

ALGUNS ASPECTOS RELEVANTES DA FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO

MARCUS VINICIUS LIMA FRANCO

Advogado da União

Procurador-Chefe da União (em exercício) no Estado de Sergipe

SUMÁRIO: 1.CONCEITO DE FAZENDA PÚBLICA E A SUA AMPLITUDE. 2.PRERROGATIVAS DA FAZENDA PÚBLICA E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE. 3.EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. 4.TÍTULO EXECUTIVO NA EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA.

1. Conceito de Fazenda Pública e a sua amplitude

É muito comum utilizar a expressão Fazenda Pública como representativa do Estado em juízo, seja no âmbito federal, estadual ou municipal. A União, nas ações de natureza fiscal, recebe a designação de Fazenda Nacional. O Código de Processo Civil, em diversos artigos, faz menção à fazenda pública, v.g., arts. 20, § 4º; 188, 730. Os doutrinadores, ao tratar da fazenda pública, o fazem reportando-se às pessoas jurídicas de direito público em juízo.

A explicação desse termo talvez esteja mais no direito administrativo e financeiro do que no processo civil. Fazenda pública, na verdade, indica as finanças públicas, os órgãos responsáveis pela arrecadação tributária, corporifica o Estado em seu aspecto patrimonial. Pontifica Carlos Valder do Nascimento que “...*provido do latim facenda, o vocábulo fazenda pública diz respeito às finanças públicas e é largamente empregado no sentido designativo de conjunto de bens e haveres relativo ou pertencente ao Estado*”¹. Esclarece-se tal denominação, porque é o patrimônio público, em última análise, que poderá a vir suportar os encargos da demanda². A Fazenda Pública representa a personificação do Estado em juízo, conforme escólio de Cândido Rangel Dinamarco³.

O interesse em conceituar a locução Fazenda Pública e saber qual a sua amplitude está intimamente ligado à questão das prerrogativas que esta goza em juízo. O prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer (art. 188, CPC), a remessa *ex officio* (art. 475, CPC), o precatório (art. 100, CF), com as exceções do rito estabelecido pela Lei n.º 10.259, de 12 de julho de 2001 (Juizados Especiais Federais), a incoerência da revelia (art. 320, II, CPC) são alguns dos benefícios outorgados ao Poder Público em face da indisponibilidade dos seus interesses, da inalienabilidade e impenhorabilidade dos seus bens (art. 67 do CCB & art. 648 do CPC). A Fazenda Pública, portanto, compreende aquelas entidades que se submetem ao regime jurídico de direito público, cujos bens não são suscetíveis de apreensão e expropriação⁴.

Deflui disso que as pessoas políticas, ou seja, aquelas que detêm capacidade legislativa, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, são as primeiras alcançadas pelo conceito de Fazenda Pública. No que pertine às autarquias, é importante lembrar que tais entidades compõe a Administração Pública indireta, destinam-se à prestação de serviços públicos próprios, representando uma *longa manus* da entidade estatal que a criou⁵. O Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, art. 5º, I, conceitua autarquia como “o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram para o

seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada". Ostenta natureza jurídica de direito público interno, estendendo-se-lhe as prerrogativas da Fazenda, tanto que o art. 475 do CPC faz menção expressa a autarquias.

Os territórios não integram a federação brasileira, conforme se depreende da leitura do art. 1º de nossa *Lex legum*. Não possuem capacidade legislativa. Trata-se de uma forma de descentralização administrativa que leva em consideração o fator territorial. Daí o seu enquadramento na condição de autarquia territorial⁶. Dos três territórios (Amapá, Roraima e Fernando de Noronha), existentes à data da promulgação da Constituição, os dois primeiros foram transformados em Estados Federados e o último extinto, sendo sua área reincorporado ao Estado de Pernambuco⁷. Isso, todavia, não impede criação de novos territórios (CF, art. 18, § 3º).

E as fundações públicas inserem-se no conceito de fazenda pública? As pessoas jurídicas governamentais, tal como sucede no direito privado, podem ser subdivididas em dois grandes grupos: corporações e fundações⁸. A primeira tem como substrato a união de pessoas, que se reúnem a fim de perseguirem determinados fins, *universitas personarum*; do outro lado, temos as fundações, cujo elemento diferencial está na constituição de um patrimônio, que é personalizado com vistas ao alcance dos objetivos propostos pelo instituidor⁹, *"uma universalidade de bens personificados"*,¹⁰ *universitas bonorum*.

