisória. Assim, se não há legitimidade para instaurar-se execução provisória, igualmente não haverá para pedir antecipação de tutela.

3. Em prosseguindo na tarefa de examinar o que de mais relevante, para a Fazenda Pública, resultou das alterações, cabe agora, a análise da conciliação prevista no art. 331, com a nova redação da recente Lei n° 8.952.

Preceitua tal dispositivo:

Art. 331 - Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes e a causa versar sobre direitos disponíveis, o juiz designará audiência de conciliação, a realizar-se no prazo máximo de trinta dias, à qual deverão comparecer as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

A incidência desse comando aos processos em que forem parte a União, Estado, Distrito Federal, Município e suas autarquias, dependerá da conceituação do que efetivamente sejam direitos disponíveis.

Tal questão já foi objeto de amplo debate, com divergências entre doutrinadores e juizes, quando da interpretação do preceituado no n° II do art. 320, no concernente aos efeitos da revelia em se tratando de direitos dos órgãos públicos. Também ao analisar conciliação prevista no art. 447, não foram acordes os entendimentos a respeito da caracterização dos ali mencionados "direitos patrimoniais de caráter privado".

Vale trazer a confronto o pensamento de alguns processualistas que comentaram as modificações, em que se constata a divergência entre eles existente.

CÂNDIDO DINAMARCO:¹⁶

89. Conciliação e disponibilidade

Do mesmo modo como o art. 447, também o novo art. 331 só determina as providências visando à conciliação nos casos em que

tenham as partes a plena disponibilidade dos direitos e interesses versados na causa. No art. 447 fala-se na conciliação somente "quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado". No art. 331, "Se ... a causa versar sobre direitos disponíveis". As expressões são equivalentes. A primeira delas mostra a direta influência do disposto no art. 1.035 do Código Civil, de que "só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado" se admite a transação. Ao excluir a transação quanto a outros direitos, o Código Civil estava ditando a regra de sua indisponibilidade. Onde não se pode dispor do direito seria absurda a tentativa de conciliação.

SÉRGIO BERMUDEZ:¹⁷

Não sendo o caso de extinção (art. 329), nem de julgamento antecipado (art. 330), o juiz designa audiência de conciliação, "se a causa versar sobre direitos **disponíveis**", diz a nova redação do artigo, em manifesto cochilo do legislador, sabido que a conciliação também pode recair sobre direitos indisponíveis (v.g., irrenunciáveis embora os alimentos, podem as partes acordar quanto ao valor da prestação; o investigado pode reconhecer, espontaneamente, a paternidade, no curso do processo de investigação). Enquanto não corrigido o defeito da lei, pode ele ser reparado, quanto aos direitos indisponíveis suscetíveis de composição, mediante a aplicação do art. 25, IV.

REIS FRIEDE:¹⁸

Ainda que as expressões **inconciliável** e **disponível** não guardem necessariamente relação de plena convergência, a comissão reformadora do CPC, em princípio ignorando tal possibilidade, entendeu por bem expressamente condicionar a possibilidade de se proceder à **audiência de conciliação ao fato de versar a causa sobre direito disponível**.

Esqueceu **data maxima venia** a mesma, entretanto, que excepcionalmente é possível recair a conciliação também sobre direitos indisponíveis, o que, consoante a expressa disciplina legal, limita a possibilidade de tentativa de conciliação, restringindo-a apenas ao procedimento realizado através da **audiência especial**.

J.E. CARREIRA ALVIM:¹⁹

A referência a "direitos disponíveis", pelo art. 331, deve ser entendida em termos, de forma a compreender aqueles aos quais a lei reconhece ao seu titular, ou alguém, por ele, o poder de "disposição", seja no campo do direito de família, patrimonial, obrigacional ou

qualquer outro, o que se extrai da conjugação desse preceito com o disposto no art. 447, que admite igualmente a conciliação, nos casos e para os fins em que a lei consente a transação.

