

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

A FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO: DA ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS
À TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

LUCIANA GODOY DE MELLO MOTTA

Recife
2023

LUCIANA GODOY DE MELLO MOTTA

**A FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO: DA ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS
À TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco, na linha de pesquisa *Processo, Hermenêutica e Efetividade dos Direitos*, sob orientação da Prof^o Lúcio Grassi de Gouveia, para a obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof^o.: Lúcio Grassi de Gouveia

**Recife/PE
2023**

M921f Motta, Luciana Godoy de Mello.
A Fazenda Pública em juízo : da atipicidade dos meios
executivos à teoria da reserva do possível / Luciana Godoy de
Mello Motta, 2023.
91 f.

Orientador: Lúcio Grassi Gouveia.
Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de
Pernambuco. Programa de Pós-graduação em Direito. Mestrado
em Direito, 2023.

1. Execução contra a fazenda pública - Brasil.
2. Direito processual - Brasil. 3. Obrigações (Direito). I. Título.

CDU 347.952(81)

Pollyanna Alves - CRB/4-1002

FOLHA DE APROVAÇÃO

Aluno (a): LUCIANA GODOY DE MELLO MOTTA

Título da Dissertação: A FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO: DA ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS À TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP) para obtenção do título de Mestre (a) em Direito. A presente dissertação foi defendida e aprovada em 02/05/2023 pela banca examinadora e constituída pelos professores: Prof. Dr. Lúcio Grassi Gouveia, Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira e Prof. Dr. Daniel Amorim Assumpção Neves.



Orientador

SERGIO TORRES

TEIXEIRA:00000855

Assinado de forma digital por
SERGIO TORRES TEIXEIRA:00000855
Dados: 2023.07.15 19:25:50 -03'00'

Examinador Interno

Assinado
 

Examinador Externo

Recife
2023

Luciana Godoy pdf

Código do documento 717c8a26-1dbd-48d8-a2eb-6692433a49ae



Assinaturas



Daniel Amorim Assumpção Neves
daniel@ndf.adv.br
Assinou



Eventos do documento

18 Jul 2023, 13:56:21

Documento 717c8a26-1dbd-48d8-a2eb-6692433a49ae **criado** por SALLY APARECIDA CIPRIANO POMBO PEREIRA (a95110f8-5bf0-489c-ad7d-16f2f8fa5500). Email:sally@ndf.adv.br. - DATE_ATOM: 2023-07-18T13:56:21-03:00

18 Jul 2023, 14:06:43

Assinaturas **iniciadas** por SALLY APARECIDA CIPRIANO POMBO PEREIRA (a95110f8-5bf0-489c-ad7d-16f2f8fa5500). Email: sally@ndf.adv.br. - DATE_ATOM: 2023-07-18T14:06:43-03:00

18 Jul 2023, 14:22:38

DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES **Assinou** - Email: daniel@ndf.adv.br - IP: 46.50.104.64 (46.50.104.64 porta: 62750) - Documento de identificação informado: 275.933.418-01 - DATE_ATOM: 2023-07-18T14:22:38-03:00

Hash do documento original

(SHA256):2e0fd25cdebc4f6bc568c29aed1e73acc6350def8cfe2ec3715f83ab1a1484c1

(SHA512):bdf98a53480299793ec9ed8c1bf9cd8a4bb5d6117d866e61d5b3dc45d603b7c2ff3062e197f61c55b58ace7cc3c19be0b7ad5e6ab74d70c271bf0bd69e312c97

Esse log pertence **única e exclusivamente** aos documentos de HASH acima

Esse documento está assinado e certificado pela D4Sign

AGRADECIMENTO

Primeiramente agradeço a meus pais, Luciano e Elba, por todos os ensinamentos de vida, princípios e investimento em minha educação, almejando que um dia eu prosperasse em minha carreira, demonstrando prazer e satisfação com o alcance dos meus objetivos. Meu pai Luciano é meu maior exemplo de obstinação, coragem, fé e determinação; além de ser um grande engenheiro, também um admirável empreendedor sempre atualizado e atento, inclusive um curioso das questões jurídicas, desbancando até mesmo os que desempenham a área. A minha mãe, com seu bom humor e alegria constantes, obrigada por ter me concebido a vida, me incentivado e sonhado sempre o melhor para mim. A minha saudosa avó Maria Clara, uma mulher à frente do seu tempo, que sempre me encorajou a tomar minhas próprias decisões, sem julgamentos. Minha vida será eternamente marcada por seu amor e dedicação. A meu irmão Leonardo, por me brindar com sua inteligência e discernimento, e por sempre me apoiar. A meu irmão Leandro pela inegável inspiração de suas conquistas, seu cativante carisma e alegria inesgotável. Ao meu namorado e professor Roberto Campos, pelo companheirismo, pelas ideias e sugestões sempre brilhantes, pelo tempo e carinho dedicados, pelo reconhecimento, pelo empréstimo das obras retiradas de sua impressionante biblioteca; e a seus pais Vera e Roberto pelo incentivo. Às minhas cunhadas Renata e Milena pela amizade fraternal, sempre desejei ter irmãs como vocês duas, e por me presentear com tantos sobrinhos lindos: Leandro, Luísa, minha afilhada Helena, Ana Luísa e Júlia.

A todos os meus amigos que acreditaram em mim quando nem eu mesma acreditei, obstinadamente me cobrando, me motivando e persistindo com a ideia de que eu finalizasse mais essa etapa da minha caminhada. Importante agradecer àqueles que mesmo sem saber, me incentivaram com suas particularidades. Ao meu colega do Mestrado Diego Galvão por todos os direcionamentos e conselhos ao longo dessa jornada. A Claudeci por permitir que eu não me preocupasse em manter um cômodo organizado e arrumado enquanto eu me concentrava em meu trabalho. A Zeza por me manter minimamente vaidosa mesmo quando eu não estava disposta. A Felipe por me exercitar e se esforçar na busca por minha saúde e qualidade de vida, não se esquecendo das suas ótimas dicas de leituras de cabeceira.

Ao meu orientador Lúcio Grassi Gouveia pelo tempo dedicado a minha dissertação, pela paciência e pelas valorosas observações e indicações de obras, artigos e julgados. Ao professor Alexandre de Paula Filho pelas aulas preparatórias de ingresso no Mestrado e por participar da escolha do tema do meu projeto. Ao professor João Hélio pela generosa colaboração, suas orientações tanto metodológicas como de conteúdo foram fundamentais para nortear as ideias do meu trabalho. Ao professor Sergio Torres por aceitar participar da minha banca e dispor do seu tempo para trazer enriquecedoras recomendações para a minha dissertação. Ao professor Daniel Amorim Assumpção Neves que me concedeu a honra de participar, de longe, mais especificamente além-mar, da minha banca e ainda me presentear com seus ensinamentos jurídicos, contribuindo de forma essencial para a finalização do meu trabalho. Aos que se foram e de algum modo deixaram uma marca profunda e eterna na minha existência. A Deus, pelo dom e privilégio da vida.

LISTA DE ABREVIATURA

CPC – Novo Código de Processo Civil Brasileiro

CC – Código Civil

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TRF – Tribunal Regional Federal

RPV – Requisição de Pequeno Valor

MPF – Ministério Público Federal

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

RESUMO

Um lapso de tempo considerável para a prestação jurisdicional pode afetar tanto a segurança jurídica como a efetividade de uma decisão. Um exemplo de um dilema que é colocado nesse trabalho é o de como conferir efetividade às decisões que impõem obrigações de fazer aos entes públicos. O ordenamento jurídico necessita de instrumentos céleres e eficazes e há algumas medidas coercitivas e de apoio dispostas no art. 536 do CPC/15 que se apresentam como meios executórios para que uma decisão judicial seja cumprida. Tais medidas: imposição de multa, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se tratam de rol exemplificativo, podendo o magistrado se utilizar de outras medidas para atingir o resultado prático de uma ordem judicial. Essas outras medidas que não estão elencadas no próprio artigo possuem um conteúdo amplo e, por esse motivo, a maior parte da doutrina e jurisprudência defende sua aplicação de forma subsidiária, ou seja, nos casos em que as medidas típicas forem descumpridas pelo executado, observando em todas as situações tanto o princípio do contraditório, em especial, como também outros princípios constitucionais, tais quais: separação de poderes; dignidade da pessoa humana; proporcionalidade; menor onerosidade; especificidade¹. Tais medidas implícitas mais discutidas e as quais se inserem no poder-geral de condução do juiz previstas nos artigos 772 e 773 do CPC, são: o sequestro e o bloqueio de verbas públicas, embora existam controvérsias acerca da aplicabilidade dessas medidas, uma vez que devem ser resguardados tanto os direitos do exequente como os direitos do executado. O trabalho investigará quais as soluções possíveis ao problema proposto sem perder de vista o princípio da reserva do possível.

PALAVRAS-CHAVES

Medidas atípicas executivas; Fazenda Pública; Efetividade; Obrigações de fazer; Reserva do Possível

¹ ALVIM, Arruda. ALVIM, Eduardo Arruda. BRUSCHI, Gilberto Gomes. CHECHI, Mara Larsen. COUTO, Mônica Bonetti. **Execução Civil e Temas Afins – do CPC/73 ao Novo CPC – Estudos em Homenagem ao Professor Araken de Assis**. CAMARGO, Daniel Marques de. Artigo: O novo Código de Processo Civil e os princípios da execução civil. São Paulo, ed. Revista dos Tribunais: 2014, p. 177-187 apud CAZZARO, Kleber. Estudos de Direito Processual à Luz da Constituição Federal/ - Volume 2. Erechim: Deviant, 2018, Capítulo VII – Nova Execução e a Constituição: Reflexões sobre os instrumentos explícitos e implícitos de efetivação de direito e garantias do jurisdicionado, na obrigação de pagar quantia, p. 121.

ABSTRACT

A considerable lapse of time for adjudication can affect both the legal certainty and the effectiveness of a decision. An example of a dilemma that is posed in this work is how to give effectiveness to decisions that impose obligations to public entities. The legal system needs swift and effective instruments and there are some coercive and supportive measures set out in art. 536 of CPC/15 that are presented as enforceable means for a court decision to be fulfilled. Such measures: imposition of a fine, search and seizure, removal of people and things, destruction of works and impediment of harmful activity, are an exemplary role, and the magistrate may use other measures to achieve the practical result of a court order. These other measures that are not listed in the article itself have a broad content and, for this reason, most of the doctrine and jurisprudence defends their application in a subsidiary way, that is, in cases where the typical measures are not complied with by the executor, noting in all situations, both the adversarial principle, in particular, and other constitutional principles, such as: separation of powers; dignity of human person; proportionality; lower cost; specificity. Such most discussed implicit measures and which are part of the general power of conduct of the judge provided for in articles 772 and 773 of the CPC, are: the seizure and blocking of public funds, although there are controversies about the applicability of these measures, since Both the rights of the creditor and the rights of the debtor must be protected. The work will investigate what are the possible solutions to the proposed problem without losing sight of the principle of reserve of the possible.

KEYWORDS

Atypical executive measures; Public farm; Effectiveness; Obligations to do; Reservation of the Possible

SUMÁRIO

Erro! Indicador não definido.

