

A Fazenda Pública e o Novo Código de Processo Civil¹

Edilson Pereira Nobre Júnior

Doutor e mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor da Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Desembargador do Tribunal Regional Federal da Quinta Região. *E-mail*: <edilsonNobre@trf5.jus.br>.

Resumo: Este artigo tem por objetivo investigar, com base na nova codificação processual civil, o tratamento em juízo das ações onde é parte integrante a fazenda pública, enfocando, dentre outros aspectos, a questão das suas prerrogativas processuais e das modalidades de decisões a que está sujeita. Igualmente, procurou-se relembrar conceitos, bem como enfatizar os modelos de controle jurisdicional da Administração Pública.

Palavras-chave: Novo CPC. Fazenda pública. Tratamento jurídico.

Sumário: **1** Delimitando o objeto do trabalho – **2** Relembrando um conceito – **3** Justiça e procedimento administrativo – **4** As prerrogativas processuais da Fazenda Pública – **5** Das decisões judiciais contra a Fazenda Pública – Referências

1 Delimitando o objeto do trabalho

Nos seus albores, o Estado de Direito – pôs em relevo Giannini² – se pautava pela valoração a dois princípios cardeais. Um deles era a submissão da ação administrativa à legalidade. O outro, que era uma decorrência deste, consistia no reconhecimento paulatino da admissibilidade dos cidadãos deduzirem pretensões contra a Administração Pública, muito embora sob alguns limites.

Coube, inicialmente, à França delinear os contornos da jurisdição administrativa, fazendo, desde os primórdios da Revolução de 1789, com uma tonalidade própria. Tanto é assim que de tal contribuição surgiu o modelo denominado de contencioso-administrativo, motivado ora por um modo particular de ver a divisão de poder, bem

¹ Este escrito, assinalado pelo ineditismo, retrata, com alterações de pormenor, palestra que o seu autor proferiu no dia 08 de maio de 2015, durante o transcurso do “Seminário Novo Código de Processo Civil”, cuja realização coube ao empreendimento conjunto da Escola de Magistratura Federal da Quinta Região – Esmafe, núcleo da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, da Escola da Advocacia-Geral da União e da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. A abordagem prosseguiu durante o III Ciclo de Palestras sobre o Novo Código de Processo Civil, realizado na cidade de Fortaleza (CE) no dia 26 de agosto de 2015, sob a regência da Escola Superior da Magistratura do Ceará – ESMEC.

² GIANNINI. *Diritto amministrativo*. Vol. II. 3. ed. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993, p. 45-46.

assim por determinadas circunstâncias históricas, no qual se interditava – e ainda se proíbe – a intervenção dos juízes e tribunais para o controle dos atos das autoridades administrativas.³

Em seguida, sobreveio o modelo inglês, denominado de jurisdição única, no qual aos juízes e tribunais comuns compete, indistintamente, o julgamento de litígios entre os particulares, e dentre estes e o Estado,⁴ e, posteriormente, outro arquétipo, ao qual se costuma rotular de belga, caracterizado pela existência, no âmbito do Poder Judiciário, de órgãos especializados no julgamento da legitimidade dos atos das autoridades públicas.⁵

Ao lado da consagração desses modelos, alguns países houveram por bem promulgar lei específica para a disciplina processual referente às demandas nas quais envolvidas as pessoas jurídicas de direito público e administrativas.

Nestas plagas, o controle dos atos administrativos, entregue durante o Império a um contencioso-administrativo ineficaz,⁶ balizado por uma jurisdição reservada, passou, com a República, aos cuidados do Poder Judiciário.

³ Embalada pelo entendimento de que julgar a Administração também é administrar, juntamente com o fator que identificava os juízes com o Antigo Regime – e daí o risco de inviabilizarem a obra dos revolucionários – lastreou o início do modelo a Lei da Assembleia Constituinte de 16-24 de agosto de 1790, ao explicitar que, em sendo separadas as funções judiciais das funções administrativas, os juízes não poderão, pena de prevaricação, interferir, de qualquer maneira, nas operações dos corpos administrativos nem citar os administradores por motivo de suas funções. A previsão legal foi alçada à Constituição de 03 de setembro de 1791 (Título III, Capítulo IV, Seção II, arts. 4^a e 5^a). Com a derrocada do Segundo Império, Lei de 1872 reforça a jurisdição administrativa, dotando-lhe de autonomia, de maneira a fazer com que a força e a autoridade das suas decisões passasse a independe da proposição de uma resolução formal ao governo. Instituiu-se a jurisdição delegada em substituição à jurisdição reservada. No último quartel da centúria passada, Leis de 1980, 1995 e 2000, implicaram num aprimoramento substancial do contencioso administrativo francês, seja ampliando a sua abrangência, seja dispondo sobre a execução de suas decisões e sobre medidas cautelares e de urgência.

⁴ Sabino Cassese (La costruzione del diritto amministrativo. In: CASSESE, Sabino (Org.). *Trattato di diritto amministrativo – diritto amministrativo generale*. Tomo Primo. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2000, p. 15), ao abordar os traços que notabilizam o sistema administrativo inglês, aponta dentre eles a circunstância de que a contenção do arbítrio dos administradores é da alçada dos tribunais e juízes comuns. No mesmo sentido, colhe-se de Diogo Freitas do Amaral (*Curso de direito administrativo*. Vol. I. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 105 e 114-115), salientando que não representa desvirtuamento dessa característica o surgimento, em época recente, dos *administrative tribunals*, uma vez guardarem diferença dos órgãos da jurisdição administrativa francesa, de sorte que a Administração inglesa continua essencialmente submetida aos tribunais integrantes do Judiciário.

⁵ Numa tonalidade híbrida, o sistema belga, adotado pela Itália e Alemanha, identifica-se por atribuir o julgamento das controvérsias entre a Administração e o particular a tribunais especializados integrantes da estrutura do Poder Judiciário. A seu respeito, ver Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (*Princípios gerais de direito administrativo*. Tomo I. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 126-127).

⁶ De acordo com o art. 151 da Constituição de 25 de março de 1824, o Poder Judicial se limitava à composição de litígios criminais e civis, tocando a solução das contendas administrativas à própria Administração. Ao depois de listar os vários órgãos administrativos nos quais se distribuía a competência para o julgamento de conflitos entre o cidadão e o Poder Público, Paulino José Soares de Souza, o Visconde de Uruguai (*Ensaio sobre o direito administrativo*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 107-109. A conclusão da obra recua ao ano de 1862) acentuou que se tratava de uma jurisdição reservada – e não delegada, como na França a partir da citada Lei francesa de 1872 – pois, nos termos do art. 8^o da Lei nº 581, de 08 de setembro de 1851, tem-se que o Conselho de Estado, suposto órgão de cúpula, apenas emitia parecer, condicionado à aceitação do correspondente Ministro de Estado. Por isso, o autor aponta este como a autoridade mais elevada de tal organização. Esse modelo, em que pese ao autoritarismo então vivenciado, não implicou num total desapareço às garantias inerentes a um processo justo. O autor deixou consignado esse aspecto: “Se, como temos visto, existe e é indispensável um contencioso administrativo; se não deve, nem pode pertencer ao poder judicial; se

Para esse fim, a organização então moldada pela Constituição de 1891 bipartia tal missão em favor da Justiça Federal e da Justiça dos Estados. Enquanto com relação a esta a adoção do federalismo propiciou a que a matéria tivesse seu tratamento por codificações promulgadas pelas unidades federativas (art. 34, nº 22, c/c art. 65, nº 2º), no que concerne à Justiça Federal, que ostentava competência para fiscalização de atos de autoridades federais e estaduais, desde que lastreada a sua discussão em preceito da Constituição Federal, foi editada a Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, a qual esboçou uma disciplina afeiçoada às peculiaridades então vivenciadas pelas relações entre o cidadão e o Poder Público.⁷

A partir do constitucionalismo de 1934, cujo traço evolutivo se inclinou no sentido da centralização de competências em favor da União, o processo dos litígios tanto entre particulares quanto entre estes e a Administração Pública passou a ter disciplina unitária no Código de Processo Civil de 1939 e, depois, na codificação promulgada em 1973, sem prejuízo da edição, nesse ínterim, de leis especiais, num número extenso.⁸

Porventura em virtude do receio em se quebrantar critério perfilhado há pouco mais de setenta e cinco anos, veio à ribalta a Lei nº 13.015, de 15 de março de 2015,⁹ instituindo uma nova codificação para o processo civil pátrio, com a qual restou abandonada possível viragem em prol da edição de lei disciplinadora da jurisdição administrativa.

O diploma mencionado – no diapasão de Menezes Cordeiro,¹⁰ a propósito das codificações civis – constitui um produto do trabalho jurídico-científico a postular um

é inseparável do poder administrativo, e portanto do Executivo que o compreende; se é indispensável que as decisões contenciosas sejam cercadas das garantias que oferecem os tribunais, com certa forma de processo e recurso; é irrecusável consequência que deve haver e há, em todos os países que vivem debaixo de um governo regular, tribunais administrativos com maior ou menor desenvolvimento” (*loc. cit.*, p. 107).

⁷ Em vários sistemas jurídicos, é possível se constatar que as controvérsias entre o administrado e a Administração têm a sua regência mediante leis especiais, algumas delas com a denominação de código. Ver, a título de exemplos, o direito espanhol (*Ley* nº 29, de 13 de julho de 1998), italiano (Decreto Legislativo nº 104, de 02 de julho de 2010), germânico (*Verwaltungsgerichtsordnung*, de 21 de janeiro de 1960), o lusitano (Código de Processo nos Tribunais Administrativo, aprovado pela Lei nº 15, de 22 de fevereiro de 2002) e o francês (*Code de Justice Administrative*, com versão consolidada em 19 de agosto de 2015).