Aliás, o art. 447 alude, no seu **caput**, a "direitos patrimoniais de caráter privado", que abrangem direitos pessoais e direitos reais, estando aquela expressão em oposição a direitos **intransigíveis**, em relação aos quais não tem lugar a conciliação, como não tem também a transação (Código Civil, art. 1.035).

A expressão "de caráter privado", doutrina AMARAL SANTOS, faz proibida a tentativa de conciliação quanto a direitos, embora patrimoniais, de caráter público, pelo que nas **ações em que for parte pessoa jurídica de direito público, não há lugar à tentativa de conciliação**. Essa afirmação deve ser entendida **modus in rebus**, porquanto nem sempre a presença de tais entes em juízo traduz a impossibilidade de acordo.

Como os direitos dos entes públicos (União, Estados, Municípios e autarquias) são, de regra, **indisponíveis**, CÂNDIDO DINAMARCO entendeu dispensável a conciliação, nos moldes do novo art. 331, pela impossibilidade de transação.

Como se viu, constitui um equívoco identificar a natureza do direito material controvertido com a possibilidade de transação, porquanto uma coisa não condiciona necessariamente a outra. Se bem que os direitos desses entes sejam, em regra, **indisponíveis** - na medida em que seus procuradores não dispõem de poder para transigir, sem estar para tanto expressamente **autorizados** - não pode esse fato ser tomado como dogma, em qualquer circunstância.

Portanto, considerar que a conciliação só tenha lugar estando em lide direitos **disponíveis**, além de não ser verdadeiro, em termos **absolutos**, pode levar a uma deturpada exegese do art. 331, contrária ao seu espírito.

A nosso ver a colocação mais feliz é a de CÂNDIDO DINAMARCO. Realmente há equivalência entre as expressões "direitos patrimoniais de caráter privado" e "direitos disponíveis". Não há aceitar-se que o representante judicial da Fazenda Pública, na audiência prevista no art. 331, pratique qualquer ato da disponibilidade sobre direitos públicos, usando poderes que não possui. É claro que em certos casos, com autorização especial, poderá haver um acordo versando sobre direitos de entes públicos. Mas, aí, faz-se necessária uma formalização especial, disciplinada por normas administrativas, e não será naquela audiência, com

simples manifestação verbal do representante da Fazenda, que irá concretizar-se tal acordo.

4. O último item a ser examinado é o concernente à ação monitória, criada pela Lei nº 9.079, de 14 de julho de 1995 (art. 1.102, a, b e c).

A indagação que se impõe é a de ser aplicável o novo procedimento especial de jurisdição contenciosa às causas em que for parte a Fazenda Pública.

Para facilidade de exposição é de transcrever-se o primeiro dos dispositivos legais pertinentes:

Art. 1.102a - A ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado móvel.

A primeira tarefa é a de delimitar o âmbito da questão ora em exame.

A ação monitória, tal como agora disciplinada no Código de Processo Civil, incide no caso de obrigação de pagamento em dinheiro e no de entrega de coisa fungível ou de bem móvel. Onde o problema suscita maiores indagações é no que respeita ao crédito de soma em dinheiro, diante do mandamento do art. 730 do Código de Processo Civil e do preceito constitucional do art. 100. Quanto às outras obrigações, parece-nos que nada de especial ocorre, sendo facultado, indiscutivelmente, àquele que pretende exigir da Fazenda lhe seja entregue coisa fungível ou bem imóvel, valendo-se do novo instituto.

Mesmo em relação ao pagamento em dinheiro, ainda cabe distinguir. Ao ângulo prático, é de resumir o exame aos casos em que a Fazenda Pública figure no pólo passivo da relação jurídica. As restrições que exigem uma atenção especial concernem aos créditos em dinheiro, contra a Fazenda Pública, diante do tratamento especial que lhes é dado na Constituição e no Código de Processo.