CAPÍTULO I. O PROCESSO E SEUS SUJEITOS EM GERAL.....	16
1) Dos Sujeitos do Processo	16
1.1) Sujeitos Interessados e Não Interessados.....	21
1.2) Sujeitos Principais e Auxiliares.....	27
1.2.1) O Advogado como Sujeito Auxiliar.....	30
CAPÍTULO II. ASPECTOS RELEVANTES DA ATUAÇÃO FAZENDÁRIA EM JUÍZO.....	32
2) A Pessoa Jurídica como Sujeito Processual.....	32
2.1) A Fazenda Pública como Sujeito do Processo.....	35
2.1.1) Apresentação e Representação: uma distinção fundamental.....	37
2.1.2) Qual é a Posição Processual do Presentante?.....	38
2.2) O Ente Público na Relação Processual.....	42
2.2.1) Fazenda Pública é conceito referente a qualquer Ente Público.....	46
2.2.2) Apresentação e Representação da Fazenda Pública: incompatibilidade?.....	47
CAPÍTULO III. TIPICIDADE E ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS A SEREM USADOS NO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA.....	50
3.1) Tipicidade e Atipicidade dos Meios Executórios.....	60
3.2) Meios Atípicos segundo o STJ.....	70
CAPÍTULO IV. DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL NO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA.....	76
4.1) Da Teoria da Reserva do Possível.....	76
4.2) Efetividade das decisões de obrigação de fazer.....	84
CONCLUSÃO.....	91
REFERÊNCIAS.....	93

INTRODUÇÃO

O jurisdicionado, visando proteger e garantir seus direitos, ingressa com uma ação perante o Poder Judiciário, com base justamente no princípio constitucional do acesso à justiça previsto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal e, em contrapartida, espera que a sua pretensão seja apreciada em um período razoável de tempo de acordo também com o inciso LXXVIII do mesmo dispositivo.

Levando em conta que as decisões como um todo nas ações de obrigação de fazer, por si só, não impõem seu respectivo cumprimento, é permitido ao magistrado à aplicação de medidas coercitivas. Tais medidas típicas necessárias para o alcance de um determinado direito tutelado estão devidamente descritas no ordenamento jurídico, e, caso, ainda assim, essas obrigações não sejam satisfeitas é dada à possibilidade ao juiz de direito aplicar medidas atípicas as quais não estão especificadas na letra da lei.

Desde o Código de Processo Civil de 1973 já existia em seu art. 461 uma previsão para que o magistrado pudesse se utilizar de providências com a finalidade de obter o resultado prático equivalente ao do adimplemento. O artigo correspondente no Código de 2015 é o dispositivo 536, § 1º, tendo sido incluído um dispositivo ainda mais abrangente nesse último ordenamento jurídico, mais especificamente o art. 139, IV, o qual representa uma forma ainda mais contundente a essa possibilidade, fornecendo ao magistrado meios para trazer ainda mais eficácia às decisões nas obrigações de fazer mediante medidas mandamentais, indutivas, coercitivas ou sub-rogatórias.

Quando a parte executada nas obrigações de fazer não é uma pessoa física, mas um ente público dotado de prerrogativas inerentes a sua natureza jurídica, se torna ainda mais dificultosa à obtenção da pretensão pretendida, tendo em vista à diminuição das possibilidades de aplicação de medidas atípicas, ou melhor, nem todas as formas coercitivas direcionadas às pessoas físicas podem ser também utilizadas para coagir a Fazenda Pública ao cumprimento da decisão de obrigação de fazer.

Considerando a necessidade de buscar maior eficácia para as decisões em face da Fazenda Pública com o seu cumprimento mediante medidas a serem aplicadas de maneira atípica, a presente pesquisa ocorreu no âmbito das ações de obrigação de fazer. Na verdade trata da busca pela efetividade de decisões que impõem o cumprimento dessas obrigações. É sabido que o art. 139, IV do Código de Processo Civil dispõe de forma genérica dos meios que o magistrado pode se valer para impor que o administrador público cumpra com essas decisões, e em virtude exatamente desses meios dispostos nesse artigo que o juiz se arvora de poderes para, após descumpridas decisões com o esgotamento de medidas típicas, poder aplicar medidas atípicas. Mas quando exatamente devem ser utilizadas essas últimas medidas atípicas? E, caso tais medidas atípicas possam, de fato, ser aplicadas, como conciliá-las com o princípio da Reserva do Possível?

É sabido também que o Poder Público possui tratamento diferenciado, a exemplo dos prazos processuais mais elásticos, nada mais justo uma vez que o mencionado ente possui a função de proteger o direito de uma coletividade em detrimento de uma prerrogativa individual. Contudo, tal

tratamento diferenciado não pode ser utilizados como escudo para o descumprimento de decisões mesmo que essas últimas tutelam interesses individuais.

Há um conjunto de medidas a ser abordado para aumento da eficácia executiva? (se existe alguma coisa que possa ser feita concretamente?) O conjunto de medidas as quais contribuem com o aumento da eficácia se referem à aplicação de multa diária (astreinte) com o objetivo de forçar o cumprimento por parte da Administração Pública, além do bloqueio e sequestro de bens do ente público.

Com o intuito de obter respostas a esses questionamentos, a pesquisa foi desenvolvida levando em consideração a análise de casos práticos decididos pelos Tribunais Superiores brasileiros amparada em uma revisão bibliográfica, portanto, o meio escolhido para pesquisa de dados foi a pesquisa bibliográfica reflexiva, tendo como objetivo geral de sistematizar o conhecimento relativo aos meios executivos atípicos contra a Fazenda Pública a exemplo do bloqueio e sequestro de bens do ente público. E como objetivos específicos:

- 1) Definir o alcance da reserva do possível na atuação da Fazenda Pública.
- 2) Demonstrar como a teoria da reserva do possível está relacionada com a eficácia da execução contra a Fazenda Pública nas obrigações de fazer.
- 3) Identificar as falhas mais recorrentes nas ações contra a Fazenda Pública nas obrigações de fazer.

A partir da análise de casos concretos com as respectivas decisões judiciais, foram observados os pontos de fragilidade, procurando identificar os pontos que comprometem a eficácia executiva. Ao pesquisar decisões nos Tribunais Superiores – STJ e STF, sendo que nesse último caso limitando do ano de 2020 para cá, com os seguintes temas “OBRIGAÇÃO DE FAZER E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO E AGENTE PÚBLICO”. Das 9 (nove) decisões encontradas no Superior Tribunal de Justiça do ano de 2020 até o momento as quais continham obrigação de fazer/pagar e fornecimento de medicamento e agente público, todas elas entre os anos de 2005 e 2007, ao tratarem do conflito entre o direito fundamental à saúde e a impenhorabilidade do bem público, concluíram pela prevalência do primeiro sobre o segundo, especialmente na hipótese de omissão do agente público, onde o bloqueio se faz necessário para efetivação do direito perseguido. Em todas essas decisões foram utilizadas duas medidas atípicas: a multa diária (astreinte) e o bloqueio de verbas. Já no STF foram encontrados 42 (quarenta e dois) julgados em que foram aplicadas medidas tais como: multa (astreinte), bloqueio e sequestro de bens públicos. Cabe, especialmente contra a Fazenda Pública, a aplicação de multa diária (astreintes) como meio coercitivo para impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença de obrigação de fazer como disposto nos artigos 497 e 498 do Código de Processo Civil. Ainda que entenda que o bloqueio se trata de medida excepcionalíssima, o STF se posicionou no sentido de que nos casos de descumprimento de obrigação de fazer consubstanciada no fornecimento de medicamentos não há submissão ao regime de precatórios. Ocorre que, para que seja constituída a obrigação do Poder Público no fornecimento da medicação devem ser preenchidos

alguns requisitos cumulativos dispostos no Tema 106 do STJ como a comprovação da incapacidade financeira do paciente; a ineficácia da medicação anteriormente utilizada e consequente urgência e necessidade do uso da medicação pleiteada; que o medicamento indicado é insubstituível por outro genérico; existência do registro da medicação na ANVISA; relatórios e exames médicos que descrevem a situação de emergência da paciente; a prescrição do tratamento deverá ser realizada, de preferência, por médicos credenciados ao SUS; a efetivação, a depender do caso, de uma perícia médico judicial para demarcar as circunstâncias concretas. O que pode comprometer a eficácia executiva é a justificativa da limitação orçamentária - princípio da reserva do possível, a inviolabilidade da separação constitucional de poderes, redirecionando políticas e prioridades públicas, alocando recursos orçamentários que estão à disposição do interesse coletivo, com o objetivo de garantir o direito fundamental do jurisdicionado.

CAPÍTULO I. O PROCESSO E SEUS SUJEITOS EM GERAL

1) Dos Sujeitos do Processo

O art. 70 do Código de Processo Civil preceitua que toda pessoa que se acha no exercício dos seus direitos tem capacidade para estar em juízo.

O ordenamento jurídico brasileiro ao se referir aos sujeitos do processo os relaciona da seguinte forma: partes; advogados; juízes; auxiliares da justiça: escrivão, oficial de justiça, perito, depositário, administrador e intérprete; o Ministério Público; a Advocacia e Defensoria Públicas.

Os sujeitos interessados do processo são chamados de parte em sentido processual, porque não necessariamente se confundem como sujeitos da relação material dada a existência da legitimidade extraordinária.¹

Partes são aqueles em que se discute o respectivo direito em juízo, sendo que esse direito constitui justamente o objeto que versa a decisão que irá obrigar ambas as partes. Como bem destaca Jorge Americano a definição de parte processual não é considerada apenas uma questão especulativa, mas de identificação da ação, de coisa julgada, de análise de litispendência, de suspeição do juiz e testemunhas, além, é claro, da condenação em custas². Segundo Ovídio Araújo Baptista da Silva tal conceito também contribui com a definição de quem, mesmo que não seja parte, pode ingressar na relação processual como terceiro.³

O conceito de parte engloba autor e réu, sendo respectivamente os pólos ativo e passivo da demanda, quem formula e contra quem é formulado o pedido; já o assistente não é considerado parte para muitos autores, algumas vezes é chamado de parte secundária, inclusive a assistência se encontra inserida no Capítulo I, Título III, e no art. 119 do CPC que trata do rol das modalidades interventivas, portanto, fora do capítulo “da capacidade processual”, do título “das partes e dos procuradores” e do livro intitulado “dos sujeitos do processo” (Capítulo I, Título I, Livro III). Dentro da definição de parte há três noções distintas: capacidade de ser parte; capacidade de estar em juízo e capacidade postulatória.⁴

Nery Junior e Rosa Maria Nery conferem à qualidade de parte mesmo aos terceiros que

¹ Sobre a não coincidência apontada acima, vê PRATA, Edson. **Comentários ao Código de Processo Civil**;

² AMERICANO, Jorge. **Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil**; 1º volume (Arts. 1º a 290); 2ª edição atualizada; Ed Saraiva, São Paulo, 1958, pp. 102

³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 1: do processo do conhecimento, arts. 1º a 100; 2. ed. rev., atual.e ampl.; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pp. 83.