O Decreto-lei *supra*, no seu art. 5º, IV, define fundação pública como:

"a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgão ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes"

A natureza jurídica das fundações públicas é alvo de acirrada polêmica entre os administrativistas mais renomados de nosso país, principalmente em face da disposição legal *supra* que lhes deu configuração de direito privado. Hely Lopes Meirelles sempre esteve entre aqueles que defendem a natureza jurídica de direito privado das fundações instituídas pelo Poder Público¹¹. Celso Antônio Bandeira de Mello¹² propugna pela natureza jurídica de direito público dessas entidades, que, segundo ele, equiparam-se às autarquias, distinguindo-se apenas em sua base estrutural. Este ilustre doutrinador demonstra os seus argumentos pelo tratamento similar dispensado pela Constituição à Administração direta, às autarquias e às fundações, mormente em matéria de servidores públicos e de normas gerais de licitação.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹³, Diogenes Gasparini¹⁴, entre outros, são exemplo dos que entendem que o Estado pode instituir fundações tanto de direito público como de direito privado. Nesse rol também se encontra José Cretella Júnior¹⁵, para quem são realidades inconfundíveis as fundações instituídas pelo Poder Público, que obedecem ao regime privatístico, e as fundações públicas regidas pelo direito público.

Sem querer fechar as portas de uma discussão tão fecunda, penso que existem pontos irrefutáveis. A lição do mestre Hely Lopes não merece acolhida. Nada impede que o Estado crie fundações públicas. A Constituição Federal chancela esse entendimento (arts. 37, XIX, e 39). E, na qualidade de fundações públicas, regem-se pelo direito público, submetendo-se ao sistema administrativo de prerrogativas e sujeições. Destarte, é correto afirmar que as fundações públicas estão abrangidas no conceito de Fazenda Pública.

A propósito, a Lei nº 9.469, de 10.7.97, em seu art. 10, equipara à Fazenda Pública as autarquias e fundações públicas, *"art. 10. Aplica-se às autarquias e fundações públicas o disposto nos arts. 188 e 475, 'caput', e no seu inciso II, do Código de Processo Civil"*. Mais recentemente, a Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001, alterou a redação do

art. 475 do CPC, para incluir nas hipóteses de reexame necessário as sentenças proferidas contra as autarquias e fundações públicas. Pode parecer despicienda a discussão acerca da natureza jurídica das fundações públicas com esses novos diplomas legais. Só aparentemente a controvérsia perdeu a sua importância.

Essas Leis referem-se apenas aos prazos mais alargados da Fazenda e à remessa *ex officio*. Seriam, portanto, insuficientes para se concluir que a execução contra as fundações públicas respeita os ditames do art. 730 do CPC e o pagamento por elas efetuados segue a via do precatório, art. 100 da CF. Nem se diga que da interpretação sistemática exsurgiria essa conclusão. Instituído a norma um benefício, a exegese mais correta é a restritiva. O que a lei não deixou expresso, não caberia ao hermenêuta fazê-lo. Na verdade, a submissão das fundações públicas ao regime especial, próprio da Fazenda Pública, não advém apenas das normas em tela, mas da natureza de direito público, de entidade vocacionada à prestação de serviços públicos próprios do Estado, estando os seus bens infensos a qualquer gravame. As leis apenas ratificaram esse entendimento.

Resta precisar em que quadrante situam-se as empresas públicas e as sociedades de economia mista. A natureza jurídica de direito privado de tais entidades da Administração Pública indireta foi erigida a preceito constitucional:

“Art. 173. (...)”

§ 1º. A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública da empresa pública, da sociedade de economia mista e das suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I- (...)

II- a sujeição ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias.”

No plano infranconstitucional, como até hoje não foi editada lei ordinária disciplinando a matéria, continuam em vigor as disposições do aludido Dec.-lei nº 200, de 1969, recepcionado pela novel ordem constitucional. Esse Decreto define sociedade de economia mista e empresa pública, atribuindo-lhes personalidade jurídica de direito privado. Ao contrário da *vexata quaestio* em torno das fundações públicas, a doutrina majoritária, Hely Lopes Meirelles, Diógenes Gasparini e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, não discrepa dessa posição. Desautorizada, portanto, a equiparação à Fazenda Pública. Não há que se falar em execução especial¹⁶, pagamento de débitos pecuniários via precatório, duplo grau de jurisdição.

O panorama muda de figuração quando tratamos das empresas privadas prestadoras de serviço público, aí incluindo as empresas públicas e as sociedades de economia mista criadas com vistas a esse mister, bem como as delegatárias do serviço público de modo em geral. A continuidade dos serviços públicos impõe a impenhorabilidade dos bens a eles afetados. São bens informados pelo regime de direito público, inadmitindo-se qualquer espécie de gravame. Perfilhar outra linha de raciocínio importa sobrelevar os interesses dos credores ao interesse da coletividade no prosseguimento do serviço¹⁷.