⁸ Nessa numerosa e extravagante legislação, nota-se a existência de diplomas disciplinadores: a) de remédio voltado à proteção de direitos subjetivos, de pronta reação, contra arbitrariedades do Poder Público, como é o caso mandado de segurança, sendo a Lei nº 12.016/2009 o terceiro diploma, sucedendo a Lei nº 191/36 e a Lei nº 1.533/51; b) da tutela de interesses legítimos frente à Administração, como é o caso das Leis nºs 4.717/65 e 7.347/85, as quais tratam da ação popular e da ação civil pública; c) do rito de cobrança executiva dos créditos da fazenda pública, mediante a ação de execução fiscal, o que é tratado pela Lei nº 6.830/80, bem assim procedimento cautelar específico, nos moldes da Lei nº 8.397/92; d) da aquisição compulsória de bens dos particulares, mediante desapropriação, ou sua afetação por servidão, cuja concretização ainda é regida pelo Decreto-Lei nº 3.365/41; e) da imposição de sanções a agentes públicos, acusados da prática de atos de improbidade, conforme se vê da inserção de dispositivos processuais na Lei nº 8.429/92; f) da concessão de tutelas de urgência contra os entes públicos, consistentes nas Leis nºs 8.437/92 e 9.494/97.

⁹ No decorrer do texto, a referência ao referido diploma se fará pela sigla NCPC.

¹⁰ *Tratado de direito civil português - parte geral*. 2ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. Tomo I, p. 67. Adiante, prossegue o autor, expondo que, na doutrina europeia dos séculos XVII e XVIII, o movimento codificador visou a solução de três questões fundamentais que, a nosso sentir, ainda se fazem atuais, quais sejam: a) a unificação das fontes; b) a busca de uma sistematização racional; c) a adaptação dos institutos às novas realidades.

desenvolvimento intensivo e extensivo do sistema e, de conseguinte, afigura-se capaz de projetar, no domínio das fontes, uma alteração global, podendo, se for o caso, até mesmo suprimir todo o sistema de fontes antecedente.

Especialmente no que concerne à alteração no sistema legal que o novo CPC acarreta, desperta atenção, quanto à Fazenda Pública¹¹ em juízo, a sua harmonização diante da legislação esparsa. Nem sempre, à luz do art. 2º, §2º, da Lei de Introdução às Normas de Introdução ao Direito Brasileiro, faz-se possível se cogitar da intangibilidade da lei especial pela lei geral.

Vicente Ráo,¹² estudando o tema, deixou claro que se uma lei geral superveniente disciplinar por inteiro a mesma matéria tratada por lei ou leis anteriores, gerais ou especiais, com o objetivo de alterar um sistema por outro, a conclusão será a de que todas as leis pretéritas não de se ter por revogadas. Isso porque se há de, necessariamente, compreender, que o novo regramento foi editado com um escopo mais amplo, qual seja o de afetar inteiramente a sistemática antiga, substituindo-a.

A interpretação do NCPD exigirá, em muitas passagens, a indagação em se saber se a instituição de novos institutos ou a nova forma de desenhá-los terá o condão de acarretar um rompimento completo com o modelo então vigorante, de modo a acarretar a sua supressão, atingindo, assim, parcela da legislação especial, fenômeno capaz de suceder com o contencioso judicial no qual envolto a fazenda pública, conforme se verá no decorrer deste texto.

Da mesma forma, note-se que a compreensão do NCPD, se por um lado, transporta-nos para uma visão do futuro, não despreza, por outro, a energia construtiva dos ensinamentos do passado.

2 Relembrando um conceito

Sabe-se que, enquanto se tem como inerente à função legislativa complementar os preceitos da Constituição, compete, por sua vez, à Administração pôr em movimento o segmento do Estado tendente à aplicação da lei de ofício, mas sempre – e irremediavelmente – com o propósito de perseguir a realização do interesse público.

Quando os atos da Administração – ou de quem age em seu nome – acham-se contrastados em juízo, é comum o emprego, para fins de denominação daquela, mediante a expressão Fazenda Pública.

A doutrina, o que pode ser verificado na pena dos autores mais recentes, deixou de vislumbrar a Fazenda Pública como conceito intimamente conexo à Administração Pública enquanto na gestão das finanças públicas e da política econômica.¹³ Passou

¹¹ Em prol de uma uniformização, o termo “Fazenda Pública” será grafado com iniciais maiúsculas, tal como o fez o NCPD.

¹² *O direito e a vida dos direitos*. Vol. 1. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 303.

¹³ Pensamento tradicional pode ser colhido em J. Guimarães Menegale, embora já no último dos significados projeta uma dimensão mais larga. Assim, para o autor: “1 – Em três acepções se pode compreender a locução

a ser corrente a utilização da expressão como significativa da Administração Pública em juízo.

Por isso, vê-se em Nelson Nery Júnior¹⁴ que a Fazenda Pública, dentre os vários sentidos que alberga, tanto pode ser tida como apta a representar o erário como instituidor e arrecadador de impostos, ou o Estado litigando sobre aspectos patrimoniais, ou ainda o conjunto dos órgãos da Administração Direta e autárquica, justamente por ser o seu erário quem suporta os encargos patrimoniais das demandas contra si ajuizadas.

Daí – segundo o autor – tem-se que a locução Fazenda Pública, a despeito de dever indicar apenas o Estado em juízo com seu perfil financeiro, na prática vem sendo ampliada para compreender não somente a Administração Pública por qualquer de suas entidades da Administração Direta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, mas também as entidades autárquicas, independente da espécie de demanda na qual o ente ou órgão público se ache como parte.

Semelhante se colhe de Leonardo José Carneiro da Cunha,¹⁵ ao salientar que o uso assíduo em variadas situações da expressão Fazenda Pública fez com que se passasse à sua adoção num sentido mais amplo, de modo a traduzir a atuação do Estado em juízo. Sendo assim, tem-se que o seu emprego se presta a designar as pessoas jurídicas de Direito Público quando figurem em ações judiciais, qualquer que seja a matéria versada, não necessariamente quando de ordem financeira.

Disso decorre que o emprego do binômio dito Fazenda Pública, além de abarcar as pessoas políticas, envolve igualmente as autarquias e fundações públicas,¹⁶ sendo de salientar que, quanto a estas, o CPC de 2015 supriu falha da legislação anterior, conforme se vê, por exemplo, dos seus arts. 183, *caput*, 496, I e 968, §1º.

Tal cautela, que pode parecer irrelevante, destina-se a sintonizar a legislação processual civil ao disposto na redação original do art. 39, *caput*, da Lei Maior, ainda vigente por força de decisão liminar da ADI nº 2.135 – 4. Isto porque tal norma, ao tratar do regime único de pessoal, aludiu, no âmbito das pessoas políticas, à Administração Direta, às autarquias e fundações públicas.

fazenda pública: a) como teoria do regime econômico do Estado; b) como instituição que gere os dinheiros públicos; c) como o patrimônio que os dinheiros públicos constituem” (Fazenda pública. In: SANTOS, Carvalho (Coord.). *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Vol. XXII. 1947, p. 159).

¹⁴ *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 46-47.

¹⁵ *A fazenda pública em juízo*. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2006, p. 15.

¹⁶ Esse traço restou evidenciado quando da elaboração da Súmula nº 421 – STJ que, interpretando o art. 4º, XXI, da Lei Complementar nº 80/94, acrescentado pela Lei Complementar nº 132/2009, excluiu o direito à condenação em verba honorária na hipótese na qual a Defensoria Pública atue contra a pessoa jurídica à qual pertence. Num dos seus precedentes, qual seja o AgRg no RESP nº 1.028.463 (Sexta Turma, v.u., rel. Min. Jane Silva (Convocada), Dje de 13.10.2008), tem-se claro que a inadmissibilidade da condenação em honorários de advogado não é apenas quando o litígio é instaurado diante da pessoa política a cuja estrutura administrativa a Defensoria Pública integra, mas igualmente quanto às pessoas administrativas que compõem a mesma Fazenda Pública. O entendimento foi reafirmado, com denso debate, no RESP nº 1.199.715 (Corte Especial, mv, rel. Min. Arnaldo Esteves, Dje de 12.04.2011).

De notar ainda que foi o Decreto-Lei nº 4.597/42 que, interpretando o conceito de fazenda pública, referenciado pelo art. 1º do Decreto nº 20.910/32, para fins de prescrição, eliminou, no seu art. 2º, quaisquer dúvidas quanto à sua extensão para as autarquias.

O mais interessante é que o mesmo dispositivo aludiu, ao lado das entidades autárquicas, às empresas paraestatais (ou seja, sociedades de economia mista e empresas públicas) que, uma vez criadas por lei, sejam mantidas por impostos, taxas e contribuições federais instituídas por lei federal, estadual e municipal.

O fato de tais entes terem o custeio de suas despesas efetuado por tributos – e não por receitas oriundas de uma atividade econômica – faz com que, em sua essência, sejam lícitas autarquias.

Essa distinção entre as empresas governamentais – e que, por isso, justifica uma disparidade de tratamento – é reconhecida não somente em nível legislativo. A ela se reporta, expressamente, o §9º do art. 37 da Lei Maior, acrescentado pela EC nº 19/98, ao mencionar a incidência do teto remuneratório às empresas públicas e às sociedades de economia mista, bem como suas subsidiárias que receberem recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para o pagamento de despesas de pessoal.

A abrangência da expressão Fazenda Pública vai além dos lineamentos traçados pelo Decreto-Lei nº 200/67, ao enunciar as entidades que integram a Administração Pública Federal Direta e Indireta.

Engloba, por sua vez, outras entidades, de surgimento recente, e que são as agências reguladoras, as quais são organizadas sob a forma de autarquias especiais. A parcela de autonomia que conserva frente à Administração Direta, a qual é essencial para que tais entes atuem sob os trilhos da neutralidade política e da técnica, não afasta, de modo algum, a atuação de tais entidades em nome do Estado, na defesa dos interesses da sociedade, motivo pelo qual se inserem no conceito de Fazenda Pública quando os seus atos são questionados judicialmente.