⁴ BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. I. Rio de Janeiro, Forense, 1998, pp. 82.

adentram no processo⁵.

Ovídio A. Baptista da Silva acredita que o terceiro que interfere em demanda alheia pode sim ser considerado parte, com exceção do assistente simples, os quais apenas participam como terceiros. Assume realmente a condição de parte aquele que passa a integrar a lide seja como litisconsorte ativo ou passivo. O referido jurista ainda explicita que para ser parte do processo não é necessário que na demanda seja reconhecido o autor ou réu como parte legítima ou legitimada para atuar na ação. Ainda que o réu alegue não ser parte legitimada para a ação, ele será parte no processo até que sobrevenha uma decisão que o exclua – art. 485 do CPC, do mesmo modo o autor figurará nos autos até que a decisão reconheça que ele não pode figurar como parte⁶.

A capacidade de ser parte é referente tanto ao autor quanto ao réu pelo autor e réu. No direito brasileiro, por força da extensa base fática do inciso XXXV do art. 5º., CRFB, é atribuída a todo aquele que pode titularizar direitos e deveres. Aliás, não apenas direitos subjetivos em sentido estrito, mas até mesmo simples interesses juridicamente relevantes, como é o caso da posse. Não a têm, todavia, quem não possa titularizar tais situações. É o caso do morto, por exemplo.

Já a capacidade de estar em juízo é a legitimação para o processo e diz respeito à realização de atos processuais com efeitos jurídicos, e, por fim, a postulatória se consubstancia no poder de requerer pessoalmente em juízo, e tal capacidade é dada aos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil⁷.

Nem sempre os que têm capacidade de ser parte também têm capacidade processual, e nem os que tem capacidade para estar em juízo também tem capacidade postular em juízo; como exemplo o menor de dezesseis anos tem capacidade para ser parte, por outro lado não tem capacidade processual, devendo ser representado em juízo. O litigante munido da maioria, embora tenha a capacidade processual, não tem capacidade postulatória⁸.

A despeito da parte representar uma categoria processual, é o direito material que designa a capacidade de ser parte, inclusive a regra contida no art. 8º do Código Civil possui natureza

⁵ JUNIOR, Nery; NERY, Rosa Maria. Código de Processo Civil Comentado cit. p. 338

⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 1: do processo do conhecimento, arts. 1º a 100, 2ª edição revista, atualizada e ampliada – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pp. 84.

⁷ BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. I. Rio de Janeiro, Forense, 1998, pp. 82.

⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 1: do processo do conhecimento, arts. 1º a 100, 2ª edição revista, atualizada e ampliada – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pp. 85.

material. Os absolutamente incapazes serão representados, enquanto os relativamente incapazes serão assistidos por seus pais, tutores e curadores. Os primeiros estão elencados no art.3º e são os menores de dezesseis anos, os que, por enfermidade ou deficiência mental não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos, e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade; já os últimos (relativamente incapazes) são representados pelos maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; os excepcionais sem desenvolvimento mental completo e os pródigos⁹. Lembrando que os incapazes são representados ou assistidos, bem diferente da substituição processual. No que se refere aos índios, o Código Civil simplesmente transferiu o tratamento da capacidade à legislação especial.

Quanto ao juiz, cabe a ele dirigir o processo, dar o impulso oficial, uma vez que o impulso processual é dado pelas partes, nesse último caso o autor concede o primeiro impulso, competindo ao magistrado determinar a citação do réu; realizar providências com a finalidade de eliminar vícios, irregularidades ou nulidades processuais, saneando o feito, efetuando diligências, até que a ação seja julgada. O Estado é representado pelo juiz, que evidentemente não tem interesse no litígio, pelo contrário, ele é um terceiro que pratica tanto atos vinculados – jurisdicionais - como discricionários ou administrativos, todos eles previstos em lei¹⁰.

No âmbito processual, o juiz deve conceder às partes iguais possibilidades em busca do direito almejado, garantindo o direito ao contraditório; nivelando-as economicamente ao conceder a gratuidade de justiça aos que não têm condições de arcar com os custos do processo sem que isso comprometa a sua subsistência; além de assegurar a lealdade e a boa-fé. O juiz deve tutelar a celeridade processual, sem deixar de preservar algumas garantias, observando as formas e prazos previstos na legislação. O Estado, na figura do juiz, impede que as partes façam justiça com as próprias mãos, preservando a dignidade da justiça; além disso, não pode se esquivar de sentenciar e nem despachar sob o argumento de que há lacuna ou obscuridade, recorrendo à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito no caso

⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 1: do processo do conhecimento, arts. 1º a 100, 2ª edição revista, atualizada e ampliada – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pp. 86.

¹⁰ TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo, 2ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1976, v.1, pp. 380 e 381.

de ausência de legislação específica¹¹.

Uma vez que o juiz não pode tomar a iniciativa do processo, ele deve se sujeitar ao que foi pedido, sendo-lhe vedado analisar fatos e matéria desconhecida do processo. Tanto a petição inicial como a contestação é que irão delimitar os termos da sentença, a qual não pode ser nem *ultra petita* e nem *extra petita*, excluindo de sua apreciação quaisquer questões/controvérsias não levantadas pelas partes. A ele cabe determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo tanto as diligências inúteis como as meramente protelatórias¹².

Os auxiliares da justiça estão enumerados no art. 149 do CPC, quais sejam: o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o mediador, o conciliador judicial, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias, também são sujeitos do processo. Há os auxiliares munidos de conhecimentos técnicos, científicos, linguísticos os quais suprem a ausência de domínio do magistrado nessas áreas. Ressaltando que esse rol não é exaustivo, pelo contrário, o artigo faz remissão a outros auxiliares descritos nas normas de organização judiciária.

Cabe ao escrivão redigir os ofícios, mandados, cartas precatórias, certidões e quaisquer outros atos alusivos ao seu ofício. Em função de determinação judicial, dentre suas atribuições, compete a ele assinar as peças juntamente com o juiz, redigir os alvarás, autos, termos, assentadas de testemunhas, depoimento das partes e testemunhas. O escrivão promove as citações e intimações, por edital ou via postal, especialmente quando não efetuadas pelo oficial de justiça as intimações aos advogados e ao Ministério Público. Assim como o auxílio ao juiz na redação dos trabalhos de datilografia nas Audiências de Conciliação. No que se refere aos autos físicos, compete ao escrivão guardá-los e conservá-los para que nenhuma de suas folhas seja extraviada¹³.

Quanto ao oficial de justiça é reconhecido como órgão de execução, cabendo a ele realizar as citações, penhoras, apreensões, arrestos, sequestros, prisões e outras diligências a que lhe competir, na presença sempre que possível de 2 (duas) testemunhas, certificando no próprio mandado o dia, a hora e o lugar e devolver o mandado em cartório após seu cumprimento; cumprir as ordens do juiz o qual está subordinado; colabora com o juiz na prestação

¹¹ TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo, 2ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1976, v.1, pp. 382 e 383.

¹² TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo, 2ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1976, v.1, pp. 399, 400 e 402.

¹³ PRATA, Edson. **Comentários ao Código de Processo Civil**; volume II, tomo I (arts. 1º a 269) / Edson Prata – Rio de Janeiro: Forense, 1987, pp. 449 a 451.

jurisdicional, auxiliando-o na manutenção da ordem; efetuando avaliações e certificando no mandado a proposta de autocomposição apresentada pelas partes quando for lhe oportunizada a comunicação, conforme descrito no artigo 154 do CPC.

O perito não está enquadrado no cargo de funcionário permanente da justiça, na verdade se trata de um auxiliar, o qual é chamado quando surge a necessidade técnica, incumbido de viabilizar a prova a qual possibilitará o magistrado proferir sua decisão de mérito. A sua capacidade técnica/científica será revelada/aplicada ao responder os questionamentos escritos e orais formulados tanto pelas partes como pelo juiz. Esse último também oportunizará às partes indicar seus respectivos assistentes técnicos, os quais funcionarão como peritos, incumbidos de responder os quesitos, de forma clara e inteligível, e prestar esclarecimentos quando solicitados, no prazo que a lei fixar. Assim como os outros auxiliares da justiça, o perito também pode ser afastado do processo por impedimento ou suspeição, não havendo a possibilidade de ele atuar como intérprete nos mesmos autos em que ele atua como perito¹⁴.

Ao depositário cabe a guarda e conservação dos bens, com todo o cuidado e diligência, que foram objeto de constrição pela justiça, seja por meio de penhora, arresto, sequestro, busca e apreensão ou arrecadação. Já ao administrador cabe a gestão quando ocorrer a penhora de empresas por exemplo. Quando o bem se tratar de dinheiro, esse deverá ser depositado em estabelecimento bancário, podendo ser o Banco do Brasil ou a Caixa Econômica. Os bens deterioráveis ou avariados, os semoventes, podem ser alienados caso eles exijam muita despesa para sua guarda. A remuneração do depositário e do administrador são fixadas pelo Estado nos seus Regimentos de Custas, tendo por base especialmente o tempo indispensável à prática da tarefa, além do volume, da quantidade, da espécie e da distância. Quando os bens exigirem cuidados especiais de mais de uma pessoa, seja em função do volume ou da quantidade, a lei permite a contratação de mais de uma pessoa, que são os prepostos¹⁵.

O magistrado poderá nomear, ainda, o intérprete que, munido de seus conhecimentos técnicos, converte em compreensível, acessível e clara, uma linguagem estrangeira ou a mímica dos surdos-mudos, esclarecendo o conteúdo¹⁶.

Na demanda objeto do presente trabalho há a figura de dois sujeitos: o particular e o ente público, sendo utilizada também a expressão Fazenda Pública, ligada ao termo Erário, que

¹⁴ PRATA, Edson. **Comentários ao Código de Processo Civil**; volume II, tomo I (arts. 1º a 269) / Edson Prata – Rio de Janeiro: Forense, 1987, pp. 455 a 457

¹⁵ PRATA, Edson. **Comentários ao Código de Processo Civil**; volume II, tomo I (arts. 1º a 269) / Edson Prata – Rio de Janeiro: Forense, 1987, pp. 459 a 462

¹⁶ PRATA, Edson. **Comentários ao Código de Processo Civil**; volume II, tomo I (arts. 1º a 269) / Edson Prata – Rio de Janeiro: Forense, 1987, pp. 464 a 465

configura o aspecto financeiro do Poder Público e que abrange as pessoas jurídicas de direito público¹⁷. Mesmo que a ação não possua qualquer cunho fiscal ou mesmo financeiro, o termo Fazenda Pública é utilizado para caracterizar as pessoas jurídicas de direito público presentes nos processos judiciais.

A Administração Pública no Brasil está organizada em conformidade com o previsto no Decreto-lei 200/1967, que a divide em Administração Direta e Indireta. A Administração Direta é composta pelos entes federativos: União, Estados, Distrito Federal e Municípios; enquanto a Administração Indireta é composta: pelas autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, sendo que essas duas últimas possuem a natureza de pessoa jurídica de direito privado.