Em que pese as restrições à penhorabilidade dos bens dessas entidades prestadoras de serviço público, a inclusão destas no conceito de Fazenda Pública não procede. Continuam sujeitas ao regime comum das pessoas jurídicas em geral, sendo impenhoráveis os bens que estejam diretamente comprometidos com a prestação do serviço público¹⁸. Cumpre registrar a opinião do insigne Geraldo Ataliba, que não comunga desse pensamento. Refletindo sobre o tema, anota esse doutrinador “...todos os bons processualistas assinalam a *construction* que levou a jurisprudência a incluir as autarquias no conceito originalmente estreito de ‘Fazenda’. Tudo isso no sentido de que as razões jurí-

dicas que levaram à aplicação, às autarquias, do conceito impõe-se sejam estendidas às empresas estatais delegadas de serviço público”¹⁹

Por último, não poderíamos findar o assunto sem, antes, tecermos algumas observações sobre a EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT. O serviço postal, no Brasil, insere-se na competência da União, consoante se depreende do disposto no art. 21, X, da Constituição Federal. Sua exploração, sob regime de monopólio, foi cometida à ECT (Decreto-lei nº 509, de 1969). Este Decreto-lei confere à ECT, em seu art. 12, as prerrogativas deferidas à Fazenda Pública, além da impenhorabilidade dos seus bens:

“Art. 12 - A ECT gozará de isenção de direitos de importação de materiais e equipamentos destinados aos seus serviços, **dos privilégios concedidos à Fazenda Pública**, quer em relação a imunidade tributária, direta ou indireta, impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, quer no concernente a foro, prazos e custas processuais.” (grifos nossos)

O ínclito Juiz Antônio Ezequiel da Silva, em sua monografia dedicada ao tema penhorabilidade dos bens das empresas públicas²⁰, sustenta que a impenhorabilidade prevista no mencionado artigo decorre “(...)de expressa disposição legal, já que, como dispõe o art. 648 do CPC, não estão sujeitos à execução os bens que a lei considera impenhoráveis”.

O Supremo Tribunal Federal vem decidindo pela constitucionalidade desse dispositivo:

“CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. EMPRESA PÚBLICA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO. EXECUÇÃO: PRECATÓRIO.

I. - Os bens da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, uma empresa pública prestadora de serviço público, são impenhoráveis, porque ela integra o conceito de Fazenda Pública. Compatibilidade, com a Constituição vigente, do D.L. 509, de 1969.

II. - Precedentes do Supremo Tribunal Federal: RREE 220.906-df, 229.696-PE, 230.072-rs, 230.051-SP e 225.011-MG, Plenário, 16.11.2000.

III. – R.E. conhecido e provido.”²¹

Resumindo o que foi dito até agora, a expressão Fazenda Pública compreende a União, os Estados Federados, o Distrito Federal, os Municípios, as autarquias e as fundações públicas, lembrando-se que, embora inexista Território na atual conjuntura brasileira, a possibilidade de sua criação tem assento constitucional e, sendo criados, também estarão alcançados no conceito de Fazenda Pública. Os bens das empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público e os das concessionárias do serviço público, quando afetados à prestação do serviço, não são suscetíveis de penhora. Tal fato não autoriza, entretanto, a conclusão de que essas pessoas jurídicas estão abrangidas no conceito de Fazenda Pública. No que pertine à ECT, no entanto, o Decreto-lei nº 509, de 1969, art. 12, conferiu-lhe o mesmo tratamento dispensado às pessoas jurídicas de direito público.

2. Prerrogativas da Fazenda Pública e o princípio da igualdade

O princípio da igualdade, guindado a dogma constitucional, apresenta-se sob diversos matizes. Os gregos já diferenciavam o princípio da igualdade na lei e da igualdade perante a lei. A igualdade na lei dirige-se ao legislador e exprime a necessidade de que a própria lei reflita o princípio da isonomia, não estabelecendo fatores arbitrários e odiosos de discriminação. A igualdade perante a lei, por seu turno, volta-se aos aplicadores do direito,

em especial ao Judiciário. Determina ao intérprete da norma o dever de aplicá-la de modo equânime.

A igualdade perante a lei constitui um dos postulados da Revolução Francesa. Nesse primeiro momento, o princípio da igualdade surgia como forma de suprimir os privilégios outorgados de acordo com o título de nobreza do indivíduo, com a classe de que pertencesse²². A igualdade formal tornou-se um dos pilares do Estado liberal, que também despontava naquele momento histórico. Não obstante as declarações de direito proclamarem que todos são iguais perante a lei, as desigualdades sócio-econômicas continuaram a vicejar.

Mudaram-se os atores, o cenário político, mas as desigualdades, reitere-se, remanesceram. O pensamento socialista, capitaneado por Karl Marx, denunciou as mazelas advindas da Revolução Industrial, o estado de miséria, onde a classe burguesa detentora dos meios de produção se enriquecia cada vez mais à custa da exploração do proletariado. Veio à tona uma nova realidade a demandar do princípio da igualdade um tratamento igualitário real, e não simplesmente formal, isto é, de igualdade material.