MILTON FLAKS ao propósito observa, com agudeza²⁰:

É difícil conceber a Fazenda Pública utilizando-se da ação monitória para receber soma em dinheiro. Se o crédito, tributário ou não tributário, é certo, líquido e exigível, a hipótese é de sua inscrição como dívida ativa e de execução fiscal. Pode dele utilizar-se, porém, para obter a entrega de bens, quando não for possível aplicar o princípio de auto-executoriedade dos atos administrativos.

Há discordância, entre os comentadores do novo procedimento, a respeito de sua aplicabilidade à cobrança de soma em dinheiro contra os entes públicos.

Assim, no sentido afirmativo, o já citado MILTON FLAKS²¹:

Contra a Fazenda Pública inexistente qualquer impedimento ao emprego da ação monitória. Só que, tratando-se de quantia certa, o **mandatum de solvendo** será expedido para que oponha embargos no prazo legal, sob pena de expedição do precatório, mediante aplicação analógica do art. 730 do CPC.

Também, da mesma opinião, J.E. CARREIRA ALVIM²²:

Inexistente qualquer incompatibilidade entre ação monitória e as pretensões de pagamento de soma de dinheiro contra a Fazenda Pública (federal, estadual, municipal), nela compreendidas as autarquias, nos mesmos moldes que pode ser demandada, na via ordinária, para a satisfação das suas obrigações.

Nesse sentido, doutrina **Garbagnati**, para quem a pronúncia de um decreto de injunção é seguramente admissível em face da Administração Pública, nos mesmos limites em que se permite ao credor de uma soma de dinheiro exercer contra ela uma ação de condenação no âmbito de um processo ordinário de conhecimento.

O entendimento de JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI²³ é em sentido diametralmente oposto:

A ação monitória, diante dessa orientação seria então o remédio para que o credor, portador de título extrajudicial, pudesse obter, em espaço temporal abreviado, título contra a Fazenda, não fosse o disposto no art. 730 do CPC.

É que o procedimento traçado para a execução por quantia certa contra a Fazenda Pública não se amolda, de modo algum, às particularidades que conotam a da ação ora examinada. Destarte, seria realmente impraticável admitir-se a emissão de uma ordem de pagamento, exarada no bojo do procedimento monitório dirigido à Fazenda Pública. Basta atentar para a regra do inciso II do apontado dispositivo, impositivo do "pagamento na ordem de apresentação dos precatórios", para concluir pela inadmissibilidade da ação monitória em face da Fazenda Pública. A inadequação desse meio processual, no caso de crédito de quantia certa, resulta flagrante.

Ao nosso ver o problema há de ser focado basicamente em função do mandamento do art. 100 da Constituição Federal. Tal dispositivo, com pequena alteração pertinente aos créditos de natureza alimentícia, repetiu o que de há muito já dispunham as anteriores cartas magnas.

O preceito especial quanto ao pagamento devido pelas pessoas jurídicas de direito público, como é sabido, reveste-se de um conteúdo altamente moralizador, cobrindo discriminações e favorecimentos. Os precatórios, impessoalmente expedidos, serão pagos em rigorosa ordem

cronológica. Há de afastar-se qualquer expediente que possa ferir esse princípio ético, não se admitindo prosperarem medidas que favoreçam algum credor em detrimento de outros.

Na forma do prescrito na Lei nº 9.079, o credor da Fazenda Pública que não possua um título de crédito formalmente perfeito, não pode contra ela instaurar execução. Se, entretanto, tiver um simples documento que mencione a existência de um crédito em dinheiro, estará legitimado a propor uma ação monitória. Conseguirá ele, que se acha em posição muito inferior à do credor munido de um título devidamente formalizado, que em seu favor seja expedido um mandado de pagamento (art. 1.102b). Na eventualidade de não serem oferecidos embargos pela Fazenda, aquele credor, que não dispunha de um título extrajudicial, passa a ter um título executivo judicial (art. 1.102c).