Das pessoas jurídicas de direito público ainda se enquadram as agências, caracterizadas por sua natureza jurídica de autarquias especiais e se dividem em executivas ou reguladoras. Sendo as primeiras dotadas de competência para exercer atividade administrativa e econômica, podendo celebrar contrato de gestão com a Administração; e as segundas dispõem de competência normativa, podendo ainda regular questões em que o ente público exerça poder de polícia. Além das agências, as associações públicas também fazem parte das pessoas jurídicas de direito público. Já as sociedades de economia mista e as empresas públicas não integram o conceito de Fazenda Pública, em razão de estarem sujeitas ao regime geral das pessoas jurídicas de direito privado.

Como dito anteriormente, quem tem capacidade postulatória é o advogado devidamente inscrito na OAB, com exceção das causas em que não há a exigência de um advogado aquelas cujo valor da causa não ultrapassa 20 (vinte) salários mínimos e que tramitam perante o Juizado Especial Cível, além das que tramitam perante o Juizado Especial Federal, do Juizado Especial da Fazenda Pública e as causas perante a Justiça do Trabalho (art. 791 da CLT). Tirando essas exceções, a parte sempre tem que estar representada por um advogado devidamente constituído por procuração, e, caso essa exigência legal não seja preenchida, o magistrado, primeiramente, suspenderá o feito e concederá prazo para que o vício seja suprido, sob pena de que o processo seja extinto sem julgamento do mérito no caso do autor ou sob pena de revelia, caso a exigência nesse último ponto seja por parte do réu.

1.1) Sujeitos Interessados e Não Interessados

Os sujeitos têm, são titulares do direito de ação e, em contrapartida, o Estado tem o

¹⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**, 16ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2019, pp. 1 e 2.

dever de prestar a tutela jurisdicional a partir do momento que esses sujeitos passam a ser parte, tanto de cunho político como jurídico. O dever político se consubstancia no fato de que a jurisdição é um pressuposto de ordem pública, tendo em vista que a sociedade não pode perdurar sem que um poder superior obrigue coercitivamente que cada indivíduo obedeça à lei. Já o dever jurídico é a possibilidade de cada indivíduo ajuizar uma ação com a proteção do Estado para que seja reconhecido um direito. Contudo, o Estado não dispõe dessa proteção indeterminadamente a todos os interesses, mas somente àqueles merecedores de amparo, a exceção das causas ilícitas as quais não podem ser alvo de prestação jurisdicional. Caso o autor não consiga provar um interesse juridicamente qualificado, ele será carecedor da ação proposta.¹⁸

A existência do interesse é cabível tanto para a propositura como para contestar uma ação, configura abuso de direito a proposição de uma ação que não esteja fundada em motivo legítimo.

Há os sujeitos que possuem interesse na causa, tais como o autor que ajuíza a demanda e o réu; e, por outro lado, há os sujeitos não interessados, os quais não possuem qualquer direito a ser tutelado na ação, a exemplo da testemunha, do perito, do escrevente, do oficial de justiça, do juiz.

Os sujeitos interessados – autor e réu – têm como objetivo a prestação jurisdicional. Esse interesse pode ter como objeto a declaração do direito; a existência de relação jurídica entre o autor e réu; a declaração de autenticidade ou falsidade de documento, sendo o referido interesse proposto por meio da inicial e da contestação. Deixando claro que antes do direito há a apreciação desse direito¹⁹.

Existe o interesse econômico e o interesse moral, esse último se refere ao interesse não-patrimonial, e, por vezes esses interesses se contradizem, contudo, tal fato não impede o direito de ajuizar as ações.

O interesse do autor pode se basear nas ações declarativas, nas ações condenatórias, constitutivas, mandamentais ou executórias. Para tanto, o autor do processo precisa comprovar que o seu interesse é juridicamente qualificado, que não possui uma causa ilícita, sob pena de ser considerado carecedor da ação ajuizada e conseqüentemente ocorrerá a

¹⁸ MARTINS, Pedro Batista. **Comentários ao Código de Processo Civil (Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939)**, Vol. I, Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1940, pp. 25

¹⁹ MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo I: arts. 1º a 45. Rio de Janeiro, Forense, 1979, pp. 172

extinção do feito.

Já o interesse do réu existe pelo simples fato de ele ter sido demandado na ação, é o resultado da provocação, do próprio chamamento aos autos. No caso de ser deferida a inicial, proferida a citação e o réu ter apresentado contestação, não há como negar tanto a sua legitimidade processual como o seu interesse na causa.²⁰

No que tange ao Estado, há dever de julgar, tanto política quanto juridicamente. No primeiro caso, pois a jurisdição é uma premissa da ordem pública, caso em que a sociedade só sobrevive quando um poder superior determina compulsivamente que cada cidadão cumpra a lei; no segundo, cada cidadão tem o direito (de ação) a postular por meio de uma demanda judicial a guarida do Estado com a finalidade de obter um direito reconhecido.

Enfim, o que conduz a atuação das partes é justamente o interesse de cada uma delas. Sendo assim, o impulso vem de fora: seja dos particulares, seja das instituições estatais ou paraestatais. Essa atuação – atividade processual – é dirigida a uma pessoa ou a um grupo de pessoas que representam o Estado. Essa pessoa ou grupo de pessoas são os juízes singulares ou coletivos, nesse último caso os Tribunais²¹.

O juiz declara e aplica a incidência do direito de forma autoritária, razão pela qual existe a exigência da homologação do juízo. O juiz se encarrega de efetivar essa declaração, mas esse poder é exercido por meio da jurisdição. Isso porque é o Estado que ordena quem irá exercer essa competência jurisdicional, assim como existe a competência legislativa e a administrativa.

O art. 139 do Código de Processo Civil estabelece as disposições de como o juiz irá dirigir o processo, tais direções podem ser caracterizadas por ser formal ou material. O primeiro caso ocorre quando o juiz fixa prazos, os abrevia ou os expande, delibera sobre o início e a conclusão das audiências, confere a palavra às partes e escuta o perito e testemunhas; já a direção material diz respeito à atuação do juiz para que se extraia a verdade, se aclarem as exposições das partes para que se tenha um panorama do processo, exercendo o seu dever de prestar a jurisdição, com celeridade ao mesmo tempo sem prejudicar a defesa

²⁰ MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo I: arts. 1º a 45. Rio de Janeiro, Forense, 1979, pp. 174 e 175.

²¹ MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo II. Rio de Janeiro, Forense, 1973, pp. 333.

dos interessados, e, por consequência, a solução da lide²².

As partes do processo possuem interesse no resultado do processo, enquanto o juiz não tem interesse próprio e sim transindividual, é sujeito completamente desinteressado, cuja tarefa social lhe confiou o Estado, resolvendo, por meio da lei, as questões entre as partes, dirimindo conflitos; inclusive é a própria lei que penaliza o juiz por suspender, paralisar ou retardar atos e diligências. O pedido das partes é realizado para o Estado, que responde através da pessoa do juiz o qual aplicará o texto que incide no caso concreto. Em havendo lacuna no texto legal ou obscuridade, esse último não poderá se eximir de realizar o seu dever formal, despachando e sentenciando, nem tampouco poderá fazer justiça, atitude terminantemente vedada ao magistrado²³.

Os atos dos juízes têm que observar a dignidade. Quando não há essa observância, o magistrado poderá ser punido disciplinarmente e/ou penalmente. Eles precisam ainda de independência e de permanência. A atividade do juiz é ato de aplicação da lei, de modo que ele exerce dupla função: realizar o direito (finalidade política) e solucionar as questões entre as partes (objetivo jurídico). O magistrado precisa estar ciente das fontes, da interpretação das leis, atribuindo o alcance que necessita ter, caso contrário, estaria fracassando nas suas duas funções – nem aplicaria o direito e tampouco solucionaria o conflito²⁴.

O juiz deve se ater aos pedidos formulados na ação os quais devem ser expressos se declaração, constituição, condenação, mandamento ou execução, tanto pelo autor como pelo réu, não se devendo julgar nem além, nem fora, nem aquém do que foi postulado nas petições, em atendimento aos princípios da adstrição do juiz ao pedido da parte, da conformidade ou da congruência, como prescreve o art. 144 do Código de Processo Civil. Considerando que, após a propositura da ação poderão advir fatos constitutivos, modificativos ou extintivos do direito os quais poderão influenciar a decisão; em ocorrendo tais fatos, incumbe ao magistrado analisá-los detidamente, ouvindo as partes se for necessário, indeferindo as provas inúteis ou meramente protelatórias, antes de proferir sua decisão (art. 493 e parágrafo único do mesmo CPC) motivada fundamentando o que baseou seu livre convencimento e apreciação. Caso o magistrado não se atenha aos limites do que foi formulado pela parte, deixando de julgar parte do pedido – caracterizando esse tipo de decisão como *citra* ou *infra petita*;

²² MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo II. Rio de Janeiro, Forense, 1973, pp. 334 a 336.

²³ MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo II. Rio de Janeiro, Forense, 1973, pp. 338 a 340.

²⁴ MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo II. Rio de Janeiro, Forense, 1973, pp. 337 a 338.

julgando além do que foi pedido – ultra petita; ou diversamente do que foi pleiteado – extra petita (art. 492 do CPC), fica caracterizado o vício e, por sua vez, a sentença poderá ser anulada ou reduzida a seus limites pelo Tribunal²⁵.

Afora os juízes, há também os auxiliares da justiça: escrivães, oficiais de justiça, contadores, partidores, peritos, depositários, administradores, intérpretes, chefe de secretaria, secretários, responsáveis pela documentação e conservação de processos, por lavrar as atas das audiências, realizar diligências judiciais, datilografar, taquígrafar. Na verdade, eles intermediam as comunicações entre as partes e o tribunal, observando a lei e os despachos dos juízes, certificando - munidos de fé pública - o que consta dos autos. Podem ainda impulsionar o feito por meio de citações e notificações de ofício.

As atribuições do serventuário e do oficial de justiça estão dispostas nas normas de organização judiciária; já os escrivães ou o chefe de secretaria estão incumbidos segundo o que estabelece o art. 152 do CPC de redigir ofícios, mandados, cartas precatórias e outros atos que pertençam ao seu ofício. Além disso, também estão encarregados de efetivar ordens judiciais, realizar citações e intimações, além dos atos que lhes forem atribuídos pelas normas de organização judiciária, uma vez que se trata de funcionário que trabalha diretamente com o juiz; devem ainda comparecer às audiências e, no caso de impedimento, designar alguém que o faça; são responsáveis ainda pela manutenção e guarda dos autos, não permitindo que os autos físicos saiam do cartório, salvo quando tenha que ir para a conclusão com o juiz, vista a procurador ou a defensor, ou ao Ministério Público, e à Fazenda Pública; no caso também de serem remetidos ao contabilista ou ao partidor; ou mesmo remetidos a outro juízo em função da modificação da competência. Outra atribuição seria a de fornecer certidão de ato ou termo do processo, independentemente de despacho, atendendo às normas que dispõem sobre o segredo de justiça; além disso podem ainda praticar atos ordinatórios de ofício sob a regulamentação do juiz titular.