Da interpretação sistemática de nossa Constituição, denota-se que não se preocupa apenas com a igualdade perante a lei (art. 5º, *caput*) elenca, no art. 7º, um rol de direitos de índole social, criando-se para o Estado o dever minimizar as desigualdades impostas pela realidade fática e fazer com que as pessoas concorram em igualdade de condições a todas as oportunidades possíveis. Objetiva-se uma igualdade efetiva perante os bens da vida²³.

A igualdade material ou substancial realiza-se com o tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais. Celso Antônio Bandeira de Mello²⁴, após lembrar essa velha proposição aristotélica, aduz que é válida, porém não soluciona o problema em torno do princípio da igualdade, pois persiste o problema de saber quem são os iguais e quem são os desiguais, o critério de distinção. Normalmente, diz-se que se cumpre o princípio da igualdade quando a lei não faz diferenciações odiosas, em razão de sexo, raça, classe social e outras formas preconceituosas a pessoas que estejam na mesma situação. As diferenças, porventura, estabelecidas devem ser razoáveis.

Bandeira de Mello, diante da dificuldade em estabelecer critérios objetivos e justos de diferenciação, bem como da elasticidade dos conceitos para se precisar o que seja razoável ou não, sentencia, com a argúcia que lhe é peculiar, que o fator de *discrimen* escolhido pelo legislador somente se harmoniza com o princípio da igualdade, se concorrem os seguintes elementos: a desequiparação não poderá atingir de modo atual e absoluto um só indivíduo; as pessoas ou situações desequiparadas pela norma deverão de ser, efetivamente, distintas entre si; deve existir, em abstrato, uma correspondência entre os fatores diferenciais e a distinção de regime jurídico em face deles; enfim, os fatores diferenciais deverão de guardar pertinência com os interesses acolhidos no sistema constitucional²⁵.

Resolvidos os lides do princípio da igualdade em sua dupla significação, tanto no plano formal como substancial, traz-se à baila a problemática da Fazenda Pública. Esta desfruta de uma série de benefícios em juízo: prazo em dobro para recorrer e em quádruplo para contestar (art. 188, CPC); dispensa do pagamento antecipado das despesas processuais (art. 20, CPC) e do depósito na ação rescisória (art. 488, parágrafo único, CPC), duplo grau de jurisdição obrigatório (art. 475, CPC), inoccorrência dos efeitos da revelia (art. 320, II, CPC), pagamento por precatório de débitos pecuniários resultantes de sentença (art. 100, CF), impenhorabilidade de seus bens (art. 67 do CCB e o art. 648 do CPC).

O questionamento que se faz é da compatibilidade dessas prerrogativas com o princípio da isonomia. Além da menção expressa ao princípio da igualdade no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, deriva do *due process of law* uma gama de princípios, dentre os quais está o da igualdade processual, o tratamento igualitário das partes no processo. Os prazos e as oportunidades de contraditar e de produzir provas devem ser as mesmas.

Justifica-se o tratamento diferenciado, porque a Fazenda Pública, como corporificação da Administração em juízo, nada mais é do que o conjunto formado pela soma interesses de todas as pessoas, da coletividade. A *res publica* a todos pertence e disso resulta a indisponibilidade dos seus interesses. A Fazenda, ao ser demandada em juízo, deverá perseguir o interesse público. Por isso, as normas processuais que a outorgam prazos dilatados e outras prerrogativas compatibilizam-se com os preceitos constitucionais. A Carta Magna, a começar pela exigência do precatório para pagamento de dívidas pecuniárias, deixou expresso a premência em tutelar o interesse público discutido no âmbito processual. O resultado da lide, a negligência daqueles que representam a Fazenda em juízo afetam a todos. É prejuízo de toda a sociedade.

Não bastasse o respaldo do tratamento desigual na supremacia do interesse público sobre o particular, impende salientar que a Fazenda Pública responde a uma quantidade cada vez maior de ações, acrescentando-se a isso os entraves burocráticos que dificultam muito a atuação expedita, principalmente no que tange à prestação de informações por órgãos da estrutura administrativa, para subsidiar a defesa do Poder Público em juízo.

Escreve JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA:

“À Fazenda Pública e ao Ministério Público atribui o Código, aqui e ali, vantagens sobre o litigante particular: v.g., prazo maior para contestar e recorrer (art. 188), dispensa do depósito inicial na ação rescisória (art. 488, parágrafo único). Trata-se de diretriz tradicional no direito brasileiro, criticada por alguns, mas justificada, ao menos em princípio, pelas próprias peculiaridades dos referidos entes. Até certo ponto, é razoável considerar que a desigualdade formal, aí, espelha uma desigualdade substancial e, por conseguinte, a rigor não se choca – mas, ao contrário, se harmoniza – com o postulado da igualdade”²⁶

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou pela constitucionalidade do art. 188 do CPC²⁷. No mesmo sentido, é a Súmula nº 116 do eg. STJ: “A Fazenda Pública e o Ministério Público têm prazo em dobro para interpor agravo regimental no Superior Tribunal de Justiça”. As prerrogativas da Fazenda merecem, como benefícios que são, interpretação restritiva e não podem servir de obstáculo intransponível a formas de tutelas céleres e efetivas em face do Poder Público. Exige-se o exame crítico de cada situação, não valendo a simples citação doutrinária e jurisprudencial em contrário.