Também integram o conceito de Fazenda Pública as agências executivas, as quais, antes de receberem tal qualificação, para fins de celebração de contrato de gestão com a Administração Direta, constituem-se em autarquias e fundações públicas e não perdem, por isso, tal condição.

Somos ainda da opinião de que, apesar da menção legislativa específica, o Ministério Público e a Defensoria Pública devam ser considerados como segmentos da Fazenda Pública.

Quanto ao primeiro, igualmente com o que sucede com as agências reguladoras, a independência funcional dos seus membros, consagrada constitucionalmente, não desfaz a realidade de que se cuida de parcela do Estado em juízo, não obstante muitas vezes venham atuar mediante postulação em face de atos da Administração Pública, na defesa de interesses legítimos. Prova disso é que as consequências

resultantes das demandas que promovem, quando não exitosas, são suportadas patrimonialmente pelo erário, como é a situação excepcional da sua condenação em honorários advocatícios, prevista no art. 18, parte final, da Lei nº 7.347/85.

Igual sucede quanto à Defensoria Pública, pois, a despeito de sua atuação poder se voltar contra posturas estatais, constitui aparato administrativo destinado à concretização do direito fundamental constante do art. 5º, LXXIV, da Constituição, o qual, por sua vez, é indispensável para a garantia do acesso à jurisdição e ao devido processo legal.

Não obstante a atuação em juízo dos membros do Ministério Público e da Defensoria Pública se ache disciplinada, no NCPC, em normas específicas, não se descarta, justamente por se cuidarem de órgão do Estado, cujo custeio se dá nos termos das leis orçamentárias, a incidência de preceitos relacionados à Fazenda Pública.

Por exemplo, uma eventual condenação em honorários de advogado do órgão ministerial terá por parâmetros quantitativos os mesmos da Fazenda Pública, bem como o seu cumprimento não dispensará a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor.

3 Justiça e procedimento administrativo

Na atualidade, aspecto de relevo é o de que o exercício da função administrativa vai – e muito – além da observância estrita da lei formal. Desperta enorme atenção a vinculação da Administração a outras fontes jurídicas, inclusive e principalmente à Constituição e princípios gerais, muitas vezes insertos, explícita ou implicitamente, no texto daquela.

Tanto é assim que a doutrina vem abandonando a denominação de princípio da legalidade, substituindo-a pelo de princípio da juridicidade, o qual é mais apto para, numa maior abrangência, delimitar os contornos dentro dos quais há de se situar a atividade administrativa.¹⁷

O que não se pode esquecer é que a juridicidade não pode ser empregada com a pretensão em ser um fim em si mesmo. Antes devendo se constituir num instrumental que se destina à realização do interesse público que, necessariamente

¹⁷ O prestígio doutrinário da ideia de juridicidade administrativa é cada vez mais crescente. Um exemplo reside em Georges Dupuis, Marie-José Guédon e Patrice Chrétien, ao afirmarem: “A Administração, por maior que seja o seu poder, está submetida ao direito, a todo o direito e não somente às leis votadas pelo Parlamento. [...] Tal é o princípio da juridicidade. Significa que existe uma obrigação de agir em conformidade com os diferentes elementos da ordem jurídica. Toda violação é uma irregularidade suscetível, sob algumas condições, de ser sancionada” (“*L’Administration, quelle que soit sa puissance, est soumise au droit, à tout le droit et non seulement aux lois votées par le Parlement. [...] Tel est le principe de juridicité. Il signifie qu’il y a obligation d’agir conformément aux différents éléments de l’ordre juridique. Toute violation est une irrégularité susceptible, sous certaines conditions, d’être sanctionnée*”. *Droit administratif*. 9. ed. Paris: Armand Colin, 2004, p. 83).

e nalgumas vezes, não se confunde com os interesses das pessoas jurídicas de direito público ou administrativas.

É preciso notar que a satisfação do interesse público não despreza, mas, ao contrário, impõe o respeito, por parte do Estado, dos direitos subjetivos dos administrados. A postura, típica da Administração autoritária de se negar sistematicamente direitos aos cidadãos é contrária ao sistema jurídico, o qual exige que tais relacionamentos sejam guiados pela baliza da justiça.

Por isso, o procedimento administrativo – que constitui, na atualidade, na maneira de atuar da Administração, atribuindo-lhe o traço da legitimidade – projeta-se como mecanismo pelo qual se busca a realização da justiça.

Esse aspecto foi frisado por Dromi¹⁸ quando, após enfatizar que o Estado de Direito quer mais do que a solenidade declarativa constitucional de direitos dos cidadãos, pretende também a sua concretização constitutiva legal-processual. Por isso, tem como imprescindível que o ordenamento jurídico-processual facilite os meios para o efetivo exercício dos direitos subjetivos, apresentando-se o procedimento administrativo como a ferramenta mais idônea contra os desbordes da legalidade durante a atuação da Administração.

Nesse diapasão, o procedimento administrativo se afigura como instrumento de governo, regrando o exercício das prerrogativas públicas, e, ao mesmo tempo, como instrumento de controle, permitindo a defesa dos direitos subjetivos e liberdades públicas.¹⁹

Entre nós, esse aspecto foi explorado por Odete Medauar,²⁰ ao elencar, dentre as finalidades a que se propõe o procedimento administrativo, a de imprimir justiça à atividade da Administração, pois tal característica não se faz privativa do Judiciário. E, ao assim proceder, o aparato administrativo não deve se limitar ao respeito ao contraditório e à ampla defesa, projetando-se também para a consideração dos interesses em jogo, inclusive os defendidos pelos particulares.

Essa preocupação vem ganhando também o terreno legislativo. Tanto é assim que a Lei paulista 10.177/98, nos seus arts. 65 a 71, disciplina procedimento

¹⁸ *Derecho administrativo*. 5. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996, p. 759-760.

¹⁹ Interessante que se proceda à transcrição da passagem que segue: “O procedimento administrativo é, em suma, um *instrumento de governo e de controle*. Cumpre uma dupla missão republicana: o *exercício do poder* pelos trilhos da segurança e da legalidade e a defesa dos direitos pelas vias processuais recursais e de impugnação” (“*El procedimiento administrativo es, en suma, un instrumento de gobierno y de control. Cumpre una doble misión republicana: el ejercicio del poder por los carriles de la seguridad y la legalidad y la defensa de los derechos por las vías procesales recursivas y reclamativas*”). *Loc. cit.*, p. 760).

²⁰ *Direito administrativo moderno*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 187. Incisivas as palavras da autora: “Há um pensamento que associa justiça exclusivamente ao Poder Judiciário. De modo diverso coloca-se uma postura que atribui também à Administração uma tarefa de justiça. Tal postura importa em mudança das condutas administrativas inertes ou negligentes, movidas por má-fé ou não, no atendimento de direitos de cidadãos ou servidores. Muito comuns se tornaram as frases, em tom de jactância, do seguinte teor: ‘Se acha que tem direitos, vá procura-los no Judiciário’, como se a função administrativa pudesse permanecer alheia a direitos dos indivíduos, como se fosse meritório deixar de reconhecer direito de alguém” (*loc. cit.*, p. 187).

administrativo para que o administrado possa pleitear reparação de danos, cujo trâmite tem lugar perante a Procuradoria-Geral do Estado e, no âmbito das entidades descentralizadas, conforme disponha a sua estrutura administrativa.

No plano da Administração Federal, dispõe o art. 2º da Lei nº 9.469/97 que o Advogado-Geral da União, o Procurador-Geral Federal, os dirigentes máximos das empresas públicas ou do Banco Central do Brasil poderão autorizar acordos, a serem homologados em juízo, relativos a débitos até o montante de cem mil reais, cuja quitação possa ocorrer em até sessenta meses. Prosseguindo-se, teve lugar a criação, por força do Ato Regimental 5, de 27 de setembro de 2007, editado com lastro no art. 11 da MP 2.180-35/2001, a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF.

Diante dessa tendência de consensualidade entre Administração e administrados, à qual não poderia se manter indiferente, o art. 174 do novo CPC prescreve que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão instituir câmaras de conciliação, na esfera administrativa, para dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades administrativas, avaliar a admissibilidade de solução de conflitos por meio de conciliação e promover, quando for o caso, a celebração de termo de ajustamento de conduta. Na segunda dessas hipóteses, tem-se a possibilidade de solução consensual de controvérsias entre a Administração e os administrados.

Sei que o preceito, principalmente pela estrutura semântica que lhe serve de conteúdo, não é de exigibilidade direta pelo administrado. Antes, depende da atuação do administrador em instituir tais câmaras, o que já foi feito no âmbito da União. No entanto, não impede, conforme se apresente a situação fática, que o magistrado, de ofício, ou atendendo a pleito das partes, suspenda o feito, para o fim de ser buscada, num prazo assinado, eventual conciliação entre a Administração e o administrado.²¹

4 As prerrogativas processuais da Fazenda Pública

Pelo fato de sua atuação se projetar à realização do interesse público, é sabido que, em favor da Administração, costuma-se reconhecer meios especiais de atuação. É o caso, por exemplo, da presunção de legitimidade de suas decisões, da imperatividade, da exigibilidade e da excoforiedade, conforme consta de Celso Antônio Bandeira de Mello.²²

Por razões similares, vem-se reconhecendo, quando da presença da Administração na liça judicial, a necessidade de um tratamento específico, que é objeto de

²¹ Essa tendência do novo CPC de também estender a onda conciliatória às lides entre Poder Público e cidadão, torna sugestiva a leitura de Luiz Carlos de Castro Lugon (Ética na concretização dos direitos fundamentais. *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, ano 18, n. 65, p. 44, 2007) quando propugna que muitos litígios poderiam – e poderão – ser evitados mediante a atividade interpretativa a cargos das consultorias jurídicas dos órgãos públicos, a qual não contraria a legalidade administrativa, antes a prestigiando.

²² *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 367-372.

consagração legal. Cuida-se das chamadas – e polêmicas – prerrogativas processuais da fazenda pública.