A responsabilidade do oficial de justiça está formalizada no art. 154 do CPC, tendo eles a função de executores judiciais, munidos de fé pública, que, por ordem do juiz a que está subordinado, realiza pessoalmente as citações, prisões, penhoras, arrestos e outras diligências atribuídas ao seu ofício, não sendo obrigatória, mas recomendável a presença de duas testemunhas. O oficial deve certificar o dia e o horário em que recebe o mandado e, por sua vez, executá-lo no prazo de quarenta e oito horas, exceto por motivo de força maior

²⁵ MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo II. Rio de Janeiro, Forense, 1973, pp. 354 a 377.

devidamente comprovado. Como executor das ordens judiciais é, portanto, parte desinteressada.²⁶

No caso do perito ele auxilia tecnicamente o juiz, por meio de seus atos (exame, vistoria e avaliação), munido de toda sua diligência, a formar o julgamento de fato e de direito com a finalidade de que esse último decida a questão e no prazo que a lei lhe assina. Ele é pessoa desinteressada na relação jurídica processual, que é chamada a integrar à lide por conta de seus conhecimentos científicos, industriais, artísticos, tecnológicos, a exemplo do diagnóstico médico e do laudo do engenheiro, os quais contribuem para que o juiz conclua quais os fundamentos para a declaração da sentença. Lembrando que o parecer do perito apenas auxilia, não vincula o juiz, razão pela qual existe o princípio da não-adstrição do juiz ao laudo²⁷.

É permitido ao perito recusar o encargo por motivo legítimo, seja nos casos de impedimento, de suspeição, ou em razão de seu estado de saúde ou necessidade. Ele possui compromisso com a verdade e caso ele preste alguma informação inverídica, poderá ficar inabilitado pelo período de dois anos em virtude dos prejuízos que causou à parte, independentemente das penas estabelecidas no direito penal²⁸.

Já o depositário ou administrador ficam responsáveis pela guarda e conservação dos bens penhorados, arrestados, sequestrados e arrecadados e recebem para exercer tal ofício, sem qualquer interesse na causa, sendo tal remuneração fixada pelo magistrado de acordo com a situação dos bens, com o tempo de serviço, além das dificuldades de sua execução. Faculta-se ao depositário ou administrador nomear um ou mais prepostos para exercer o seu encargo. Durante esse encargo, caso o administrador ou depositário causem danos à parte, responderão por dolo ou culpa e conseqüentemente perderão a sua remuneração, exceto as despesas que tiveram no exercício de sua função²⁹.

Do mesmo modo, o intérprete é nomeado pelo juiz com o objetivo de traduzir documento redigido em língua estrangeira, além de analisar documento de cunho duvidoso, a exemplo dos que utilizam símbolos ou sinais; podem também serem chamados para traduzir a

²⁶ MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo II. Rio de Janeiro, Forense, 1973, pp. 420 a 423.

²⁷ MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo II. Rio de Janeiro, Forense, 1973, pp. 423 a 427.

²⁸ MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo II. Rio de Janeiro, Forense, 1973, pp. 429 a 430.

²⁹ MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo II. Rio de Janeiro, Forense, 1973, pp. 429 a 432.

linguagem mímica dos surdos-mudos, uma vez que esses últimos não podem exprimir a vontade por escrito; e também converter para o português as declarações tanto das partes como das testemunhas as quais não conhecem o idioma nacional. Para exercer a função de intérprete, a lei estabelece algumas exigências, tais como: ele deve ter a livre manifestação dos seus bens; não pode ser testemunha, perito ou parte no processo; não pode haver impedimento ou suspeição; não pode haver sentença penal condenatória com trânsito em julgado seja com eficácia mediata ou imediata de inabilitação ao exercício da profissão³⁰.

O intérprete é também parte desinteressada e tem o dever de prestar o serviço, cumprindo os prazos, exercendo o trabalho com diligência e exatidão, só podendo se livrar do encargo no caso da ocorrência de matéria legítima ou com o surgimento superveniente de algum impedimento. O intérprete que traduzir documento que não corresponda ao que foi escrito ou que não corresponda aos sinais ou símbolos, responderá por culpa. Caso isso ocorra, o intérprete deverá comunicar imediatamente, podendo ser nomeado intérprete em outra Comarca ou mesmo advir de um Estado estrangeiro³¹.

1.2) Sujeitos Principais e Auxiliares

Como já explicado nos tópicos anteriores, tanto ao abordar sujeitos interessados e não interessados como no tópico que trata dos sujeitos do processo, foi discorrido o conceito de partes, que são aqueles sujeitos que participam do processo fazendo o pedido de tutela ou tendo contra eles feito o pedido de tutela, englobando o autor e o réu, pólos ativo e passivo na demanda, quem formula e contra quem é formulado o pedido, ou melhor, sujeitos principais da demanda.

Assim como as partes do processo são sujeitos principais, a despeito de o juiz não ter interesse próprio, ser sujeito completamente desinteressado, ele é um dos sujeitos principais na demanda, uma vez que sua tarefa, confiada pelo Estado, é exatamente a de resolver as questões entre as partes, minimizando os conflitos.

Já os sujeitos auxiliares, como o próprio nome já diz, são aqueles serventuários que auxiliam o juiz na realização dos atos processuais, tais como: o escrivão; o oficial de justiça; o perito; o depositário e o administrador; o intérprete.

³⁰ MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo II. Rio de Janeiro, Forense, 1973, pp. 434 a 435.

³¹ MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo II. Rio de Janeiro, Forense, 1973, pp. 435 a 436.

É o oficial de justiça que estabelece a relação processual de conhecimento e de execução por intermédio da citação, exercendo pessoalmente a comunicação de atos, seja um cumprimento de mandado liminar de manutenção ou reintegração de posse; um mandado proibitório; embargo de obra nova; efetivando um arresto, um sequestro, uma busca e apreensão, apreendendo um título, efetivando medidas provisionais diversas e outras³².

Caso o réu ou o executado se recusem a cumprir com o mandado em um ato de apreensão ou execução judicial, o oficial poderá se valer do auxílio da força policial realizando o arrombamento de portas ou fechaduras.

É o escrivão que é responsável, dentre outras ações, pela redação dos ofícios, mandados e cartas precatórias; pela execução das ordens judiciais, por meio de citações e intimações, além de outros atos os quais lhes forem atribuídos pelas normas de organização judiciária; incumbe a ele também o comparecimento às audiências ou, caso esteja impedido de comparecer, que seja substituído por um escrevente juramentado, que poderá ser um datilógrafo ou taquígrafo; manter sob sua responsabilidade e guarda os autos do processo, não permitindo que esses últimos saiam do cartório a não ser que sejam remetidos para a conclusão do juiz; que seja concedida vistas aos procuradores, ao Ministério Público ou à Fazenda Pública; para remessa ao contador ou partidor; ou quando a competência for modificada para outro Juízo. Incumbe a ele também, independente de despacho, expedir certidão sobre qualquer ato ou termo do processo. Tais funções dos escrivães podem ser desempenhadas pelos secretários ou chefes de secretaria. Os serventuários estão sujeitos aos mesmos critérios de impedimento e suspeição dos juízes³³.

Já o perito somente atua nos autos do processo quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, cabendo ao juiz nomeá-lo e às partes impugnarem a referida nomeação. É, de fato, um auxiliar da justiça, uma vez que seu cargo não se encontra dentro das leis de Organização Judiciária, em função não só da grande diversidade de especializações, como também à escassez de técnicos habilitados. O perito auxilia o magistrado, de modo que irá responder aos quesitos formulados pelas partes de acordo com sua capacidade e conhecimentos especiais, analisando detidamente o objeto da perícia. Embora o juiz não esteja obrigado a se ter ao laudo pericial, geralmente ele o adota,

³² FADEL, Sergio Sahione. **Código de Processo Civil Comentado**, tomo I. Rio de Janeiro, José Konfino, 1974, pp. 250 a 251.

³³ FADEL, Sergio Sahione. **Código de Processo Civil Comentado**, tomo I. Rio de Janeiro, José Konfino, 1974, pp. 250 a 251.

especialmente quando em conformidade com as demais provas dos autos³⁴.

O perito tem um prazo fixado pelo juiz de pelo menos 20 (vinte) dias antes da audiência de instrução e julgamento para apresentar o laudo, mas ele pode recusar o encargo caso tenha um motivo legítimo, como o fato de não conseguir efetivar no prazo estabelecido por algum motivo especial ou pessoal; ou se carecer de conhecimento técnico ou científico específico para a matéria objeto da perícia; ou existir qualquer impedimento ou suspeição.

É o perito que irá fornecer elementos seguros para que o juiz tome uma decisão. Caso preste informações inverídicas agirá com dolo, e caso negligencie ou não busque a verdade, agirá com culpa, sujeitando-se às perdas e danos. Nesse caso de apuração da responsabilidade do perito não haverá necessidade de um processo autônomo, uma vez que é suficiente uma decisão interlocutória nos próprios autos. Dentro desse contexto, a sanção ao perito é cumulativa e não alternativa, com a consequente inabilitação do perito para atuar em outros processos pelo prazo de 2 (dois) anos, independente da abertura de um processo criminal através da notificação do representante do Ministério Público³⁵.

Ao contrário do perito que não possui suas atribuições dispostas na Lei de Organização Judiciária, o depositário ou administrador possuem suas funções descritas na referida Lei. Também são considerados auxiliares da justiça devendo funcionar em todas as penhoras, arrestos, sequestros, buscas e apreensões de bens móveis, imóveis, rendas, títulos, dinheiro e jóias, mantendo sob sua guarda e conservação os bens os quais foram arrecadados do ausente. A regra é que o depositário não pode se negar a manter os bens que lhes foram confiados, sob pena de ser considerado depositário infiel.

No caso dos bens móveis e imóveis é obrigatória a sua guarda e conservação pelo depositário; em se tratando de dinheiro, joias, títulos de crédito, esses serão depositados nas Instituições Financeiras oficiais, tais como Banco do Brasil e Caixa Econômica; em se tratando de Empresa Concessionária o depositário será um de seus diretores. Portanto, a depender do bem, existem algumas particularidades, contudo, a atuação do depositário está

³⁴ FADEL, Sergio Sahione. **Código de Processo Civil Comentado**, tomo I. Rio de Janeiro, José Konfino, 1974, pp. 253 a 255.

³⁵ FADEL, Sergio Sahione. **Código de Processo Civil Comentado**, tomo I. Rio de Janeiro, José Konfino, 1974, p. 256.

condicionada aos casos em que a lei não estabeleça de outra forma³⁶.

Evidente que o depositário não terá direito a voto em uma Assembleia Geral da Companhia somente pelo fato de possuir sob sua guarda as ações de uma sociedade anônima. Os depositários recebem remuneração mediante o pagamento de custas ou taxas fixadas nos regimentos internos, podendo o juiz nomear prepostos para auxiliarem no serviço ciente de que isso também resultará em um aumento de despesa. Tal remuneração leva em conta não só a situação dos bens ao tempo do serviço como também as dificuldades de sua execução³⁷.