Normalmente, quando versam a respeito da matéria, os autores a intitulam de privilégios processuais da Fazenda²⁸. O termo não se mostra dos muito apropriado, pois conduz à idéia de regalias, de concessões ao Poder Público. Segundo ADA PELLEGRINI GRINOVER:

“No direito atual, prerrogativas e privilégios só podem admitir-se por exceção, em razão da diversidade de posição subjetivas assumidas no ordenamento jurídico. Exceções que são ao regime comum, as prerrogativas e os privilégios se distinguem, porquanto estes são instituídos visando à proteção de interesses pessoais, e aqueles decorrem do interesse público. Resulta daí ser a prerrogativa irrenunciável”²⁹.

Diante dos fundamentos expendidos, percebe-se que benefícios processuais em favor da Fazenda foram instituídos em homenagem ao interesse público. Na verdade, cuida-se de prerrogativas, e não de privilégios. Reitere-se que a prerrogativa se institui em face do interesse público correspondente. Assim, a dilatação de prazos, o duplo grau de jurisdição, entre outras prerrogativas, têm um fundamento que as justifica. Ocorre que

nem todos os benefícios outorgados às pessoas jurídicas de direito público encontra guarida na Constituição. Fere, p. ex., o princípio da isonomia, como anota Nelson Nery Júnior³⁰, fixar os honorários advocatícios em percentual inferior a 10% (art. art. 20, § 4º, do CPC), quando sucumbente a Fazenda.

A indisponibilidade dos interesses da Administração Pública e a sua supremacia são princípios basilares em direito público, não, porém, absolutos. Podem ser relativizado no confronto com outros princípios também de ascendência constitucional. Esse tem sido o espírito das reformas implementadas no Código de Processo Civil, dentre elas, cabe ressaltar, a que dispensou duplo grau de jurisdição nos casos em que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos; ou na hipótese de a matéria já estar pacificada perante o STF ou nos Tribunais Superiores (art. 475 do CPC, com redação dada pela Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001). Soma-se a essas mudanças, a permissão constitucional ao pagamento direto, sem a via morosa do precatório, para as obrigações tidas por lei como de pequeno valor (art. 100, § 3º, da CF, após a E.C. nº 20).

3. Execução contra a Fazenda Pública

A abordagem do tema pertinente à execução contra a Fazenda Pública requer a análise conjunta das disposições constitucionais e legais aplicáveis à espécie.

O art. 100, *caput*, da Constituição Federal está vazado nos seguintes termos:

“Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos orçamentários e nos créditos adicionais abertos para este fim.”

Preceituam, respectivamente, os arts. 730 e 731 do Código de Processo Civil que:

“Art. 730. Na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, citar-se-á a devedora para opor embargos em dez (10) dias; se esta não os opuser, no prazo legal, observar-se-ão as seguintes regras:

I- o juiz requisitará o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente; II- far-se-á o pagamento na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito.

Art. 731. Se o credor for preterido no seu direito de preferência, o presidente do tribunal, que expediu a ordem, poderá, depois de ouvido o chefe do Ministério Público, ordenar o seqüestro da quantia necessária para satisfazer o débito.”

Convém salientar, de logo, que o procedimento especial a que se subordina a Fazenda Pública adstringe-se às obrigações pecuniárias.³¹ A leitura de tais dispositivos legais permite que se extraia o que há de essencial no procedimento executivo contra a Fazenda Pública. Da fase inaugural até o término, o processo desenrola-se por caminhos bem distintos daqueles que se percorre na execução movida em desfavor de particular. A insuscetibilidade de penhora dos bens públicos impõe um regramento distinto, a começar pela citação, que é para opor embargos à execução, e não para pagar sob pena de penhora.

Não estando os seus bens sujeitos à constrição judicial, a apresentação de embargos não se condiciona à prévia garantia do juízo. Ofertados os embargos, reabre-se a discussão da causa, suspendendo-se a execução em curso. Dada a natureza de ação incidental, o prazo dos embargos é de 30 (trinta) dias³², sem a prerrogativa do art. 188 do CPC, que manda computar em quádruplo o prazo para a Fazenda Pública apresentar

contestação³³. Em caso de acolhimento dos embargos, a execução tanto pode extinguir-se como continuar apenas sobre determinado valor, de acordo as alegações da embargante seja objetivando a desconstituição do título ou a redução do *quantum* exequendo. A sentença proferida nos embargos, quando desfavorável aos interesses da Fazenda, submete-se ao reexame necessário (art. 475, II, do CPC).