O reconhecimento desse tratamento especial ensejou reações nos albores da República. Acerba a crítica de Barbalho quando, a pretexto de comentar o art. 72, §23, da Constituição de 1891,²³ o qual afirmava a ausência de foro privilegiado como regra, visualizou ofensa à isonomia numa possível distinção pela legislação processual entre o Estado e os particulares.²⁴

Durante a vigência do Código de Processo Civil de 1939, Guimarães Menegale,²⁵ reportando-se ao seu art. 32,²⁶ fez com que novas críticas aflorassem. Assim, taxou o preceito não somente de odioso, mas contrário ao cunho democrático da Constituição de 1946, sendo ainda violador da igualdade de todos perante a lei. Em remate, sugeriu que os tribunais viessem a fulminá-lo de inconstitucional.

Já na vigência da Constituição pretérita, e durante a codificação ainda em vigor, vozes se manifestaram no sentido de que a existência de tais prerrogativas, em favor da fazenda pública, não seria inconstitucional, só por só.

A propósito, Ada Pellegrini Grinover²⁷ põe a questão, inicialmente, sobre o ângulo de se saber se o tratamento legislativo representa ou não prerrogativa, porquanto esta, ao contrário do privilégio, é instituída no interesse público. Em segundo lugar, adianta que o exame das prerrogativas concedidas à fazenda pública se radica no fato de se verificar se, nos quadrantes da organização e dos fins do Estado hodierno, são justificáveis. Ou seja, se, no plano concreto, é concebível a diversidade de posição subjetiva no âmbito processual.

Confrontando-se a lição às normas do NCPC, percebe-se, de logo, que não se cuida de privilégio, mas de prerrogativa. Não é só a condição de pessoa jurídica de direito público ou administrativa que respalda o trato especial. Absolutamente. São, antes, os interesses que tais entes cuidam, os quais dizem respeito ao bem-estar coletivo, o qual recomenda que assim se faça.

De outro lado, o importante é se aferir a razoabilidade do discrímen, ou seja, se este é justificável no caso concreto. É que o princípio da igualdade, um das diretrizes

²³ Dispunha o §23 do art. 72 da primeira Constituição republicana: “Art. 72. [...] §23 À exceção das causas, que por sua natureza, pertencem a juízos especiaes, não haverá foro privilegiado”.

²⁴ Disse, então, o autor: “O princípio de egualdade na administração da justiça impõe que a mesma protecção legal, os mesmos juizes, as mesmas formulas tutelares, alçadas e instancias, os mesmos procedimentos judiciais, se appliquem sem restricções, sem accepção de pessoas, a todos indistintamente a quem o estado, por órgão de sua magistratura, tenha de fazer justiça. Para que todos sejam eguaes perante a lei é preciso que o não deixem de ser perante os magistrados, órgãos d’ella (*magistratus Lex est loquens. Cic.*)” (*Constituição Federal brasileira (1891)*). Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2002. A sua publicação, de fato, recua ao ano de 1902).

²⁵ Fazenda pública. In: SANTOS, Carvalho (Coord.). *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Vol. XXII. 1947, p. 165.

²⁶ O texto legal tinha a redação que segue: “Art. 32. Aos representantes da Fazenda Pública contar-se-ão em quadruplo os prazos para contestação e em dobro para a interposição de recursos”.

²⁷ *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: José Bushatsky, 1975, p. 30-31.

do NCPC (art. 7º), não é repulsivo a toda e qualquer distinção. Apenas não se resigna diante de discriminações fora de padrões razoáveis.

Diversamente do que sucede com o particular e seus patronos, cujo contato é assíduo e quase sempre pessoal, o relacionamento dos agentes da Administração com os seus procuradores é algo bem mais distante, desprovido, na maioria das vezes, de pessoalidade e de comunicação eficiente, ficando ao sabor dos trâmites burocráticos, o que respalda uma diversidade subjetiva de tratamento.

O essencial – e a tendência legislativa está atenta – é a verificação da medida de tais prerrogativas, pois do contrário poderão se transmutar numa disciplina fora da razoabilidade.

O primeiro ponto a ser examinado é o inerente aos honorários de sucumbência. O art. 85, §3º, I a V, do NCPC, em boa hora estatui, de maneira objetiva, parâmetros para a fixação do valor dos honorários advocatícios devidos nas causas onde a fazenda pública seja litigante, os quais oscilam dentre um a vinte por cento, de conformidade com o valor da condenação ou proveito econômico obtido. Trata-se de disciplina que se aplica, indistintamente, seja o vencedor o ente estatal ou o particular.

A fixação de patamares mínimos tem o préstimo de evitar a prática, corrente no regramento pretérito, materializada sob o pálio da “apreciação equitativa do juiz”, do estabelecimento de honorários em montante irrisório, o que sucedia, com mais assiduidade, em detrimento dos particulares que, com sucesso, impugnassem ilegalidades perpetradas pela Administração.

Dispõe ainda o art. 85, §5º, que, em sendo a condenação ou benefício econômico obtido superior ao montante do §3º, I, o percentual a ser observado será o da faixa inicial e, em havendo excesso, o da faixa seguinte e assim sucessivamente. Pelo §11 o tribunal, no julgamento do recurso, poderá majorar os honorários fixados anteriormente, considerando o trabalho adicional realizado em grau recursal, respeitando-se os percentuais máximos estabelecidos nos §§2º e 3º.

O art. 85, §7º, NCPC, manteve no essencial o disposto no art. 1º - D da Lei nº 9.494/97,²⁸ dispensando a fazenda pública do pagamento de honorários advocatícios nos cumprimentos de sentença não impugnados, desde que capazes de ensejar a expedição de precatório.

Não vislumbro ofensa à isonomia, ao contrário do que possa parecer à primeira vista. É que o administrador público possui limitações constitucionais e legais, de ordem orçamentária, para o cumprimento das decisões judiciais que imponham pagamento, não tendo a disponibilidade do interesse gerido, tal como acontece com o devedor pessoa física ou jurídica de direito privado.

²⁸ O dispositivo teve a sua constitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 420.816 (Pleno, mv, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 10.12.2006), com pequeno ajuste resultante da técnica da interpretação conforme.

A nova disciplina vem a reforçar a necessidade da Administração de procurar evitar, conforme as situações concretas, a negativa intransigente de direitos subjetivos dos administrados, diminuindo os litígios contra si instaurados. O não reconhecimento de posições jurídicas em favor dos particulares poderá ser custoso para o erário e, assim, deverá ser evitado. Por isso, é cada vez mais presente ter o Estado de se valer da função consultiva do seu aparato jurídico.

De outra parte, é preciso se observar que o NCPC, ao se dedicar, no seu art. 85, §3º, à regência do pagamento de honorários pela fazenda pública, evidencia que esta matéria passa a ter daqui por diante uma disciplina geral e unitária.

Por essa razão, penso que se deva vislumbrar uma revogação de sistema, de maneira a não mais subsistirem as normas especiais que disciplinam o pagamento de honorários de sucumbência nas lides onde a fazenda pública for parte. Não mais se justifica uma previsão retalhada do tema, conforme se vislumbra, por exemplo, do art. 27, §1º, do Decreto-Lei nº 3.365/41, e do art. 19, §1º, da Lei Complementar nº 76/93. Da mesma forma, faz-se necessário o repensar da justificativa do encargo do Decreto-Lei nº 1.025/69.

A revogação de sistema faz com que não incida aqui o critério da especialidade.

A previsão, contida no §19 do art. 85, do NCPC, além de se encontrar dissociada tematicamente da matéria processual, é desnecessária, porque não garante o direito à percepção, por parte dos membros da advocacia pública, dos honorários de sucumbência.

A despeito disso, é de notar que, nas situações onde os advogados públicos percebiam subsídio, composto de parcela única, com base no permissivo do art. 40, §8º, da Constituição, o recebimento de honorários de sucumbência, originariamente pertencentes à pessoa jurídica de direito público ou administrativa, é capaz de portar inconstitucionalidade, principalmente quando não se cuida de rubrica indenizatória.

Ao tratar das despesas processuais, o art. 91, *caput*, do NCPC, repetiu que as despesas dos atos praticados a requerimento da Fazenda Pública, do Ministério Público, ou da Defensoria Pública, serão quitadas ao final pelo vencido.

Tal prescrição se reporta – e não poderia ser diferente – ao custeio das despesas com os atos levados a cabo pela máquina judiciária. Tanto é assim que, em se tratando de perícias, cuja realização é confiada a terceiros, a situação ostenta diferenças, conforme especificado pelo §1º do art. 91.

Daí que tais atos deverão ser realizados, preferencialmente, por entidades públicas, numa colaboração entre órgãos administrativos para a satisfação do interesse público cuja resolução é confiada ao Judiciário.

Na impossibilidade de assim se proceder, caberá à fazenda pública, ao Ministério Público e à Defensoria Pública inserir nos seus orçamentos previsão para tais pagamentos, a fim de satisfazer o custeio das provas que vierem a requerer no seu interesse.

Assim se impõe porque, em competindo a realização da perícia a terceiro, não integrante do serviço público, inexistente – e até raiaria ao absurdo, se houvesse – qualquer dispositivo legal que impusesse a prestação de tarefas gratuitas. Da mesma forma, afigura-se injusto que se venha a exigir da parte adversa o custeio de perícias requeridas por ente público, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública.

Basta dizer que a jurisprudência, em matéria de desapropriação, mesmo levando em conta que esta se realiza no interesse da sociedade, que será beneficiada com a aquisição de bem para a edificação de obra ou implantação de serviço público, sempre compreendeu que competia ao expropriante, com base em seus orçamentos, adiantar os honorários do perito indicado pelo juízo.²⁹

A menção destacada do art. 91, §1º, do NCPC, às despesas com a realização de perícias, mediante referência explícita à Fazenda Pública, ao Ministério Público ou a Defensoria Pública, não constitui mero detalhe ou ornato. Se não conduzir à revogação parcial do art. 18 da Lei nº 7.347/85, pelo menos aponta para uma senda interpretativa irrecusável, qual seja a de que a expressão “honorários periciais”, para fins de se afastar o dever de adiantamento de seu custeio, reportar-se, apenas e tão-só, às hipóteses de exames levados a cabo por entidades públicas. Não poderá englobar os dispêndios em favor de particulares, os quais deverão ser custeados com as rubricas orçamentárias próprias.

