

Execução de Obrigação da Fazenda Pública

Jorge Luiz de Almeida

1- O Estado é uma sociedade organizada com regras de convivência. Umas dispõem sobre direitos dos homens. Outras disciplinam as relações do Estado.

As normas de comportamento fixam limites aos direitos e dispõem sobre cumprimento de deveres.

Todas as pessoas, privadas ou públicas, não são unicamente como gostariam de ser, titulares só de direitos.

Quer admitindo-se a concepção de organização social, contratualista, as pessoas renunciaram ao interesse alheio, direitos, quer pela idéia coativa de formação social quando perderam direitos, tudo se fez em favor da subsistência de todos.

Dentre as normas fixadas, a “igualdade” tornou-se princípio básico da ordem social, princípio este que passou a informar as regras menores e a ser reproduzido nos estatutos primeiros das sociedades organizadas.

É o que vige entre nós:

“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 segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

(Art. 5º da Constituição Federal)

É a regra que se projeta sobre a ordem judiciária.

A igualdade de todos, em razão da ordem constitucional, tornou-se princípio processual.

2- O processo é instrumento através do qual a jurisdição se exerce e o conflito de interesses ganha solução, recebendo o direito objetivo aplicação no plano do juízo e realização no plano da vontade.

Recuando-se no tempo, vem à lembrança a História Sagrada, ensinando sobre conflitos, como a desavença entre Caim e Abel quanto ao amanho da terra; ou sobre as primícias do rebanho (Gênesis, capítulo IV). Lembra, ainda, o julgamento entre hebreus, o Conselho dos Anciãos, composto de 70 homens escolhidos por Moisés (Êxodo, capítulo XVIII, versículo 19-20). À lembrança acodem, ainda, o Código de Hamurabi, na Mesopotâmia, ou as leis de Manu, na Índia.

Desde que sobre o mesmo chão se encontraram dois homens, surgiu o evento conflito. Nasceu a necessidade de julgamento atributivo da razão a um.

No início, a solução do desentendimento era atendida pela “justiça privada”, quando formado ainda não estava o conceito do meu e do seu direito. O julgamento era mera expressão do interesse pessoal.

Após a fase da justiça privada, tem-se a formação do conceito de justo como resultante do entendimento do grupo. A justiça, que possuía conceito social, era realizada pela parte, na ausência de órgão incumbente desta função específica. É período de justiça por mão própria, na consideração de que o conceito do justo não mais era individual, sim social.

A fase da atuação do justiceiro veio a ser substituída pelo julgador, representativo da sociedade, função por ela monopolizada.

A par dos conflitos individuais surge, também, o conflito entre o interesse do grupo e pessoal de um seu integrante. Deu-se prevalência aos interesses somados sobre o isolado.

Difícil foi abandonar esta concepção, dentro da idéia de que o bem da maioria deve prevalecer sobre o divergente:

“O Direito Romano nunca chegou à síntese entre o desenvolvimento do Estado e a independência do indivíduo...”

(Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, Tomo II, p. 314; ed. Forense).

3- Firmada a concepção dos distintos interesses – o social e o individual – no conflito entre suas pretensões, a tutela jurisdicional já não se orienta pela expressão numérica dos interessados, mas informada por um conceito precedente à própria constituição da sociedade – a justiça.

Este dado, de marcação objetiva na ordem legislativa, passou a se constituir em garantia de tratamento da jurisdição aos jurisdicionados. Igualdade era consideração até objetiva pela diferença das partes.

4- O procedimento, não o processo, adotou atos diferenciais em função dos interesses conflitantes, o individual com o social. São eles nivelados no processo, distinguidos no procedimento. São partes iguais no processo de conhecimento, discriminados no processo de execução.

A independência da função jurisdicional do Estado, frente ao direito em conflito, é conquista dos tempos modernos. Expressa supremacia por valor que precede sua própria organização, porque sobre seus princípios se constitui. Dentre eles destaca-se o valor da “justiça”.

5- O direito é definido no processo de conhecimento. Sua realização se faz pelo processo de execução. Lá se declara o direito a quem o tem. Aqui, na fase executória, composta de atos materiais, realiza-se o direito já definido.