Caso o depositário não tenha o cuidado e diligência com a guarda e conservação da coisa que costuma com o que lhe pertence, restituindo-a com todos os frutos e acréscidos quando exigido pelo depositante, e causando prejuízos a esse último, ele tanto responderá por dolo ou culpa como perderá a remuneração arbitrada, incidindo no presente caso tanto a sanção civil como a penal. Em ambos os casos o depositário poderá reaver o que gastou no exercício do seu encargo, inclusive o montante que houver pago ao preposto³⁸.

Tal como a de quaisquer auxiliares é de muita importância a função do intérprete, apesar deste último intervir em poucas ocasiões, devendo ser juridicamente capaz, ter a livre administração dos seus bens, além de não estar inabilitado para o exercício da profissão por sentença condenatória. É da responsabilidade do intérprete a tradução de documentos estrangeiros; a ouvida de testemunhas que não saibam o idioma local (português), devendo o depoimento dessas últimas ser tomado por termo nos autos; bem como a identificação dos sinais dos surdos-mudos. A remuneração do intérprete é custeada pela parte interessada após o arbitramento dos seus honorários pelo magistrado. Caso o intérprete preste alguma informação falsa por culpa ou dolo, ficará não só inabilitado de atuar em outros processos pelo período de dois anos, como ainda responderá pelo crime (sanção penal), independente do pagamento de indenização por perdas e danos³⁹.

1.2.1) O Advogado como Sujeito Auxiliar

³⁶ FADEL, Sergio Sahione. **Código de Processo Civil Comentado**, tomo I. Rio de Janeiro, José Konfino, 1974, p. 257.

³⁷ FADEL, Sergio Sahione. **Código de Processo Civil Comentado**, tomo I. Rio de Janeiro, José Konfino, 1974, p. 258.

³⁸ FADEL, Sergio Sahione. **Código de Processo Civil Comentado**, tomo I. Rio de Janeiro, José Konfino, 1974, p. 259.

³⁹ FADEL, Sergio Sahione. **Código de Processo Civil Comentado**, tomo I. Rio de Janeiro, José Konfino, 1974, p. 260 e 261.

O antigo Código de Processo Civil – Lei 5.869 de 1973 estabelecia em seu artigo 36 que a parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado, sendo-lhe lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver.

Nota-se que o referido artigo considera a possibilidade do exercício da advocacia em causa própria mesmo que a parte não tenha habilitação legal para tanto, desde que não exista advogado no lugar ou que haja recusa ou impedimento dos que estiverem naquela localidade, evidenciando o caráter auxiliar do procurador habilitado nesses casos.

A regra geral é que a parte, mesmo sendo capaz de estar em juízo, é vedada de requerer quaisquer pedidos no processo se não tiver habilitação legal. O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil de 1963 estabeleceu que somente os advogados, estagiários e provisionados são capazes de estar em juízo. Já a Lei nº 8.906 de 04 de julho de 1994 em seu art. 3º estabelece que o exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e que não estejam incompatibilizados, impedidos ou suspensos de a exercer.

O provisionado, segundo o Estatuto anterior, é aquele que depois de se submeter a exame perante uma comissão formada por 3 advogados, recebe uma autorização do presidente da Ordem dos Advogados para exercer uma procuradoria judicial por 4 (quatro) anos em 3 comarcas sob a condição de em qualquer uma delas não existirem profissionais em número maior do que 3⁴⁰. A esses provisionados é autorizada a atuação somente em primeira instância, uma vez que na segunda instância já existem advogados em número suficiente atuando na Capital.

Ainda com relação ao Estatuto da Ordem anterior – Lei nº 4.215 de 1963, mais especificamente o seu art. 75 estabelece que é permitido à parte defender seus próprios direitos em três situações sendo todas elas autorizadas por juiz competente, quais sejam: não existindo advogado ou provisionado na sede do juízo; quando esses últimos se recusarem ao patrocínio da causa ou estiverem impedidos ou mesmo a parte entender não se tratam de profissionais de sua confiança. Nesses casos, portanto, o advogado passa a ser considerado como sujeito auxiliar.

⁴⁰ TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Civil**, São Paulo, 2ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1976, v. 1, p. 185.

CAPÍTULO II. ASPECTOS RELEVANTES DA ATUAÇÃO FAZENDÁRIA EM JUÍZO

2) A Pessoa Jurídica como Sujeito Processual

A pessoa jurídica é uma entidade munida de personalidade jurídica, cuja criação não ocorre de forma indiscriminada, mas está condicionada às espécies enumeradas dentro do ordenamento jurídico. Pode ser composta pela reunião de pessoas como por exemplo: entes estatais, sociedades e associações; ou por uma universalidade de bens (fundações).

A pessoa jurídica pode ser classificada da seguinte forma: de direito público interno ou externo; de direito privado podem ser civis em sentido estrito ou empresariais.

As pessoas jurídicas de direito público externo são aquelas criadas na ordem internacional, cuja formação possui natureza constitutiva e a partir do reconhecimento de uma comunidade de Estados estrangeiros e soberanos a exemplo da Santa Sé, ONU, OEA, UNESCO, MERCOSUL etc. Sendo assim, a personalidade jurídica de direito público é consequência de dois atos: soberania e autonomia, sendo ambos adotados segundo as regras e princípios de cada poder. No âmbito internacional, o princípio que rege a pessoa jurídica de direito público externo é o direito das gentes e se trata de um princípio da solidariedade entre os povos.

As pessoas jurídicas de direito público interno são criadas por lei ou ato administrativo, e são formadas pela União Federal, pelos Estados-membros, Distrito Federal, Territórios, Municípios, Autarquias e Fundações. Na época do Império existiam as Províncias que possuíam somente autonomia administrativa; com a proclamação da República essas Províncias foram transformadas em Estados membros com poderes de organização, administração e governo. Tanto os Estados-membros como o Distrito Federal são criações da Constituição Federal, mais precisamente da constituinte originária com poderes ilimitados de criar, desmembrar, lembrar e até extinguir. Já a constituinte derivada não possui tais poderes. É exatamente em virtude do poder constituinte originário que qualquer alteração no Estado-membro somente pode ocorrer pela mesma forma em que aquele Estado foi instituído, ou melhor, por meio de plebiscito mediante aprovação tanto por parte da população diretamente interessada, como por parte do Congresso Nacional por meio de lei complementar. Essa última lei pode também instituir um Território. Já o Distrito Federal só pode ser modificado por intermédio de uma emenda constitucional.

A criação dos Municípios ocorre por meio do Estado em que aquele Território se encontrar, através de lei com a aprovação da população em um plebiscito, e após a publicação

de estudos de viabilidade municipal. E, por último, as autarquias e fundações são criadas a partir de uma lei ordinária.

Mesmo sendo pessoa jurídica de direito público, essa última pode ser revestida com a forma de direito privado, contudo, não pode ter finalidade privada. Ao contrário da pessoa jurídica de direito privado que pode sim ser revestida da forma de direito público e ter finalidade pública, sem deixar de ter caráter privado. Contudo, se a pessoa jurídica de direito privado se transformar em pessoa jurídica de direito público necessariamente ela precisa ter finalidade pública, a exemplo de fundações criadas por Estados-membros como sendo de direito privado na Constituição de 1967 e que foi transformada em direito público pela Constituição de 1988.

Enquanto as pessoas jurídicas de direito público são criadas por lei ou ato administrativo, as de direito privado são criadas por particulares. Essas últimas se subdividem em civis em sentido estrito e empresariais. As civis em sentido estrito são formadas pelas associações profissionais, pias religiosas, científicas, culturais, esportivas, de lazer; fundações privadas; sindicatos; partidos políticos; sociedades simples; cooperativas. Enquanto as empresariais são sociedades que realizam atividade econômica organizada seja produzindo ou circulando bens, seja prestando serviços; além das sociedades de economia mista e as empresas públicas.

Uma pessoa jurídica pode ser criada livremente desde que não tenha uma finalidade ilícita, dependendo apenas de registro público – inscrição dos atos constitutivos, contratos sociais, estatutos e compromissos - segundo o princípio da determinação normativa, contudo, em alguns casos necessita de autorização estatal a exemplo das fundações cujo estatuto depende de sua aprovação no órgão do Ministério Público.

Enquanto as associações e fundações devem ser registradas no Registro Civil das Pessoas Jurídicas; as empresas obtêm sua inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis. Existem ainda as sociedades, associações e fundações sem personalidade jurídica, cuja eficácia depende das suas relações entre os sócios e terceiros. Só adquire personalidade a pessoa jurídica que detém o registro, ao contrário das pessoas físicas cujo registro possui natureza declarativa e não constitutiva.

Existem alguns motivos que podem ocasionar à dissolução de uma sociedade ou associação, tais como: quando a sociedade atingiu o seu prazo final ou tiver sido satisfeita a sua condição resolutiva; pela maioria dos votos dos sócios ou associados, exceto se os atos constitutivos dispuserem de modo diverso; o surgimento de uma norma jurídica que exclua a espécie de pessoa jurídica; uma decisão judicial que anule o ato constitutivo ou decrete sua

nulidade; morte do último dos sócios; quando não tiver o número mínimo de sócios que lei determinar; quando for retirada a autorização do Estado nos casos em que necessitar dela para sua existência; quando for alcançada a sua finalidade ou for constatada a sua inexecutabilidade. Mesmo no caso de dissolução, a sociedade ou associação podem continuar existindo com o registro de sua personalidade jurídica, essa última só deixa de existir com a averbação da dissolução ou uma sentença judicial transitada em julgado constatando a ilicitude de sua finalidade⁴¹.

Já a liquidação da pessoa jurídica não se trata de caso de dissolução, e sim de apuração de haveres, como no caso da saída de algum sócio, sendo necessária para delimitação de suas obrigações e responsabilidades, assim como do destino do patrimônio⁴².

Apesar de regra geral as pessoas jurídicas serem consideradas entidades autônomas, completamente distintas das pessoas que as integram ou criam, daí o surgimento do princípio da inconfundibilidade das personalidades dos sócios e da sociedade, no direito brasileiro existe uma exceção a esse princípio quando ocorre a desconsideração da personalidade jurídica, responsabilizando os sócios e os administradores pelas obrigações da pessoa jurídica, e tal fato é decorrente da utilização indevida dessa pessoa jurídica, seu uso para fins ilícitos ou imorais, com desvio de finalidade, quando há confusão patrimonial, abuso de direito ou excesso de poder em detrimento de terceiro, incluindo o poder público⁴³.

De acordo com o art. 75, VIII do Código de Processo Civil de 2015, as pessoas jurídicas serão representadas em juízo ativa e passivamente por quem seus atos constitutivos designarem, ou, não havendo designação por seus diretores. Embora o ordenamento jurídico utilize o termo “representação em juízo”, a doutrina distingue representação de apresentação.

É por meio das pessoas físicas as quais as compõem que as pessoas jurídicas são representadas, são àquelas que manifestam a vontade dessas últimas. Geralmente essas pessoas físicas são formadas pelos administradores que integram as sociedades, associações...É o estatuto ou ato constitutivo que designa o representante, mas caso tais

⁴¹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano de eficácia**, 1ª parte. 2ª ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2004, p. 160 e 161.

⁴² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano de eficácia**, 1ª parte. 2ª ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2004, p. 161.