A questão inerente ao preparo recursal, bem como ao depósito necessário à propositura de ação rescisória, não foi alvo de maior alteração no que concerne à Fazenda Pública, ao Ministério Público e aos beneficiários da assistência judiciária, os quais estão dispensados de tais obrigações, conforme os arts. 98, §1º, VI, 968, §1º, e 1.007, §1º.

Especialmente quanto às penalidades, de notar que, quanto à multa prevista no art. 77, §2º a 5º, pela prática dos atos atentatórios à dignidade da justiça, a que se referem os incisos IV (descumprimento de decisões judiciais) e VI (inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito controvertido) do mencionado artigo, não há nenhuma exclusão de sua incidência quanto à Fazenda Pública. Apenas se afastou a sua imposição aos advogados públicos, membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, tendo em vista que, quanto a estes, os fatos devem ser tratados no âmbito da responsabilidade disciplinar.³⁰

²⁹ De atentar que, em sede de uniformização pretoriana, restou assentado entendimento ampliativo, conforme se vê da Súmula nº 232 – STJ: “A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à do depósito prévio dos honorários do perito”.

³⁰ Num estudo pujante – e que merece ser lido – Francisco Antônio de Barros e Silva Neto (*A improbidade processual da Administração Pública e sua responsabilidade objetiva pelo dano processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010, p. 129-131 e 287-294), após criticar a exoneração, pura e simples, da responsabilidade do advogado de sofrer penalidade por ato atentatório à justiça, sustém que o Estado, por força do princípio da moralidade administrativa, está vinculado ao dever de boa-fé processual, não podendo se valer, a esse respeito, de prerrogativas processuais implícitas.

Outra hipótese é a do art. 234, *caput*, ao determinar que os advogados, públicos ou privados, o defensor público e o membro do Ministério Público, devem restituir os autos no prazo do ato a ser praticado. Visa a coibir a prática, que se tem verificado comum nalgumas procuradorias jurídicas, no sentido de protocolar postulação do seu interesse, retendo consigo os autos, o que evita possa o aparato judiciário impulsionar os processo.

Para a não observância de tal dever, o §§2º a 4º do art. 234, preveem a imposição de multa, pela Ordem dos Advogados do Brasil, ou pelo órgão com competência disciplinar para tanto e que, se envolver integrante do Ministério Público, Defensor Público ou a Advocacia Pública, será aplicada ao agente público responsável pelo ato.

Não foi a melhor solução, a qual, a nosso ver, consistiria em se considerar como não praticado o ato processual em causa, sem prejuízo de apuração de responsabilidade disciplinar.

Versando sobre os embargos de declaração, cuja interposição protelatória sucede em ponderável percentual, o art. 1.026, §§3º e 4º, do NCPC, comina pena de multa, a qual, reiterada a falta, será elevada e o seu depósito prévio será pressuposto para a admissibilidade do recurso. A Fazenda Pública, no entanto, estará dispensada da antecipação do montante da multa, recolhendo-a somente ao final.

De logo, tem-se avanço, porque o legislador tornou indiscutível o cabimento da imposição da multa mesmo quando a Fazenda Pública for o embargante. Quanto ao ponto inerente à dispensa do depósito prévio, não há ofensa à isonomia, uma vez as procuradorias dos entes públicos não dispõem de ampla liberdade de gestão financeira, para o fim de efetuarem pagamentos ou depósitos em dinheiro, ao contrário do que sucede com o litigante particular que não esteja sob o pálio da assistência judiciária gratuita.

Para o fim de propiciar que o processo siga o seu curso, o §4º do art. 1.026 dispõe serem inadmissíveis novos embargos declaratórios se os dois anteriores tiverem sido considerados como protelatórios.

Em matéria de prazos processuais, abandonou-se o direito ao prazo em quádruplo para contestar, o que chegou a ensejar crítica doutrinária por sua elasticidade³¹ e que, no que concerne aos juizados especiais federais, já havia sido objeto de diminuição (art. 9º, Lei nº 10.259/2001).

³¹ Essa foi a opinião então expressada por Ada Pellegrini Grinover: “Assim, embora não compartilhando da opinião de outros autores, no sentido de que qualquer prazo maior concedido à Fazenda fira o princípio da isonomia, parecem-nos excessivos os prazos contemplados no art. 188, principalmente quando se nota que nem sempre as ações intentadas contra a Fazenda configuram causas de grande complexidade jurídica; também vemos, portanto, no art. 188, a desvantagem de incentivar aquela macrocefalia burocrática que deve ser evitada por todos os meios” (*Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: José Bushatsky, 1975, p. 33).

Dispôs-se, nos arts. 180, *caput*, 183, §1º, e 186, §1º, que os prazos para o Ministério Público, para a União, Estados, Distrito Federal, Municípios, e respectivas autarquias e fundações, bem como defensores públicos, serão contados em dobro.

O termo inicial do prazo será o da intimação pessoal, a qual se verificada mediante carga, remessa ou meio eletrônico. Especialmente quanto à contestação, o prazo contar-se-á na forma do art. 231, II e V, ou seja, a partir da data da juntada aos autos do mandado devidamente cumprido, ou da consulta ao teor da citação, conforme venha a ocorrer mediante oficial de justiça ou meio eletrônico. Há que se notar ainda que, em sede de recursos, o prazo se inicia com a intimação da advocacia pública da decisão, o que poderá ocorrer em audiência, segundo o art. 1.003, §1º.

Interessante notar que, pela nova sistemática, o prazo para contraditar recurso, por parte da Fazenda Pública, que anteriormente era simples, haja vista o art. 188 do CPC pretérito se referir à contagem em dobro apenas quanto ao prazo de recorrer, agora passará, por força dos termos genéricos do art. 183, *caput*, do NCPC, a ser computado em dobro.

A contagem em dobros dos prazos não se verificará quando a lei estabelecer, explicitamente, um prazo próprio para o ente público. É o caso, por exemplo, daquele estabelecido pelo art. 535, para fins de impugnação a pedido de cumprimento de sentença que reconheça a obrigação de pagamento de quantia certa.

Quanto à citação, além daquela realizada por oficial de justiça, o NCPC almeja inovar, visando à adoção da regra do chamamento a juízo por meio eletrônico, conforme o art. 246, §1º e 2º. De destacar é que, numa disposição de transição, mais precisamente o art. 1.050, consta a obrigação da Fazenda Pública, do Ministério Público e da Defensoria Pública, em efetuar, no prazo de trinta dias da vigência da nova codificação, o cadastro perante o tribunal ou juízo no qual atuem os seus representantes.

Proibiu o legislador, às expressas (art. 247, III), a citação das pessoas jurídicas de direito público pela via postal.

A intimação dos advogados públicos, dos membros do Ministério Público, bem assim da Defensoria Pública, será de natureza pessoal, a qual se realizará – diz o art. 183, §1º – mediante carga, remessa ou meio eletrônico.

Repetindo o constante do CPC de 1973 (art. 320, II), o art. 345, II, do NCPC, dispõe que a revelia não produzirá o efeito inerente à presunção de veracidade quando o litígio versar sobre direitos indisponíveis.

Tradicionalmente, tem-se compreendido que, em tal hipótese, figuram as demandas cuja parte demandada integra a Administração Pública, justamente pelo fato do interesse que a esta incumbe gerir, por não pertencer ao administrador, mas à

sociedade, ser indisponível. É preciso, no entanto, não esquecer que a adoção desse entendimento em termos gerais foi alvo de crítica doutrinária.³²

Penso, no entanto, que a questão deve seguir outro direcionamento. É que, nos litígios entre a Administração e o particular, nos quais este impugna uma decisão administrativa, esta é dotada de presunção de legitimidade e de veracidade. Assim, cabe ao particular desfazer a presunção em juízo, de que maneira que a não contestação por parte do ente público não é capaz de desfazer aquela, só por só.

No entanto, é preciso ao magistrado ter cautela para assentar que tal presunção, cujo desfazimento depende da atuação do administrado, somente prevalece caso a Administração, ao tomar a sua decisão, procedeu de modo a dotá-la dos elementos essenciais que lhe são próprios, dentre os quais e principalmente a verificação da existência dos motivos aptos a ensejá-la. Do contrário, não poderá a Administração pretender se valer da presunção de legitimidade, mas essa situação não deriva, de forma alguma, da ausência de contestação, mas de vício durante o procedimento do qual emana o ato administrativo.