Um julgamento se faz no plano do juízo, o outro domina o plano da vontade. No primeiro momento se decide sobre quem tem razão. No segundo instante se entrega a razão a quem a tem. São atos materiais, de substituição da figura do devedor, no satisfazer quem tem direito. E assim se faz, com expropriação dos bens do devedor.

A não realização espontânea, pelo vencido no plano do juízo, decorrente do processo de conhecimento, dá causa ao nascimento de atividade secundária, de natureza satisfativa:

“O chamado processo de conhecimento é “processo de declaração”, do qual se distingue, pela natureza da tutela jurídica, o processo de execução” (Prof. Celso Neves, Estrutura Fundamental do Processo, p. 33; ed. Forense, 1995).

6- Pela via de dois processos, a justiça se concretiza. Primeiro, através de simples declaração, onde a lide de pretensão resistida é solucionada. Depois, prosseguindo a resistência, com a definição da pretensão insatisfeita, atua a jurisdição com atos materiais na realização do direito.

A atividade de execução o é de coação e de expropriação, busca, no plano da realidade, realizar o que no plano declaratório foi definido.

A Fazenda do Estado, por força do artigo 100 da Constituição Federal de 1988, foi subtraída, no processo de execução, por quantia certa (artigo 646 do Código de Processo Civil) de ato expropriatório, submetida a procedimento especial (artigo 730 do Código de Processo Civil).

Em atenção às peculiaridades, a executada, Fazenda Pública, dispôs a lei maior, no artigo 100:

“À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de decisão judicial, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação exclusiva 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”.

Trata-se de execução diferenciada, num misto de atividades administrativas e jurisdicionais, em cooperação na realização do direito já definido.

Começa como jurisdicional, com o julgamento do processo de conhecimento dando formação ao título executório. Segue com o processo na via satisfativa por atos administrativos, com a intervenção do Presidente do Tribunal em harmonia com o ente Executivo. Há solicitação e previsão do crédito no orçamento vindouro.

7- Questiona-se sobre a desavença ao artigo 5º da atual Constituição da República Federativa Brasileira, que dispõe:

“Todos são iguais perante a lei ...”.

A própria Constituição, no artigo 100, não declarou, mas traçou caminhos distintos para o mesmo fim, reservando à Fazenda Pública favorável situação.

Se a regra da igualdade precede e condiciona a existência da sociedade pública, o procedimento da atividade estatal poderia arrostá-la? As disposições sobre diferenciada atenção ao devedor Estado, com prejuízo do credor individual, em razão de abonado procedimento, conforme regrado pelo artigo 100 da Constituição Federal, não conflita com o artigo 5º sobre “igualdade”? Estamos frente a uma regra constitucional, a do artigo 100, inconstitucional a do artigo 5º?

De há muito tem sido objeto de preocupação o tema sobre normas constitucionais inconstitucionais (Otto Bachof, Normas Constitucionais Inconstitucionais, ed. Almeidina, 1994).

Se o valor da “igualdade” é prevalecente, por ser informativo da própria organização social, o abonado procedimento de execução ante a Fazenda Pública não deveria ser observado com prejuízo da outra parte:

“... tribunais alemães reconheceram, em várias decisões, a existência de direito “suprapositivo, obrigando também o legislador constituinte” (Otto Bachof, ob. cit., p. 3)

8- A Emenda Constitucional número 45/2004, atendendo à insatisfação social ante a lentidão dos serviços jurisdicionais, dispôs no artigo 5º, LXXVIII:

“A todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação”.

Assegurou-se a célere tramitação, quer do processo de conhecimento, quer do processo de execução. Foram preservadas as funções, não assim os procedimentos descompromissados com “razoável duração”.

O sistema de “precatório”, previsto no artigo 100 da Constituição Federal, não conflitaria com a regra da celeridade, se nele compreendida a Emenda Constitucional número 45 (item LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal). Se observado o retardo cronológico de um ano, como tempo necessário para a inclusão da verba cobrada no orçamento seguinte, da pessoa jurídica de direito público, não se configuraria a morosidade ofensiva de direito.