⁴³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano de eficácia**, 1ª parte. 2ª ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2004, p. 155.

registros não realizem essa designação serão os administradores que irão representar a pessoa jurídica⁴⁴.

Quando a pessoa jurídica é estrangeira elas têm que obedecer à lei do Estado em que se constituírem e não poderão ter filiais, agências ou estabelecimentos no Brasil, por exemplo, antes dos seus atos constitutivos serem aprovados pelo Governo brasileiro, devendo estar sujeitas à lei brasileira, como dita o art. 11, § 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

O art. 75, X do CPC estabelece que a pessoa jurídica estrangeira será representada em juízo pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal instalada no território brasileiro, ou melhor, em qualquer estabelecimento seja qual for o nome ou situação do referido estabelecimento desde que situado no Brasil. Será o gerente da filial ou agência que receberá a citação, mesmo que a lei do país de constituição dessa pessoa jurídica disponha de modo diverso. A legislação estabelece dessa forma para facilitar o ato de citação, não excluindo, portanto, no referido caso, a aplicação da Teoria da Aparência⁴⁵.

Inclusive a Corte Especial do STJ ao homologar a sentença estrangeira de nº 410 firmou esse entendimento de que se fosse exigida uma qualificação especial atribuída justamente pela citanda para que um determinado funcionário fosse responsável por receber as citações esse fator inviabilizaria não só o próprio ato citatório como o acesso à justiça⁴⁶.

2.1) A Fazenda Pública como sujeito do processo

A Fazenda Pública está relacionada com à gestão econômico financeira do ente público, e, portanto, está intrincada com o termo Erário. Dentre os órgãos que formam a estrutura da Fazenda se encontram o Ministério da Fazenda ligado à estrutura administrativa da República Federativa do Brasil e à Secretaria da Fazenda ligada à estrutura estatal, responsável pela arrecadação de tributos estaduais e ao controle da execução orçamentária da administração estadual. Ambos são órgãos despersonalizados e pertencentes respectivamente à União e ao Estado⁴⁷.

⁴⁴ MARTINS, Pedro Batista. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Vol I, Rio de Janeiro: Revista Forense, 1940, p. 264.

⁴⁵ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Vol II (arts. 70 a 118), 2 ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 44.

⁴⁶ STJ. HDE nº 410 – EX. Relator o Ministro Benedito Gonçalves. Corte Especial. DJ: 26/11/2019.

⁴⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**, 16ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1.

No âmbito do direito processual civil a expressão Fazenda Pública significa Poder Público em Juízo, pessoa jurídica de direito público em juízo, se refere, na verdade, à personificação do Estado em juízo independentemente se a ação versa ou não sobre matéria financeira ou fiscal. Quando se fala em Fazenda Pública como pessoa jurídica significa necessariamente àquelas de direito público⁴⁸.

Portanto, ao tratar de Fazenda Pública obrigatoriamente se faz alusão a todos os entes integrantes da Administração Direta: União, Estados, Municípios e Distrito Federal; bem como a dois dos entes pertencentes à Administração Indireta, quais sejam: Autarquias e Fundações, isso porque os demais entes integrantes dessa última – empresas públicas e sociedades de economia mista se caracterizam como pessoas jurídicas de direito privado, e, portanto, não compreendem a Fazenda Pública⁴⁹.

As agências, cuja natureza jurídica é de autarquia especial, também estão inseridas dentro do rol das pessoas jurídicas de direito público com a finalidade de exercer atividade pública e se subdividem em executivas ou reguladoras, enquanto as primeiras são assim designadas quando as autarquias ou fundações pactuam contrato de gestão com a Administração Direta para estabelecer balizas de desempenho e se destinam às atividades administrativas e eventualmente econômicas propriamente ditas; as segundas possuem competência normativa, ou seja, regulam a prestação de serviço público pelos particulares e a atuação desses últimos nas atividades econômicas privadas de interesse coletivo, submetem questões em que a Administração exerce poder de polícia. Contudo, nada impede que uma agência executiva exerça poder normativo e uma agência reguladora exerça função executiva⁵⁰.

Além das agências, as associações públicas também integram o conceito de Fazenda Pública em função da formação de um consórcio público. Esse último pode se apresentar tanto como uma associação pública como com uma pessoa jurídica de direito privado, quando constituído sob a forma de associação pública possui natureza jurídica de direito público⁵¹.

⁴⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**, 16ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1.

⁴⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**, 16ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 2.

⁵⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**, 16ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2019, pp. 3 a 4.

⁵¹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**, 16ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 4.

A despeito de fazer parte da Administração Pública Indireta, as sociedades de economia mista e as empresas públicas possuem natureza jurídica de direito privado e, portanto, não integram a Fazenda Pública como os demais entes pertencentes à referida Administração⁵².

Ricardo Lobo Torres entende que há dois conceitos de Fazenda Pública, um objetivo e outro subjetivo:

A Fazenda Pública, objetivamente considerada, é o complexo dos recursos e obrigações financeiras do Estado. Constitui-se pelos recursos públicos, que compreendem assim os direitos criados pela legislação e consignados no orçamento (créditos tributários, direitos derivados da emissão de títulos da dívida pública, direitos patrimoniais) como os ingressos, isto é, os fundos que efetivamente afluem ao Tesouro (prestações tributárias, produtos da dívida pública, rendimentos patrimoniais). Abrange também as obrigações financeiras, assumidas de acordo com a permissão da lei ou a prévia autorização do orçamento. A Fazenda Pública, subjetivamente considerada, confunde-se com a própria pessoa jurídica de direito público, tendo em vista que a responsabilidade do Estado é apenas financeira. Demais disso, aproxima-se do conceito de Administração Financeira, com os seus órgãos incumbidos de realizar a atividade financeira, entre os quais, nos termos do art. 37, XXII, da CF, as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, que terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio⁵³.

Em juízo a Fazenda Pública é representada por procuradores judiciais, titulares de cargos públicos distintivos de advogados inscritos na OAB e evidentemente munidos de capacidade postulatória. Como a representação do procurador judicial sucede da própria lei e do próprio elo com o ente público, não é necessário que ele junte o instrumento procuratório nos autos para regularizar tal representação. Por isso se diz que o advogado público apresenta a Fazenda Pública em juízo, se torna presente, como se verifica nos arts. 131 e 132 da Constituição Federal e cada pessoa jurídica possui sua própria representação⁵⁴. Então ele representa nos

⁵² CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**, 16ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 5.

⁵³ Torres, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**, 19ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2013, pp. 4 e 5.

⁵⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**, 16ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2019, pp. 3 a 7.

atos postulatórios e presente por ser a própria Fazenda Pública em juízo, conforme será esmiuçado abaixo.

2.1.1) Apresentação e Representação: uma distinção fundamental

Regra geral, como dispõe o art. 18 do CPC ninguém poderá pleitear em nome próprio o direito alheio, com exceção dos casos previstos no ordenamento jurídico. Mas não é sempre que a própria pessoa titular do direito material ajuíza um processo, uma vez que ela pode ser substituída por uma outra pessoa que atua em nome próprio na defesa do seu direito. Então tudo o que o representante fizer, surte efeito direto para a parte representada⁵⁵.

A representação difere da assistência e da substituição processual. Na substituição a parte se coloca no lugar do autor ou do réu e o substituto é a própria parte litigando sobre interesse alheio; enquanto o representante está no processo substituindo, no ato, a parte, quer por incapacidade dela, quer por conveniência nas hipóteses permitidas; já o assistente adere à posição de alguma das partes e, com isso, adere à postulação feita. Existem as espécies de representação, quais sejam: legal, judicial e convencional. No primeiro caso a lei determina quem irá administrar os bens ou interesses do representado; no segundo o magistrado nomeará quem irá exercer os poderes de representação; e no terceiro caso o representante recebe um mandato outorgado pelo credor.

Por outro lado, não haverá representação na presença da parte por um órgão, e sim, apresentação. O órgão apresenta a pessoa jurídica, e uma vez apresentada todos os seus atos processuais são da pessoa jurídica, tanto materialmente como processualmente. As pessoas jurídicas, incluindo as fundações, exprimem sua vontade por meio dos órgãos. Ao assinarem a declaração unilateral, bilateral ou multilateral de vontade, os diretores das pessoas jurídicas não estão praticando ato próprio e sim apresentando essas pessoas jurídicas⁵⁶.

2.1.2) Qual é a Posição Processual do Presentante?

Como dito anteriormente, a representação das pessoas jurídicas se faz por meio da designação de seu Estatuto ou por seus diretores. Nas sociedades por cotas a representação se dá por meio de indicação no contrato social, uma vez que essa sociedade não possui estatuto, sendo sua representação realizada por seus sócios gerentes ou quem estiver autorizado a

⁵⁵ PRATA, Edson. **Comentários ao Código de Processo Civil**; volume II. Tomo I (arts. 1º a 269), Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 102.

⁵⁶ MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**; Tomo I: arts. 1º a 45, Rio de Janeiro: Forense, 1979, pp. 297 e 298.

utilizar sua razão social. Se for uma sociedade sem personalidade jurídica, a representação é realizada por aquele que obtiver a administração dos bens⁵⁷.

Como dito no parágrafo anterior, caso os estatutos não designarem quem deve representar aquela pessoa jurídica, os diretores é que irão indicar. Em se tratando do ajuizamento de uma ação quaisquer de seus diretores podem exercer a função de presentante ou representante. Quando o estatuto não dispõe quem apresentará em um processo, será realizado o depoimento por qualquer órgão ou diretor, mas se quaisquer deles alegar não estar ciente do que trata a instrução processual, àquele fará a indicação de uma outra pessoa para prestar o depoimento, ou quando de sua intimação ou em audiência⁵⁸.

Com base na Teoria da Aparência, consagrada no art. 248 do CPC, caso um funcionário de uma determinada pessoa jurídica receba sem ressalvas a citação realizada por oficial de justiça, mesmo que esse funcionário não tenha poderes para tanto, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça – STJ essa citação seria válida, excepcionando a regra contida no art. 75, VIII do CPC. Essa citação somente seria nula caso o funcionário alerte para esse oficial de justiça (art. 251, III do CPC) que não possui poderes para o seu recebimento.

No caso de uma sociedade sem personalidade jurídica, como a administração dos bens pode ser exercida tanto por uma pessoa como por várias, seria mais adequado mencionar a existência de uma representação, uma vez que não existe um órgão, mas uma atribuição de poderes⁵⁹. Podem ser ajuizadas ações pela sociedade sem personalidade jurídica, e também em face dela, podendo os administradores ou os integrantes dessa sociedade atuar nessas ações, inclusive como terceiros⁶⁰.

A apresentação ocorre normalmente no caso de pessoa jurídica por se tratar de uma entidade imaginária, além disso faz alusão ao órgão, que na verdade se refere à parte do corpo e não um representante⁶¹. A pessoa jurídica de direito público interno é formada pelos órgãos

⁵⁷ FADEL, Sergio Sahione. **Código de Processo Civil Comentado**; Tomo I: arts. 1º a 199, Rio de Janeiro: José Konfino, 1974, p. 63.

⁵⁸ MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**; Tomo I: arts. 1º a 45, Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 416.