Ultrapassadas essas fases, rejeitados os embargos ou não sendo estes opostos, passa-se à segunda etapa, que é mais de cunho administrativo do que jurisdicional. Sua disciplina está no art. 100 da CF, que estabelece a via do precatório como pressuposto à satisfação dos débitos da Fazenda decorrentes de sentença judiciária. Cabe ao juiz de primeiro grau expedir o precatório, dirigindo-se ao Presidente do Tribunal, a quem compete requisitar o pagamento à pessoa jurídica de direito público³⁴.

As dotações orçamentárias destinadas ao cumprimento dos precatórios são consignadas em favor do Poder Judiciário. Os pagamentos obedecerão à ordem de apresentação dos precatórios. Essa estrita vinculação à ordem cronológica dos precatórios prestigia o princípio da moralidade administrativa e o da igualdade, evitando-se, assim, que uns sejam favorecidos em detrimento dos outros³⁵. Se o credor for preterido no seu direito de preferência, poderá requerer ao Presidente do Tribunal que expediu a ordem de pagamento que, após ouvir o Chefe do Ministério Público, determine o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito.

Diante de uma disciplina tão especial, pergunta-se se, realmente, existe execução contra a Fazenda Pública. O enfrentamento da matéria postula algumas observações prévias sobre o processo executivo. A atividade jurisdicional do Estado tem na substitutividade um dos seus atributos principais, como já doutrinava o ilustre processualista italiano Giuseppe Chiovenda³⁶. O juiz, ao solucionar o conflito de interesses, substitui as partes e declara a vontade concreta da lei, realiza a composição da lide, restabelecendo a integridade do ordenamento jurídico e a paz social. Na execução, persiste o caráter substitutivo, não para formular a norma a regular a situação fática trazida aos autos, mas para dar ao credor, efetivamente, aquilo que lhe é de direito.

As técnicas de execução são, basicamente, a sub-rogatória ou direta, que prescinde da vontade do devedor, e coercitiva ou indireta³⁷. Exemplo clássico dos meios sub-rogatórios é a execução por quantia certa. Ante a resistência do devedor em satisfazer *sponte propria* a prestação a que foi condenado, procede-se, mediante execução forçada, à expropriação dos seus bens, com vistas ao adimplemento da obrigação pecuniária. A execução indireta ou coercitiva tem por finalidade estimular o devedor a cumprir a sua obrigação, como forma de livrar-se de uma sanção, multa (astreintes) ou prisão (dívida de alimentos).

A dificuldade em situar a execução contra a Fazenda Pública em um dos grupos acima indicados reside no fato de os bens públicos serem impenhoráveis. Com efeito, não há que se falar em expropriação propriamente dita. Inexiste a constrição judicial do patrimônio público, nem, conseqüentemente, possibilidade de serem alienados em praça ou hasta pública. Inocorre a transferência forçada de bens, o pagamento se faz pela via precatorial. São estes, dentre outros, fundamentos que levam doutrinadores de nomeada como Ovídio Batista a sustentar que a atividade desenvolvida na hipótese não tem natureza executiva³⁸. Humberto Theodoro Júnior qualifica como imprópria a execução em desfavor do Poder Público³⁹.

Para Araken de Assis⁴⁰ o procedimento delineado nos arts. 730-731 do CPC c-c o art. 100 da Carta Política tem natureza executiva:

“Intangível que seja o patrimônio público, a regra da responsabilidade patrimonial, insculpida no art. 591, se torna ineficaz. E, nessas condições, a terapêutica expro-

priatória, baseada naquela norma, se revela inútil, destinada a operar no vácuo. Daí o mau vezo de certa doutrina de rotular a execução contra a Fazenda Pública de 'imprópria', olvidando outras técnicas executivas...O sistema da Constituição evidencia o emprego de típico mecanismo coativo, peculiar à chamada execução "indireta" (*retro*, 12). Exatamente a possibilidade de 'seqüestro' caracteriza a eficácia executiva da ação"

Enquadrar a execução contra à Fazenda Pública entre as formas de execução indireta não convence, em que pese a autorizada opinião do mestre Araken de Assis. Não há uma execução propriamente dita, mas um procedimento mais administrativo do que jurisdicional. Após verificar a improcedência dos embargos ofertados pela Fazenda ou se estes não forem apresentados, o juiz da causa determina a expedição de precatório dirigido ao Presidente do Tribunal a que estiver vinculado, a quem compete requisitar o pagamento ao Poder Público.

A possibilidade de seqüestro de verbas públicas não se confunde com os meios coercitivos de execução. Não se pretende através do seqüestro ameaçar a Fazenda a cumprir a obrigação pecuniária constante do título executivo judicial, e sim concretizar o direito do credor que foi prejudicado com a desobediência à ordem de apresentação dos precatórios. Apreende-se a quantia necessária à satisfação do débito. Ora, a medida em causa tem natureza satisfativa⁴¹, e não intimidativa como a prisão aplicada ao devedor de alimentos que se recusa a cumprir a ordem judicial imotivadamente. Distingue-se, também, da multa cominatória imposta nas execuções de obrigação de fazer ou não fazer. Os meios de coerção não liberam o devedor do ônus de adimplir a prestação devida. O executado, mesmo após a inflicção da pena, permanece devedor até a satisfação integral do débito.