Todo o objetivo colimado pelo sistema constitucional de pagamento por precatórios pode ser contornado. Se um credor tiver as simpatias do dirigente de um ente público, em vez de contra ele executar uma sentença condenatória, e submeter-se ao moroso disciplinamento constitucional, obterá algum documento, e com base nele ajuizará ação monitória, e terá possibilidade de receber prontamente seu crédito, passando na frente de outros credores que estão na fila dos precatórios.

Dir-se-á que essa previsão é muito pessimista, e que não se há de presumir a má-fé do administrador. Mas se não ocorrer tal atitude ilícita, mas apenas uma falha do serviço que acarrete a não formulação de embargos, também nesse caso tal credor se avantajará aos demais.

Um outro aspecto, igualmente, pode ser focalizado. É bem conhecida a discussão, na doutrina e na jurisprudência, sobre o cabimento de execução, contra a Fazenda Pública baseada em título executivo extrajudicial²⁴. O portador de um título executivo extrajudicial formalmente perfeito, uma escritura de confissão de dívida lavrada em cartório, por exemplo, dependendo da orientação a que eventualmente se filie o julgador, ficará em posição menos vantajosa do que alguém que se declare credor, comprovando que possui uma simples carta, onde o administrador alude a um determinado crédito em dinheiro.

Essas hipotéticas situações, pintadas com evidente exagero, levamos à reflexão de que se faz necessária a maior cautela, ao cogitar-se do emprego da ação monitória, em cobranças de dívida em dinheiro da Fazenda Pública.

Há que distinguir as diversas situações que podem vir a ocorrer, quando utilizada tal ação, para o fim que está sendo focalizado.

Em uma primeira eventualidade, expedido o mandado de pagamento, a Administração, apoiando sua atitude no benefício previsto no § 1º do art. 1.102 c, (isenção das verbas de sucumbências), poderia imediatamente pagar o crédito. Tal comportamento não nos parece lícito.

O ente público, nesse caso, em cumprimento a uma decisão do juiz de 1º grau, não confirmada, teria satisfeito, de logo, uma condenação que lhe foi imposta.

Sobre a natureza de tal "decisão", apropriado é o ensinamento de CARREIRA ALVIM²⁵:

Dadas as características desse procedimento, o juiz ao reconhecer como hábil a prova exibida pelo autor para instruir a ação monitória, emite **decisão** que importa no reconhecimento (que pode ou não ser final) da existência do crédito e, portanto, do **mérito** da pretensão substancial. Essa decisão tem, sob o aspecto processual, forma de **interlocutória** e conteúdo de **decisão definitiva**, podendo **modus in rebus** ser equiparada a uma interlocutória mista.

O art. 475 do Código de Processo Civil determina que está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo Tribunal, a sentença proferida contra a União, o Estado e o Município. Se a sentença, para ter eficácia, precisa de tal ratificação, **a fortiori** um despacho interlocutório, que contenha em si, da mesma forma, uma condenação contra o ente público. Não seria válido, pois, que a Administração Pública, malferindo o princípio da legalidade, a que está constitucionalmente submetida, efetuasse um pagamento com base em decisão ineficaz.

A segunda eventualidade é a de o réu, depois de citado, não efetuar o pagamento, mas não oferecer embargos. Na forma do expresso no art. 1.102 c, "constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, convertendo-se mandado inicial em mandado executivo".

Essa "constituição" de um título judicial corresponde, a todas as luzes, à emissão da sentença condenatória, prevista no número I do art. 584 do Código de Processo Civil. Tal sentença, como exposto anteriormente, enquanto não submetida ao crivo do 2º grau, é absolutamente ineficaz. O processo terá de ser remetido ao Tribunal, e não será instaurada imediatamente a execução.