A Emenda Constitucional número 45/2004 reflete insatisfação social ante a lentidão dos serviços jurisdicionais. Instituiu, por isso, o item LXXVIII no artigo 5º.

A morosidade processual, no Estado de São Paulo, tem incontroversa causa, é o volume de processos. Em primeira instância, em 2004, foram distribuídos mais de quatorze milhões de processos. Em exercício eram cerca de mil e quinhentos juízes. É bem identificável, pelo cálculo da capacidade de trabalho, que o dilatar do tempo dos serviços jurisdicionais era consequência aguardável. Em segunda instância são 360 Desembargadores. Por força do artigo 93, XV da Emenda Constitucional número 45, todos os processos que aguardavam, em fila, regular e oportuna distribuição, vieram a ser, num só

momento, entregues aos julgadores. Receberam eles mais de mil e duzentos processos cada desembargador. Substituiu-se a fila do depósito geral de processos para a fila dos gabinetes dos Desembargadores.

A preocupação com a lentidão dos serviços não se perfaz com a só e simples solução de “rótulo”.

A demora do processo traz, no dizer de Calamandrei, “dano marginal”. Com mais ênfase, Carnelutti se expressou sobre a medida do dano, afirmando que a tarda justiça só se faz pela “metade”.

O processo, no clássico conceito de acesso efetivo à justiça, expresso por Chiovenda, “deve dar a cada um tudo aquilo e precisamente aquilo a que tem direito”. É o que não ocorre com o lento processo.

Em demandas contra a Fazenda Pública, em que a fase executória deve passar pelo sistema dos precatórios, o processo ganhou sentido de “procedimento fúnebre”. Isto porque é o pai quem aciona e é o filho quem recebe a satisfação do direito.

9- A história do processo passa pelo período, com a relação de direito imaterial confundida com a processual. Após a célebre controvérsia entre os professores alemães Windscheid e Muther, despontaram-se estudos com idéias discriminatórias de relação processual frente à do direito material. Foi com Adolph Wach, em 1888, com o livro sobre “Ação declaratória” e com o estudo do “direito concreto” da ação, que se pode identificar autonomia de relação processual.

Seguiram-se estudos em favor da ação como direito abstrato. Em nosso Código de Processo Civil foi acolhida a teoria de Liebman, do direito abstrato de ação, mas de exercício condicionado.

Sem diminuição do valor científico que se fez em torno do processo, a preocupação atual se volta para o tema da morosidade. O legislador constituinte, na Emenda Constitucional número 45, bem a revela.

Com os estudos do “acesso à justiça do projeto de Florença”, com destaque para Bryan Garth e Cappelletti, o aumento de ações em juízo cresceu. Despertou-se a consciência de direitos. Abriram-se as portas do Judiciário para a defesa de direitos

através da assistência judiciária gratuita. A tendência atual é de agravamento pelo aumento do volume de processos. Solução simplista do aumento do número de juízes não é viável em razão dos custos econômicos.

Despertou-se, contudo, a compreensão por se evitar a solução sentencial e buscar dirimência de conflitos através de pacificação. Neste sentido, de alcance de solução conciliatória, o Instituto Brasileiro de Direito Processual já elaborou ante-projeto, já encaminhado ao Governo Federal, de lei sobre o “plano de conciliação em segundo grau de jurisdição”¹. A exposição de motivos do projeto, em síntese, prevê:

“O projeto investe em duas modalidades de mediação: a primeira, denominada de ação prévia (que será sempre facultativa), permite ao litigante, antes mesmo de ajuizar demanda, procurar auxílio de um mediador para resolver conflito de interesses; a segunda, incidental (e cuja tentativa é obrigatória), terá sempre que for distribuída demanda (excepcionada as causas arroladas no artigo 5º da Lei), sem prévia tentativa de mediação, de sorte que, obtido o acordo, se extinguirá o processo sem a necessidade de intervenção do juiz estatal”.