4. O título executivo na execução contra a Fazenda Pública

A locução sentença judiciária contida no art. 100 da Constituição Federal indica, a princípio, que toda execução movida contra a Fazenda Pública funda-se em título judicial.

A propósito, o Min. CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO, então membro do Tribunal Federal de Recursos, ainda na égide da Constituição de 1967 com a E.C. nº 1 de 1969, emitiu voto paradigmático, bem elucidativo do assunto ora em debate:

"Certo é, entretanto, que a interpretação literal do citado art. 730 do CPC poderá colocá-lo contra a Constituição. A interpretação do art. 730 do CPC reclama, pois, cautela. Ela deverá harmonizar-se com o art. 117 da Lei Fundamental, que, conforme vimos, não dispensa sentença. Noutras palavras, a execução contra a Fazenda Pública, através de precatório, pressupõe, sempre, sentença condenatória transitada em julgado. Isto, aliás, se justifica tendo em linha de conta a proteção que a Constituição dedica aos dinheiros públicos. Se o título executivo extrajudicial dispensasse a sentença, tratando-se de execução contra a Fazenda Pública, não estaria descartada a possibilidade de conluio entre o administrador corrupto e o administrador, para o fim de obrigar a Fazenda ao pagamento de dívidas duvidosas ou inexistentes"⁴²

VICENTE GRECO FILHO, em seu livro EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA, também se insurge contra o cabimento de execução contra o Poder Público aparelhada em título extrajudicial. Ao analisar o art. 117 da Constituição de 1967, cuja redação é quase idêntica à do art. 100 da CF, expõe que somente o título judicial legitima a ação executiva sob o regime especial do art. 730 e 731 do CPC. E, na defesa desse ponto de vista, assevera que se as sentenças desfavoráveis aos interesses da Fazenda têm sua eficácia condicionada ao reexame necessário, não se mostra razoável admitir a deflagra-

ção, contra as pessoas jurídicas de direito público, de processo executivo instruído com título extrajudicial, que, no mais das vezes, não se submete a exame judicial algum⁴³.

O dissenso estava longe de terminar. Pontes de Miranda⁴⁴ é um dos autores que, à época, já defendia o cabimento de execução contra a Fazenda embasada em título extrajudicial. O detentor de título extrajudicial não estaria obrigado a propor ação de conhecimento para obter uma sentença e, só depois, ingressar com ação de execução.

No mesmo sentido é a opinião de Celso Neves:

“(...)eliminada a ação executiva e unificada a via executória, já agora hábil tanto para os casos de sentença condenatória, quanto para os títulos extrajudiciais dotados de executividade, a disciplina do art. 730 atende às particularidades de um processo executório em que não pode haver a penhora de bens sobre os quais verse a atividade *juris-satisfativa* que lhe é própria”⁴⁵.

No CPC de 1939, havia a ação executória que se arrimava em título judicial e a ação executiva, fundada em título extrajudicial. Esta última representava um procedimento híbrido onde, depois da penhora, seguia-se como se ação de conhecimento fosse até final, com a prolação de sentença, “...sendo esta o título em que se apoiava, doravante, a execução”⁴⁶. O Código de Processo Civil de 1973 alterou essa sistemática, outorgando eficácia executória tanto aos títulos judiciais como aos extrajudiciais.

O STJ tem, reiteradamente, se posicionado pela possibilidade de execução por quantia certa contra a Fazenda respaldada em título extrajudicial. Consolidou-se nesta Corte o entendimento de que a regra do art. 730 do CPC tem aplicação qualquer espécie de execução⁴⁷. Nessa mesma linha, Humberto Theodoro Júnior diz que “...seja judicial ou não o título executivo, a citação da Fazenda será feita sem cominação de penhora, limitando-se à convocação para opor embargos em dez dias (art. 730, caput)”.

Respeitadas as opiniões em contrário, parece que a razão está com aqueles que defendem o cabimento da ação executória pautada em título extrajudicial. A expressão sentença judiciária a que se refere o art. 100 da CF deve ser entendida, em consonância com o art. 730 do CPC, como título executivo⁴⁸. Sendo o título líquido, certo e exigível, não se faz necessário submetê-lo ao crivo do judiciário em demanda cognitiva para, após cumprida essa fase, instaurar-se a execução. Prescinde-se do exame judicial, na medida em que o título já contém o reconhecimento da Administração de sua condição de devedora. Essa manifestação de vontade deve presumir-se veraz e legítima. Discordando dos seus termos, pode a Fazenda recorrer aos embargos à execução (art. 741 do CPC), nos quais o espectro de matérias impugnáveis é bem maior em comparação com os embargos ofertados contra título judicial.