A terceira eventualidade é a de os embargos terem sido interpostos e rejeitados. Aí a situação é muito mais clara. Haverá um procedimento ordinário de cognição, e a sentença nele proferida, se contrária às entidades de direito público, obrigatoriamente sujeitar-se-á ao duplo grau de jurisdição.

Destarte, a ação monitória, em termos práticos, irá pouco acelerar a cobrança de obrigações de pagamento em dinheiro, certo que toda e qualquer decisão nela proferida, que importe em uma condenação dos entes públicos, é ineficaz enquanto não ratificada em 2º grau.

CONCLUSÕES

O exame a que procedemos, no pertinente às inovações trazidas ao ordenamento processual, leva-nos a afirmar:

(a) que foi resolvida, em termos legislativos, a questão, que tanto preocupava doutrina e jurisprudência, de a Fazenda Pública ficar em óbvia situação de inferioridade processual, quando grande número de autores se litisconsorciavam no pólo ativo;

(b) inadmissível é a antecipação de tutela prevista no art. 273, quando requerida contra a Fazenda Pública, certo que se trata de mais um tipo de execução provisória, que não pode ser instaurada com fundamento em decisão de 1º grau;

(c) não há cogitar da conciliação prevista no art. 331, pois os interesses dos entes públicos não versam sobre "direitos patrimoniais de caráter privado", sendo defeso ao representante judicial da Fazenda, em audiência, sem que haja um procedimento administrativo específico, agir além dos poderes que lhe são conferidos;

(d) o emprego da ação monitória contra os entes públicos, em se tratando de créditos em dinheiro, deve ser visto com a maior cautela, não se permitindo que, baseado em decisão de 1º grau, não ratificada, possa instaurar-se execução contra a Fazenda Pública.

NOTAS

- (1) BARBI, Celso, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 5ª ed., Forense, 1983, p. 262.
- (2) *Idem*, *Ibidem*, p. 263.
- (3) *Litisconsórcio*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, pp. 269ss.
- (4) "O Litisconsórcio Superveniente e o Novo Código de Processo Civil", in *Revista Brasileira de Direito Processual*, 6/22 e REPRO, 7-8/105ss.
- (5) *Inovações no Código de Processo Civil*, 2ª ed., Forense, 1995, p. 5.
- (6) "A Fazenda Pública e Alguns Aspectos da Execução Forçada", in *Revista Forense*, vol. 281, p. 71.
- (7) *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III, Revista dos Tribunais, 1975, p. 593.
- (8) *Ação Monitória e Temas Polêmicos da Reforma Processual*. Del Rey Editora, 1995, p. 17.
- (9) *A Reforma do Código de Processo Civil*, Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1995, p. 31.
- (10) *Op. cit.*, pp. 28-29.
- (11) *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 3, Tomo I, Forense, 1980, p. 345.
- (12) "A Fazenda Pública e a Antecipação Jurisdicional da Tutela", in *Revista dos Tribunais*, vol. 718, p. 18.
- (13) *Comentários ao Código de Processo Civil*, 6ª ed., vol. VI, Forense, 1991, pp. 371 e 381.
- (14) *Op. cit.* p. 30
- (15) *Op. cit.* pp 33 e 37.
- (16) *A Reforma do Código de Processo Civil*. Malheiros Editores, 1995, p. 121.

(17) *Loc. cit.*, p.111.

(18) *Comentários à Reforma do Direito Processual Civil Brasileiro*. Forense Universitária, 1995, p. 257.

(19) *Op. cit.*, pp. 188ss.

(20) "Ação Monitória", *Legislativo ADCOAS*, p. 749.

(21) *Op. e Loc. citados*.

(22) *Op. cit.*, p. 61.

(23) *Ação Monitória*. Revista dos Tribunais, 1995, p. 66.

(24) Por todos, PEDRO DOS SANTOS BARCELOS, "Execução contra a Fazenda Pública, baseada em Título Executivo Extrajudicial", in *Revista dos Tribunais*, vol. 669, p. 67.

(25) *Op. cit.*, p. 43