Também não se deve esquecer a possibilidade do administrado, com a documentação que instrui a inicial, desfazer, de plano, a presunção de legitimidade da decisão administrativa (por exemplo, a demonstração, pela juntada integral dos autos do processo administrativo, de que não foi observado o devido processo legal). Nesse caso, a matéria fática, pelo menos, deve ser analisada com pendor para a aceitação da versão sustentada pelo particular, sendo irrelevante a ausência de contestação para esse fim.³³

O NCPC manteve o instituto da remessa necessária ou do duplo grau de jurisdição,³⁴ nos casos já consagrados pela codificação passada, mas reduziu

³² Às voltas com a tentativa de desvendar, a partir da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o conceito de interesse público, Raimundo Nonato Fernandes sustentou que a consideração do interesse público como indisponível, por não corresponder a todo e qualquer direito exercitado pelas pessoas jurídicas de direito público, não justifica a aplicação indiscriminada do art. 320, II, do CPC de 1973, em benefício da Fazenda Pública. Foram as suas palavras, no essencial: “Os direitos que o Estado exercita como pessoa jurídica, subjetivamente considerada, qualificam-se como interesses *secundários*, no sentido de que somente prevalecem enquanto coincidentes com o interesse geral da coletividade, e nos limites dessa coincidência, tal como ocorre com os direitos e interesses dos particulares. A observação é ainda de Renato Alessi, ao chamar a atenção para o fato de que a função própria da Administração Pública não é realizar os interesses do Estado, como sujeito jurídico, mas o interesse público, primário (ob. cit., p. 152). Destarte, só o interesse público conceituado pela forma acima exposta justifica a proteção da Fazenda Pública contra os efeitos da revelia, porque só esse tipo de interesse condiciona a ação administrativa do Estado, subordinando-se ao *princípio da indisponibilidade*, obrigatório para o administrador público e para terceiros e só modificável por lei (Celso Antônio Bandeira de Mello, ‘O Conteúdo do Regime Jurídico-administrativo e seu valor metodológico’, em RDA 89/8, especialmente 14 e 15)” (Revelia e outros problemas de processo civil. *Revista de Processo*, v. 20, p. 208, outubro de 1980).

³³ Sobre essa particularidade, discorremos em trabalho específico (Responsabilidade de sócios e administradores: compreendendo um precedente do Superior Tribunal de Justiça. In: QUEIROZ, Mary Elbe; BENÍCIO JÚNIOR, Benedicto Celso (Coords.). *Responsabilidade de sócios e administradores nas atuações fiscais*. São Paulo: Foco Fiscal, 2014, p. 103-106).

³⁴ O instituto se achava consagrado no art. 822 do CPC de 1939, cuja redação era a seguinte: “Art. 822. A apelação necessária ou ex-officio será interposta pelo mediante simples declaração na própria sentença. Parágrafo

consideravelmente o campo de sua incidência. Assim, não é aplicável quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a: a) mil salários-mínimos para a União, respectivas autarquias e fundações de direito público; b) quinhentos salários-mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias, as fundações de direito público e os Municípios que sejam capitais dos Estados; c) cem salários-mínimos para todos os Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público.

Pela letra do art. 496, §3º, há necessidade da prolação de sentença líquida. Sem embargo, não vislumbro a impossibilidade – até porque a intenção do legislador foi a de reduzir consideravelmente a aplicação do instituto, afastando o seu emprego desnecessário – de não submissão da sentença quando, mesmo quando não fixado o valor da condenação, pelos contornos da utilidade deferida for possível se aferir que o seu conteúdo econômico não supere o montante indicado legalmente.³⁵

De outro lado, foram alargadas, num comparativo com o art. 475, §3º, do CPC anterior, as situações onde, por força de uniformização jurisprudencial, estejam as sentenças dispensadas do duplo grau de jurisdição. De acordo com o art. 496, §4º, do NCPC, afasta-se a necessidade de reexame necessário quando a sentença se fundamentar em: a) súmula de tribunal superior; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recurso repetitivo; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; d) entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

5 Das decisões judiciais contra a Fazenda Pública

Neste tópico não abordaremos todas as espécies de decisões judiciais que possam ter como destinatários entes integrantes da Fazenda Pública, mas somente duas categorias. Restringiremos nossa abordagem ao modo como se processa a eficácia das condenações proferidas das pessoas jurídicas de direito público e, igualmente, à análise da tutela jurisdicional provisória contra aquelas requerida.

Numa alteração mais de rótulo do que de substância,³⁶ o art. 534 do NCPC submete ao procedimento de cumprimento a sentença que reconhecer obrigação

único. Haverá apelação necessária: I – das sentenças que declarem a nulidade do casamento; II – das que homologam o desquite amigável; III – das proferidas contra a União, o Estado ou o Município”.

³⁵ Antes, a jurisprudência se consolidou na exigência de sentença líquida para que se pudesse verificar a exceção do art. 475, §2º, do CPC. Conferir: STJ, Corte Especial, ERESP nº 1.03.737, v.u., rel. Min. João Otávio Noronha, DJe de 24.06.2011. No mesmo sentido, a Primeira Turma no RESP nº 1.300.505 (v.u., rel. Min. Ari Pargendler, DJe de 01.09.2014).

³⁶ Basta notar, por exemplo, que, mesmo nominando de cumprimento, o legislador empregou as expressões “exequentes” (art. 534, §1º), “execução” (art. 535, *caput*, §3º), “executada” (art. 535, §§2º a 4º) e “decisão exequenda” (art. 535, §§7º e 8º).

de pagar quantia certa em desfavor da Fazenda Pública, o qual ostenta algumas peculiaridades. Uma delas é a dispensa da multa em caso de não pagamento voluntário, sendo de logo intimado o representante judicial da pessoa jurídica de direito público interessada para, no prazo de trinta dias, nos próprios autos, apresentar impugnação, se assim entender necessário.

O art. 535 limita o rol de matérias suscetíveis, as quais são as seguintes: a) falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia; b) ilegitimidade de parte; c) inexecutibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação; d) excesso de execução ou cumulação indevida de execuções; e) incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução; f) qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, tais como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes ao trânsito em julgado.

Em versando a impugnação sobre excesso de execução, cumprirá ao impugnante apontar, de forma objetiva, o valor que entende como devido, pena de não conhecimento da arguição.

Repetindo o previsto no direito anterior, foi regulada, com pormenores, no art. 535, §§5º a 8º, a figura da inexigibilidade do título executivo judicial, em face de se louvar em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou lastreado em aplicação ou interpretação de lei ou ato normativo tido pelo Pretório Excelso como incompatível com a Constituição.

A novidade é que o legislador foi expresso que a decisão parâmetro do Supremo Tribunal Federal é tanto aquela proferida no controle de constitucionalidade concentrado quanto no difuso.

Conforme expus em escrito anterior,³⁷ que penso ainda atual, referido entendimento vai de encontro com a sistemática adotada pela Constituição, a qual apontou as hipóteses nas quais as decisões proferidas no âmbito do controle difuso se apresentam vinculantes, quais sejam quando suspensa pelo Senado Federal lei ou regulamento declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal – pois, a despeito de sua anacronia, o art. 52, X, da Lei Maior, continua em vigor – e quando este aprovar súmula vinculativa.

O instituto da súmula vinculante fica sem sentido, passando ao universo do desnecessário, caso as decisões proferidas no controle difuso venham a possuir efeito vinculante de forma natural e automática, o que deveria ter sido alvo de

³⁷ Em trabalho anterior (Coisa julgada *versus* fiscalização de constitucionalidade – apontamentos para compreensão dos artigos 475 – L, II, §1º, e 741, II, parágrafo único, do CPC. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 12, n. 47, p. 151-181, jan./mar. 2012) defendemos, com fundamento no arcabouço sobranceiro que disciplina a fiscalização de constitucionalidade, que a exceção de inexigibilidade não poderia abranger as decisões do Supremo Tribunal Federal em sede difusa e concreta. Igualmente, sustentamos, com lastro na segurança jurídica, que a sua aplicação somente poderia encontrar justificativa quando o entendimento do Pretório Excelso for anterior à formação da coisa julgada, o que parece que, pelo menos em parte, foi assimilado pelo NCCPC.

uma recepção cultural desde o início do constitucionalismo republicano. Contudo, não foi assim que se compreendeu, impulsionando a necessidade de se prever a obrigatoriedade das decisões para a Administração Pública e para o Judiciário mediante norma expressa.

Ainda no concernente à exceção de inexigibilidade, dois aspectos são elogiáveis e que resultam do respeito à segurança jurídica. O primeiro deles é o de que o Supremo Tribunal Federal poderá modular no tempo a eficácia além das partes de sua decisão e, com isso, influenciar na validação de sentenças cuja manutenção é reclamada pela confiança que nelas depositou o jurisdicionado.

Noutro ponto, interessante se apresenta a restrição segundo a qual a inexigibilidade somente pode ser suscitada quando a orientação fixada pelo Pretório Excelso for anterior ao trânsito em julgado da sentença. Não se poderá se cogitar de uma colisão com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quando, à época na qual se tornou irrecurável a decisão a ser objeto de cumprimento, ainda aquele não havia emitido o seu pronunciamento sobre a questão.³⁸

Em sendo a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida posteriormente ao trânsito em julgado da decisão exequenda, não poderá o ente público devedor invocar a exceção de inexigibilidade. Competir-lhe-á ajuizar ação rescisória, cujo prazo de caducidade terá seu termo inicial com o trânsito em julgado do acórdão do Pretório Excelso.

A regra, sem margem de dúvida, ensejará acesa polêmica. Um aspecto a ser enfatizado, de logo, é o de que, em se considerando a necessidade de um sistema jurídico manter um padrão de coerência entre os seus diversos componentes normativos, há uma evidente desarmonia perante o modelo que, em sede de segurança jurídica, adotou o constituinte derivado.

Vejamos.

Ora, quando se pretendeu explicitar a eficácia vinculativa no âmbito do controle de constitucionalidade difuso, o que sucedeu com o instituto da súmula vinculante, o art. 103 – A da Lei Fundamental se reportou às decisões judiciais supervenientes à sua edição, conforme se percebe, com facilidade, da expressão “a partir de sua publicação na imprensa oficial”.