¹ NASCIMENTO, Carlos Valder. *Execução contra a fazenda pública: sua inversão no pólo processual em razão de erro material*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 6.

² MEIRELLES, Hely Lopes. *Curso de direito administrativo brasileiro*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 664.

³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 138.

⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Novo processo civil brasileiro*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 259.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 322.

⁶ CRETILLA JUNIOR, José. *Fundação de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 66-67.

⁷ MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 268.

⁸ ATALIBA, Geraldo. *Normas gerais de direito financeiro e regime geral das autarquias*, p. 10.

⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. vol. 1. 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 111-112.

¹⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil comentado: edição histórica*. 4ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, p. 240.

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 330, nota nº 40.

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 143-146.

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 322.

- ¹⁴ GASPAINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 256-257.
- ¹⁵ CRETILLA JÚNIOR, José. *Op. cit.*, p. 66-68.
- ¹⁶ GRECO FILHO, Vicente. Da execução contra a fazenda pública. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 50.
- ¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Op. cit.*, p. 166.
- ¹⁸ REsp nº 176078/SP, STJ, Rel. Min. Ari Pargendler, in DJU de 15.12.98.
- ¹⁹ Apud SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Execução contra a fazenda pública*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 106-107.
- ²⁰ SILVA, Antônio Ezequiel da. *Penhorabilidade dos bens das empresas públicas*. *CARTILHA JURÍDICA*, TRF-1ª Região, Brasília, nº 19, p. 32, dez./1999.
- ²¹ RE nº 220907-RO, STF, Rel. Min. Carlos Velloso, in DJU de 31.08.01, p. 64.
- ²² BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 181.
- ²³ *Ibid.*, p. 179.
- ²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. 8ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 10-11.
- ²⁵ *Ibid.*, p. 41-42.
- ²⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. Terceira Série. São Paulo: Saraiva: 1984, p. 44-45.
- ²⁷ “Devendo o recurso adesivo manifestar-se ‘no prazo de que dispõe a parte para responder’ (CPC, 500, I), é patente sua duplicação, nos termos do art. 188, CPC, cuja recepção pela ordem constitucional superveniente o Tribunal já tem assentado” (STF, 1ª Turma, RE nº 196.430-8-RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, in D.J.U. de 21.11.97, p. 97)
- ²⁸ FEDERIGHI, Wanderley José. *A execução contra a fazenda pública*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 11.
- ²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Benefício de prazo. *Revista de Direito Processual*, Uberaba, v. 5, nº 19, p. 16, jul./set.1979.
- ³⁰ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 54-55.
- ³¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: processo de execução e processo cautelar*. Vol. II. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 264.
- ³² O prazo para embargar do INSS refoge à regra, sendo de 30 (trinta) dias, nos termos do art. 130 da Lei nº 8.213, de 1991, com a redação dada pela Medida Provisória nº 1.523-8, de 28.5.97, convertida na Lei nº 9.528, de 1997.
- ³³ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Execuções contra a fazenda pública: regime de precatório*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 65.
- ³⁴ SILVA, Américo Luís Martins da Silva. *Do precatório-requisitório na execução contra a fazenda pública*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998, p. 103.
- ³⁵ Cf. RE nº 1320431-SP. Ac. Un. da 1ª Turma do STF, Rel. Min. Celso de Mello.
- ³⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol. II. 2ª ed. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 11.
- ³⁷ ASSIS, Araken. *Comentários ao código de processo civil*. Vol. VI. 1ª ed. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 24.
- ³⁸ SILVA, Ovídio A. Batista da. *Curso de processo civil*. V. I. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 115.
- ³⁹ JUNIOR, Humberto Theodoro. *Processo de execução*, p. 335.
- ⁴⁰ ASSIS, Araken. *Manual do processo de execução*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 798.
- ⁴¹ A doutrina, de modo geral, entende que se trata de uma providência judicial satisfativa. Confirma-se nesse sentido José Carlos Barbosa Moreira (*NOVO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO*, p. 259). Vicente Greco discrepa desse entendimento e sustenta a natureza cautelar da medida (*EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA*, p. 92)
- ⁴² in LEX – Jurisprudência do TFR 86-291.
- ⁴³ GRECO FILHO, Vicente. *Op. cit.*, p. 59.
- ⁴⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes. *Comentários ao código de processo civil*. Vol. 10. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 470.
- ⁴⁵ NEVES, Celso. *Comentários ao código de processo civil*. Vol. VII. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 166.
- ⁴⁶ VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Execução contra a fazenda pública*. São Paulo: Dialética, 1998, p. 97.
- ⁴⁷ REsp. nº 193896-RJ, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, in DJ de 12.6.2000, p. 79; REsp. nº 171228-SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, in DJ de 01.07.1999; e REsp. 100700-BA, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, in DJ de 31.3.97.
- ⁴⁸ VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Op. cit.*, p. 98.