(Exposição de motivos do ante-projeto de lei sobre mediação)

Em 2005, igual medida do Conselho Superior da Magistratura, através do provimento número 953, autoriza e disciplina a criação, instalação e funcionamento do setor de conciliação ou de mediação nas comarcas e foros do Estado de São Paulo, conforme descreve seu artigo 1º:

“Art. 1º - Fica autorizada a criação e instalação, nas Comarcas e Foros da Capital do Interior do Estado,

¹ Acesso à justiça – Mauro Cappelletti, trad, Ellen Gracie Northfleet, ed. Fabris, 1988.

do Setor de Conciliação, para as questões cíveis que versarem sobre direitos patrimoniais disponíveis, questões de família e da infância e juventude, observadas as regras deste Provimento”.

Este provimento do Conselho Superior da Magistratura, número 953/2005, é consequência da experiência bem sucedida referente à criação e funcionamento do plano piloto de conciliação em segundo grau de jurisdição, instituído pelo Provimento do Conselho Superior da Magistratura número 793/2002.

A pacificação através da mediação, a mudança de mentalidade sentencial pela conciliatória é a esperança prática de satisfação do ideário de processo célere.

10- O artigo 110 da Constituição Federal, em síntese, criou regra, diferenciada na execução de bens do devedor. Eliminou a execução pela via expropriatória.

Busca-se justificar o procedimento diferenciado, sob fundamento de abrigarem, os bens da Fazenda Pública, o conjunto dos interesses individuais dos destinatários dos serviços públicos, a serem cobertos pelos valores administrados pelo Poder Público. Tratando-se, assim, de procedimento benéfico aos cidadãos, não conflitaria a regra especial sobre execução com o valor constitucional de igualdade.

Bom exemplo se tem na Espanha:

“transitada em julgado, a sentença se estabelece um prazo de dois meses, ou o prazo que a própria sentença fixe... para que a Administração cumpra o julgado, podendo, se for o caso, impor astreintes”
(Francisco Wildo Lacerda Dantas, *in* Revista de Processo, número 127, p.92).

Semelhante é o direito português:

“Corresponde ao que se passa em Portugal, onde se tem entendido – a partir do Dec. Lei 256-A/77 – que somente é possível a execução das sentenças judiciais” (ob. Cit.).

No mencionado artigo jurídico há outras referências ao direito comparado, a vigente na Alemanha, nos Estados Unidos e na Argentina, com soluções sempre de acatamento às soluções jurisdicionais, sem tolerância com a vontade do executado.

11- A Emenda Constitucional número 45, assegurando razoável duração do processo, não definiu, numericamente, a que corresponde “razoável duração” em dilação temporal. Voltou-se contra disposições normativas de caminho moroso, em favor de um acesso adequado à justiça. Acolheu-se a concepção do “processo justo”, que não é o atencioso só a regularidade formal:

“mais importante que a positivação na ordem jurídica é o espírito compenetrado de que a violação de certos direitos, porque inatos ao ser humano, não ofendem apenas a vítima, mas toda a sociedade e, por consequência, a humanidade” (Cappelletti, Dimensoni Costituzionale e transnazionale della giustizia, p. 41; Bologna; ed. Mulino, 1994).

A execução contra a Fazenda Pública tem procedimento especial, referido pelo artigo 100 da Constituição Federal e artigo 730 do Código de Processo Civil. A Emenda Constitucional número 45, ao dar nova redação ao artigo 5º, dirigiu a marcha do processo de execução, estabeleceu garantia da tutela efetiva, o que leva a entender

“obrigatoriedade” de inclusão no orçamento de verba para o pagamento de precatório realmente no ano orçamentário da previsão. Os precatórios devem ser pagos, sob pena de seqüestro de valores, para não se ter por arrastado o novo preceito constitucional. Assim se realizará o direito, proclamado no processo de conhecimento, dentro da nova ordem constitucional, com observância do princípio da igualdade.

Resumo bibliográfico:

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, 1988: Sérgio Antonio Fabris Editor.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições de Processo Civil – Volume 1*. Tradução de Adrian De Witt Batista. Campinas, 1999: Servanda.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil – 1º Volume*. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo, 1969: Saraiva.

NEVES, Celso. *Estrutura Fundamental do Processo Civil: Tutela Jurídica Processual, Ação, Processo e Procedimento*. Rio de Janeiro, 1995: Forense.