Ao se estatuir que, em se tratando de decisões judiciais dissonantes do entendimento do Supremo Tribunal Federal, mas que transitaram em julgado anteriormente, a fixação do termo *a quo* para o ajuizamento da ação rescisória principie a contar do decidido por aquele, com a possibilidade de afetar coisas soberanamente

³⁸ O Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção, v.u., rel. Min. Castro Meira, DJe de 02.09.2010), sobre figura idêntica contemplada pelo art. 741, parágrafo único, não foi a tanto como o legislador, mas não deixou de atentar para a segurança jurídica quando passou a exigir que a decisão judicial exequenda tenha de haver transitado em julgado a partir da vigência da norma que introduziu o instituto da exceção de inexigibilidade no sistema jurídico.

julgadas, tem-se algo demasiado incoerente à medida que permite ao legislador investir contra a intangibilidade das sentenças irrecorríveis em situações para as quais não se permitiu ao texto magno.³⁹

Espera-se que o Pretório Excelso se manifeste especificamente sobre o §8º do art. 535 do NCP, sendo de se salientar que, interpretando a matéria quanto à disciplina da codificação ainda vigente, aquele houve por bem preservar as sentenças anteriores à decisão paradigma de constitucionalidade ou inconstitucionalidade diante da exceção de inexigibilidade, exigindo, para tanto, o ajuizamento da ação rescisória, contanto que inexistente coisa soberanamente julgada.⁴⁰

³⁹ Gostaria de esclarecer, pena de porventura vir a ser mal compreendido, que, embora nas primícias do debate sobre a instituição da súmula vinculante entre nós, tenha me inclinado, por injunção da isonomia de tratamento jurídico, pela possibilidade do ajuizamento de ação rescisória sem limitação temporal nas hipóteses de existência de, no futuro, sobrevir em sentido contrário súmula vinculante (O direito processual brasileiro e o efeito vinculante das decisões dos tribunais superiores. *Revista de Processo*, v. 27, n. 105, p. 93, jan./mar. de 2002), numa análise comparativa, agora com lastro entre igualdade e segurança jurídica, bem como em face das tendências adotadas na jurisdição constitucional hodierna e, igualmente, pelo teor do art. 103 – A da Constituição Federal, sobre o tema novamente me debrucei e, em primeiro que tudo em sintonia com o direito posto, explicitarei (*Súmula Vinculante: o desafio de sua implementação*. São Paulo: MP Editora, 2009, p. 85-87) a necessidade de que, em se cuidando de coisa soberanamente julgada, a sua eficácia somente poderia ser atingida desde que a elaboração do entendimento sumular lhe tenha sido anterior. Prossegui nessa linha, agora também sob a invocação da confiança legítima, em escrito posterior (Segurança jurídica, direito administrativo e súmula vinculante. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coords.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 718-725).

⁴⁰ Tratou-se do RE nº 730.462 – SP, cuja ementa sintetiza, com precisão, a orientação firmada: “CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE PRECEITO NORMATIVO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EFICÁCIA NORMATIVA E EFICÁCIA EXECUTIVA DA DECISÃO: DISTINÇÕES. INEXISTÊNCIA DE EFEITOS AUTOMÁTICOS SOBRE AS SENTENÇAS JUDICIAIS ANTERIORMENTE PROFERIDAS EM SENTIDO CONTRÁRIO. INDISPENSABILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO OU PROPOSITURA DE AÇÃO RESCISÓRIA PARA SUA REFORMA OU DESFAZIMENTO. 1. A sentença do Supremo Tribunal Federal que afirma a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de preceito normativo gera, no plano do ordenamento jurídico, a consequência (=eficácia executiva ou instrumental) de manter ou excluir a referida norma do sistema de direito. 2. Dessa sentença decorre também o efeito vinculante, consistente em atribuir ao julgado uma qualificada força impositiva e obrigatória em relação a supervenientes atos administrativos ou judiciais (=eficácia executiva ou instrumental), que, para viabilizar-se, tem como instrumento próprio, embora não único, o da reclamação prevista no art. 102, “I”, da Carta Constitucional. 3. A eficácia executiva, por decorrer da sentença (e não da vigência da norma examinada), tem como termo inicial a data da publicação do acórdão do Supremo no Diário Oficial (art. 28 da Lei 9.868/1999). É, consequentemente, eficácia que atinge atos administrativos e decisões judiciais supervenientes a essa publicação, não os pretéritos, ainda que formados com suporte em norma posteriormente declarada inconstitucional. 4. Afirma-se, portanto, como tese de repercussão geral que a decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das sentenças anteriores que tenham adotado entendimento diferente; para que tal ocorra, será indispensável a interposição do recurso próprio ou, se for o caso, a propositura da ação rescisória própria, nos termos do art. 485, V, do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (CPC, art. 495). Ressalva-se desse entendimento, quanto à indispensabilidade da ação rescisória, a questão relacionada à execução de efeitos futuros da sentença proferida em caso concreto sobre relações jurídicas de trato continuado. 5. No caso, mais de dois anos se passaram entre o trânsito em julgado da sentença no caso concreto reconhecendo, incidentalmente, a constitucionalidade do artigo 9º da Medida Provisória 2.164 – 41 (que acrescentou o artigo 29 – C na Lei 8.036/90) e a superveniente decisão do STF que, em controle concentrado, declarou a inconstitucionalidade daquele preceito normativo, a significar, portanto, que aquela sentença é insuscetível de rescisão. 6. Recurso extraordinário a que se nega provimento (Pleno, v.u., rel. Min. Teori Zavascki, julgamento em 28.05.2015)”.

De notar ainda que, recentemente, assentou o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE nº 590.809 – RS,⁴¹ compreensão no sentido de fazer incidir a Súmula 343, mesmo em matéria constitucional, para o fim de afastar o cabimento de ação rescisória, quando, ao instante do trânsito em julgado da decisão rescindenda, o entendimento naquele prevaecente era favorável ao réu da rescisória. Melhor explicando, se, posteriormente à sentença exequenda, vem o Pretório Excelso a alterar o seu entendimento, tal modificação de pensar não poderá justificar a pretensão de rescindir.

Estatui o art. 1.057 regra de transição, no sentido de que a exceção de inexigibilidade, nos moldes tratados pelo NCPD, somente é aplicável quanto às decisões transitadas em julgado após a sua entrada em vigor, incidindo quanto às transitadas em julgado anteriormente o disposto no art. 475 – L, §1º, e no art. 741, parágrafo único, do CPC pretérito.

Em termos práticos, porventura o efeito desse divisor temporal se radique na previsão legal que torna extensiva a exceção de inexigibilidade às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade difuso.

Em se cuidando de sentença que impõe à Fazenda Pública obrigação de fazer ou não fazer, a sua exigibilidade se dará pelo instituto do cumprimento, embora não haja previsão de procedimento específico quando o obrigado for pessoa de direito público. É de ganhar aplicação o disposto na Parte Especial, Livro I, Título II, Capítulo IV (arts. 536 e 537), do NCPD, que se aplica também aos litígios entre particulares.

A possibilidade de imposição de multa, cuja legitimidade vem sendo assentada pela jurisprudência de forma tranquila,⁴² mereceu um tratamento mais detalhado, conforme se tem do art. 537, §§1º a 5º.

Isso porque, além de atentar para a hipótese de modificação do valor da pena pecuniária, ou da sua periodicidade, o NCPD permite que o juiz possa também excluí-la. De qualquer modo, para fins da alteração do seu valor, ou do intervalo de tempo, ou ainda da exclusão, não se contentou somente com a verificação da sua insuficiência ou exasperação, mas também com o cumprimento parcial superveniente da obrigação ou da justa causa para o seu descumprimento.

Esclareceu-se a destinação da multa, a qual pertence ao exequente, bem como de que é passível de cumprimento provisório, hipótese na qual deve ser depositada

⁴¹ Pleno, v.u., rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 22.10.2014. Eis a ementa do julgado: “AÇÃO RESCISÓRIA VERSUS UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. O Direito possui princípios, institutos, expressões e vocábulos com sentido próprio, não cabendo colar a sinonímia às expressões “ação rescisória” e “uniformização da jurisprudência”. AÇÃO RESCISÓRIA – VERBETE Nº 343 DA SÚMULA DO SUPREMO. O Verbetes nº 343 da Súmula do Supremo deve ser observado em situação jurídica na qual, inexistente controle concentrado de constitucionalidade, haja entendimentos diversos sobre o alcance da norma, mormente quando o Supremo tenha sinalizado, num primeiro passo, óptica coincidente com a revelada na decisão rescindenda”.

⁴² Ver, a propósito, o deliberado pelas Primeira e Segunda Turmas do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Agravo Regimental no AREsp nº 608.829 (v.u., rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 15.05.2015) e do Agravo Regimental no AREsp nº 595.272 (v.u., rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 06.04.2015), respectivamente.

em juízo, permitindo-se o seu levantamento após o trânsito em julgado da sentença que for favorável à parte credora ou na pendência do agravo fundado nos incisos II e III do art. 1.042.

A multa, que independe de requerimento da parte interessada no cumprimento da obrigação – acentua o legislador – pode ser aplicada na fase de conhecimento em tutela provisória, na sentença, ou na fase de cumprimento, devendo ser suficiente e compatível com a obrigação.

Aspecto interessante é o de que a parte final do art. 537, *caput*, dispõe que, para a imposição de multa, seja fixado prazo razoável para o cumprimento da obrigação. É que, em muitas situações, os prazos fixados pelo Judiciário se revelam, diante das peculiaridades da movimentação da máquina administrativa, excessivamente curtos.

Teve-se, igualmente, a cautela de se especificar que o termo inicial da penalidade coincidirá com o dia a partir do qual se configurar o descumprimento, incidindo enquanto não efetuado o cumprimento da determinação.

O art. 910, eliminando polêmica,⁴³ seguiu o pensamento predominante nos pretórios,⁴⁴ no sentido de admitir que o Judiciário pudesse admitir, mediante processo de execução, a exigibilidade de títulos executivos extrajudiciais nos quais a Fazenda Pública figure como devedora.

Ajuizado o pedido, o ente público será citado para opor embargos no prazo de trinta dias. Não sendo estes opostos, ou sendo o seu pedido julgado improcedente de forma irrecurável, expedir-se-á, conforme o caso, precatório ou requisição de pequeno valor, observando-se o disposto no art. 100 da Lei Maior.

A despeito da aplicação subsidiária das regras inerentes ao cumprimento de sentença (arts. 534 e 535), nos embargos é lícito à Fazenda Pública alegar qualquer matéria de defesa que poderia ser deduzida no processo de conhecimento. Mais uma vez se incorporando avanços reconhecidos pelos tribunais,⁴⁵ o NCPC, ao

⁴³ Vicente Greco Filho (*Da execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 59) é daqueles que sustentou que o procedimento executivo em tela pressupõe título judicial. Já os autores mais modernos se inclinavam pela possibilidade da execução para cobrança de título extrajudicial contra a fazenda pública. Um deles, Leonardo Cunha, chegou a expor: “É realmente difícil configurar hipóteses em que a Administração Pública emita um cheque, subscreva uma duplicata ou tenha contra si expedida uma letra de câmbio. Há, todavia, casos de contratos celebrados com o Poder Público, precedidos de licitação ou de procedimento em que esta tenha sido dispensada ou declarada inexigível, que contêm força executiva, quando encaixados na previsão do art. 585 do CPC, sendo equiparados, por tal dispositivo, a uma sentença transitada em julgado” (*A fazenda pública em juízo*. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2006, p. 265).

⁴⁴ Daí a Súmula nº 279 do Superior Tribunal de Justiça, resumindo: “É possível a execução de título extrajudicial contra a Fazenda Pública”.

⁴⁵ Ver, dentre outros julgados, o RESP nº 434.571 – SP (STJ, 1ª Seção, mv, rel. Min. Luiz Fux, DJU de 20.03.2006), conforme ementa a seguir: “**AÇÃO MONITÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. 1.** O procedimento monitorio não colide com o rito executivo específico da execução contra Fazenda Pública previsto no art. 730 do CPC. O rito monitorio, tanto quanto o ordinário, possibilita a cognição plena, desde que a parte ré ofereça embargos. No caso de inércia na impugnação via embargos, forma-se o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo, prosseguindo-se na forma do Livro II, Título II, Capítulo II e

disciplinar a ação monitória, mediante a qual é possível se exigir valor em dinheiro com base em prova escrita que não constitua título executivo, explicitou ser cabível o ajuizamento de tal pleito contra a Fazenda Pública (art. 700, §6º). O rito se inicia por despacho do juiz que, considerando a evidência do direito do autor, defere a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa, ou de execução de obrigação de fazer ou de não fazer, concedendo-se ao demandado prazo para cumprimento e para apresentação de embargos.

É preciso notar que, em se tratando de ente integrante da fazenda pública, bem como não sendo específico para esta o interregno do art. 701, *caput*, deverá haver a contagem em dobro.

Não havendo a oposição de embargos nem cumprimento, constituir-se-á de pleno direito o título, mas tal decisão deverá ser submetida, se for o caso, ao duplo grau de jurisdição e, com sua confirmação, expedir-se-á precatório ou requisição de pequeno valor.

Os embargos poderão versar sobre qualquer matéria suscetível de invocação no processo de conhecimento.

De notar que o legislador desenhou procedimento mais simples do que o aventado no RESP 434571 – SP, no qual havia referência, além dos embargos opostos no âmbito da monitória, à interposição de novos embargos, uma vez formado o título judicialmente, em face de se recomendar a adoção do disposto no art. 730 do CPC anterior, relativo ao rito da execução contra a Fazenda Pública.

Os honorários de advogado, segundo o do art. 701, *caput*, têm a sua fixação no percentual de cinco por cento sobre o valor atribuído à causa.

No entanto, em sendo uma das partes integrante da Fazenda Pública, o mais correto é a incidência do art. 85, §3º, I a V, por se tratar de regramento específico.

Não se pode esquecer que o contencioso jurisdicional envolvendo a fazenda pública não dispensa, na atualidade, a previsão das medidas cautelares ou

IV (execução *stricto sensu*), propiciando à Fazenda, mais uma vez, o direito de oferecer embargos à execução de forma ampla, sem malferir princípios do duplo grau de jurisdição; da imperiosidade do precatório; da impenhorabilidade dos bens públicos; da inexistência de confissão ficta; da indisponibilidade do direito e não incidência dos efeitos da revelia. 2. O propósito da ação monitória é exclusivamente encurtar o caminho até a formação de um título executivo. A execução deste título contra a Fazenda Pública deve seguir normalmente os trâmites do art. 730, que explicita o cânone do art. 100, da Carta Constitucional vigente. 3. O propósito executivo e monitório têm natureza diversa. O monitório é processo de conhecimento. A decisão 'liminar' que nele se emite e determina a expedição do mandado de pagamento não assegura ao autor a prática de atos de constrição patrimonial, nem provimento satisfativo, uma vez que a defesa (embargos) tempestiva do réu instaura a fase cognitiva e impede a formação do título. 4. Deveras, a Fazenda cumpre as suas obrigações, independente de precatório quando o faz voluntariamente, consigna, etc., sem prejuízo de que os óbices à monitória são equiparáveis à execução admissível pela súmula 279 STJ. 5. Considere-se, por fim, que a rejeição da monitória contra a Fazenda Pública implica em postergar o direito do credor de crédito fazendário em face da entidade pública, impondo-se a *via crucis* do processo de conhecimento, gerando odiosa situação anti-isonômica em relação aos demais titulares de créditos semelhantes. 6. Recurso especial desprovido".

antecipatórias,⁴⁶ as quais, no NCP, estão regradas sob o gênero da tutela provisória, dividida entre tutela de urgência, também dita cautelar ou antecipada, e a tutela de evidência.

Especialmente quanto à Fazenda Pública, releva observar que o NCP foi explícito em determinar a aplicação do disposto nos arts. 1º a 4º da Lei nº 8.437/92 e do art. 7º, §2º, da Lei nº 12.016/2009, os quais, ora estatuem vedações, ora condicionamentos, tais como a necessidade de prévia ouvida do representante judicial do ente público e a previsão do pedido de suspensão.

À guisa de encerramento, faz-se de interesse enfatizar que, nos termos do art. 1.046, §2º, do NCP, são mantidos subsistentes os procedimentos regidos por legislação específica.

Significa dizer, voltando-se a atenção para a Fazenda Pública, a subsistência dos procedimentos dos juizados especiais federais (Lei nº 10.259/2001) e juizados especiais da fazenda pública (Lei nº 12.513/2010). Da mesma forma, os tipos de processo que, estruturados em lei especial, envolvem, quase sempre, a Fazenda Pública em um dos seus polos, como é o caso da desapropriação, da execução fiscal, do mandado de segurança, da ação popular, da ação civil pública e da ação para apuração de ato de improbidade.

The Public Treasury and the new Civil Procedure Code

Abstract: This paper aims to investigate, based on the new Civil Procedure Code, the court treatment in actions which the Public Treasury is party to the lawsuit, focusing on, among other things, the issue of its procedural prerogatives and the modalities of judicial decisions which govern. It has also been tried to remember definitions, as well as emphasize the Public Administration judicial review species.

Keywords: Court Treatment. New Civil Procedure Code. Public Treasury.

Referências

- AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. Vol. I. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CASSESE, Sabino. La costruzione del diritto amministrativo. In: CASSESE, Sabino (Coord.). *Trattato di diritto amministrativo – diritto amministrativo generale*. Tomo Primo. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2000.

⁴⁶ Atualmente, a tutela cautelar e de urgência contra a Fazenda Pública vem alcançando notável desenvolvimento e razoável amplitude. No princípio chegou mesmo a ser inadmitida, conforme se pode ver, quanto à ação sumária especial da Lei nº 221 de 20 de novembro de 1894, cujo §7º do seu art. 13 dispunha: “§7º A requerimento do autor, a autoridade administrativa que expediu o acto ou medida em questão suspenderá a sua execução, si a isso não se oppuzerem razões de ordem pública”. O preceito foi suprimido pelo Decreto nº 1.939, de 28 de agosto de 1908.

- CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. *Constituição Federal brasileira (1891)*. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2002.
- CHRÉTIEN, Patrice; DUPUIS, Georges; GUÉDON, Maria-José. *Droit administratif*. 9. ed. Paris: Armand Colin, 2004.
- CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português - parte geral*. Tomo I. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro. *A fazenda pública em juízo*. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2006.
- DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. 5. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996.
- FERNANDES, Raimundo Nonato. Revelia e outros problemas de processo civil. *Revista de Processo*, v. 20, out. 1980.
- GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. Vol. II. 3. ed. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993.
- GRECO FILHO, Vicente. *Da execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: José Bushatsky, 1975.
- LUGON, Luiz Carlos de Castro. Ética na concretização dos direitos fundamentais. *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, ano 18, n. 65.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 14. ed. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Tomo I. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MENEGALE, J. Guimarães. Fazenda pública. In: SANTOS, Carvalho. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Vol. XXII. 1947.
- NÉRY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Coisa julgada versus fiscalização de constitucionalidade – apontamentos para compreensão dos artigos 475 – L, II, §1º, e 741, II, parágrafo único, do CPC. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 12, n. 47, p. 151-181, jan./mar. 2012.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito processual brasileiro e o efeito vinculante das decisões dos tribunais superiores. *Revista de Processo*, v. 27, n. 105, jan./mar. de 2002.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Responsabilidade de sócios e administradores: compreendendo um precedente do Superior Tribunal de Justiça. In: QUEIROZ, Mary Elbe; BENÍCIO JÚNIOR, Benedicto Celso (Coord.). *Responsabilidade de sócios e administradores nas autuações fiscais*. São Paulo: Foco Fiscal, 2015.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Segurança jurídica, direito administrativo e súmula vinculante. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Súmula Vinculante: o desafio de sua implementação*. São Paulo: MP Editora, 2009.
- RÃO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. Vol. 1. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros e. *A improbidade processual da Administração Pública e sua responsabilidade objetiva pelo dano processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010.

URUGUAI, Visconde do. *Ensaio sobre o direito administrativo*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

Recebido em: 07.10.2015.

Aprovado em: 07.03.2016.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

NOBRE JR., Edilson Pereira. A Fazenda Pública e o novo Código de Processo Civil. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 24, n. 96, p. 79-104, out./dez. 2016.