⁵⁹ MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**; Tomo I: arts. 1º a 45, Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 419.

⁶⁰ MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**; Tomo I: arts. 1º a 45, Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 440.

⁶¹ MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**; Tomo I: arts. 1º a 45, Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 412.

da União, dos Estados, do Distrito Federal, Territórios, Municípios, Autarquias, Empresas Públicas e Fundações Públicas. Cada um desses órgãos é composto por funcionários que representam a pessoa jurídica em juízo. Os Municípios são representados pelos próprios prefeitos, chefe do poder executivo local, especialmente quando não houver procuradores em número suficiente naquela localidade ou se a lei local não dispuser sobre a criação desses cargos.

No caso da massa falida ela é representada pelo síndico, que na verdade se trata de um dos maiores credores da Empresa falida com idoneidade moral e financeira; o espólio é representado pelo inventariante, exceto quando for dativo; nos casos de herança tanto vacante como jacente será nomeado pelo magistrado um curador para a administração dos bens; e a pessoa jurídica estrangeira será representada pelo gerente ou administrador de sua filial, agência ou sucursal instalada no Brasil⁶².

O art. 12 do Código de Processo Civil de 1973 estabelecia que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios seriam representados em juízo, ativa e passivamente, por seus procuradores; enquanto os Municípios seriam representados por seu prefeito ou procurador. Não havia disposição específica nesse Código para as autarquias federais, estaduais e municipais em razão de serem órgãos autônomos da Administração, que possuem patrimônio próprio, com funções específicas e personalidade jurídica, tendo em razão dessa última característica também a capacidade de ser parte⁶³.

O mencionado ordenamento jurídico de 1939, mais especificamente no seu art. 87 já dispunha a respeito dessa representação, antevendo à possibilidade de os procuradores da União receberem a primeira citação com vistas ao início de uma demanda judicial; no caso do Distrito Federal e Territórios não haveria a interferência do prefeito; e no caso dos Estados e Municípios dependeria de suas respectivas organizações judiciárias⁶⁴.

Já o Código de Processo Civil de 2015 dispõe que a União será representada em juízo pela Advocacia Geral da União, cabendo a ela as atividades de consultoria e assessoramento ao Poder Executivo⁶⁵, podendo tal representação ser exercida tanto diretamente como por

⁶² FADEL, Sergio Sahione. **Código de Processo Civil Comentado**; Tomo I: arts. 1º a 199, Rio de Janeiro: José Konfino, 1974, p. 62 e 63.

⁶³ BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. I. Rio de Janeiro, Forense, 1998, pp. 102 e 103.

⁶⁴ SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código de Processo Civil Interpretado**, Artigos 1 a 94, 2ª edição, Vol. I. Rio de Janeiro, Livraria Editora Freitas Bastos, 1940, p. 364.

⁶⁵ Lei Complementar 73 de 10 de fevereiro de 1993.

meio de órgão vinculado. Antes da Constituição Federal (CF) de 1988 era o Ministério Público Federal quem representava a União Federal em juízo. O art. 129, IX da CF dispôs sobre a vedação de o MPF em exercer a representação judicial e a consultoria jurídica das entidades públicas. Enquanto o Advogado-Geral representa a União judicialmente perante o STF, o procurador-geral a representa perante os outros tribunais superiores. Nas causas de âmbito fiscal ou tributário, a União é representada pela procuradoria-geral da Fazenda Nacional. Mesmo que o presidente da República seja advogado regularmente inscrito na OAB, ele não poderá representar a União, uma vez que além de ser essa representação uma atividade privativa dos advogados públicos, a atividade de Chefe do Executivo é incompatível com a advocacia⁶⁶.

No caso dos Estados, Distrito Federal e Municípios, não houve qualquer mudança com relação ao que o antigo Código já previa, cabendo no caso do segundo e terceiro órgãos aos procuradores efetuarem as suas respectivas representações; e no caso dos Municípios aos prefeitos e procuradores. Os procuradores do Estado fazem parte da procuradoria-geral do Estado, integrante da Administração Pública Direta Estadual. Nesse caso, ao contrário do que ocorre na União, os procuradores estaduais não dividem suas tarefas com os procuradores da Fazenda, as tarefas e as matérias são divididas entre eles. As demandas que versam sobre inventário são tratadas tanto pela Fazenda Estadual como pela procuradoria estadual⁶⁷.

Regra geral a citação é recebida tão somente por um membro da Advocacia Pública e não pelo Chefe do Executivo, mas essa regra é relativizada no caso do Município em que, regra geral, é o prefeito que irá receber a citação o qual poderá constituir advogado conferindo-lhe poderes por meio de instrumento procuratório, com exceção de quando a lei local criar o cargo de procurador. Tais disposições se encontram previstas no art. 75, I, II e III, sendo que o parágrafo quarto do mesmo dispositivo acrescenta que os procuradores do Estado e do Distrito Federal podem firmar compromisso recíproco para a prática de atos processuais em benefício de outro ente federado por meio de um convênio pactuado pelas procuradorias dos respectivos órgãos⁶⁸.

⁶⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. **A Fazenda Pública em Juízo**, 16 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, pp. 8 a 12.

⁶⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. **A Fazenda Pública em Juízo**, 16 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 13

⁶⁸ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Comentários ao Código de Processo Civil**, volume II (arts. 70 a 118), 2ª edição. São Paulo, Saraiva, 2018, p. 39.

Quanto às Autarquias e Fundações de direito público, tais órgãos serão representados por quem a lei do ente federado designar segundo o dispositivo do art. 75, IV do CPC. Essa mesma lei atribui tanto a representação em juízo de seus procuradores como de seus dirigentes e no caso de omissão caberá ao dirigente máximo a representação. No plano federal coube a representação das autarquias e fundações de direito público pela Advocacia Geral da União⁶⁹, mais especificamente à procuradoria-geral da União, a qual compete tanto a representação tanto judicial como extrajudicial desses órgãos. Tais procuradores são chamados de procuradores autárquicos ou de fundações. Pode ocorrer também que esses órgãos sejam apresentados pelos procuradores estaduais ou municipais caso as autarquias e fundações sejam estaduais ou municipais. Os procuradores federais possuem autonomia administrativa e financeira, porém se encontram vinculados e sob a supervisão da Advocacia Geral da União, com exceção dos procuradores do Banco Central do Brasil em função de uma legislação específica desse órgão, além da procuradoria-geral da Fundação Nacional do Índio. Existem ainda as autarquias especiais formadas pelas agências executivas ou reguladoras também apresentadas pelos procuradores federais⁷⁰.

2.2) O Ente Público na Relação Processual

Uma vez que a Fazenda Pública vai a juízo representar os interesses públicos em defesa do erário, ela se encontra em uma posição diferenciada dos entes privados, tanto as pessoas físicas como jurídicas, razão pela qual merece, por sua vez, um tratamento diferente desses últimos.

Como parte em um processo judicial é importante evitar condenações vultosas e grandes prejuízos para o erário por se tratar justamente de serviços utilizados pela coletividade em geral, sendo tais serviços custeados com recursos públicos.

Dessa forma, são conferidas algumas prerrogativas à Fazenda Pública, chegando a referi-las como privilégios do ente público. Ocorre que não seria realmente adequado nomear essas prerrogativas como privilégios, em razão dessa expressão dar a entender se tratar de uma vantagem destituída de qualquer fundamento, quando, na verdade, é justamente uma forma de cumprir com o princípio da isonomia ou da igualdade. Dentre as prerrogativas se encontram os prazos dilatados (em dobro – art. 180, caput, art. 183, § 1º e art. 186, § 1º), cujo

⁶⁹ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Comentários ao Código de Processo Civil**, volume II (arts. 70 a 118), 2ª edição. São Paulo, Saraiva, 2018, p. 39

⁷⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. **A Fazenda Pública em Juízo**, 16 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, pp. 15 a 17.

o início é computado da intimação por meio de carga, remessa ou meio eletrônico, da juntada do mandado cumprido ou consulta do teor da citação no caso de contestação, e no caso de recurso da intimação da advocacia pública; a remessa necessária; o ônus da prova do particular em função da aparência de legalidade dos atos administrativos; a impenhorabilidade e ausência de expropriação dos bens da Fazenda Pública, sendo a execução em face do ente público resultando na expedição, a depender da quantia, de precatório ou requisição de pequeno valor⁷¹.

Em curiosa lição, Edilson Pereira Nobre Jr. reflete sobre o tratamento dos particulares e seus respectivos advogados em comparação com os entes públicos e seus procuradores:

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 tratamento⁷².

Já com relação ao arbitramento dos honorários sucumbenciais é indiferente se o vencedor ou o vencido seja a Fazenda Pública ou o particular, tendo em vista que os honorários serão fixados pelo magistrado entre o percentual de 1 a 20% com base no valor da condenação ou do proveito econômico, conforme estabelece o art. 85, § 3º, I a V do CPC. Sendo devidos os honorários em favor do advogado público segundo o art. 85, § 19 contanto que não ultrapasse o teto dos Ministros do STF, a exceção do Mandado de Segurança onde não há a condenação em honorários. Antes desse dispositivo, o juiz seguia a regra da apreciação equitativa, a qual não o vinculava a percentuais pré-estabelecidos, no entanto esse regramento foi substituído justamente para afastar a fixação de quantias insignificantes, principalmente nas causas em que o particular era vencedor⁷³.

Não que essa regra da apreciação equitativa tenha sido extinta, uma vez que ela ainda é aplicada nas causas em que o valor do proveito econômico ou da causa for muito baixo, conforme prevê o art. 85, § 8º do CPC. Ocorre que a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça – STJ submeteu a julgamento no Recurso Repetitivo nº 1076 a definição do alcance da

⁷¹ CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. **A Fazenda Pública em Juízo**, 16 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, pp. 30 a 32.

⁷² 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, out./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=245592>>. Acesso em: 12 ago. 2022.

⁷³ 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, out./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=245592>>. Acesso em: 12 ago. 2022.

norma disposta no § 8º do artigo 85 do Código de Processo Civil nas causas em que o valor da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados. A tese firmada é a de que a fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados. Nesses casos, é obrigatória a observância dos percentuais previstos nos §§ 2º ou 3º do art. 85 do CPC – a depender da presença da Fazenda Pública na lide-, os quais serão subsequentemente calculados sobre o valor: (a) da condenação; ou (b) do proveito econômico obtido; ou (c) do valor atualizado da causa. Somente se admite o arbitramento de honorários por equidade quando, independente de condenação: o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou o valor da causa for muito baixo. Essa questão se encontra pendente de julgamento no STF – Supremo Tribunal Federal no RE 1412073⁷⁴.

Leonardo Carneiro da Cunha entende que deva existir uma uniformização de decisões jurisprudenciais, evitando-se divergências as quais desconsideram os percentuais legais para fixar os honorários de sucumbência, justamente com a finalidade de garantir o mínimo de segurança jurídica:

Os precedentes editados pelos tribunais devem ser compreendidos como produto da atividade do Poder Judiciário. E este é um só. A jurisprudência há de ser coerente, e não fruto de decisões particularizadas para cada jurisdicionado. Os tribunais precisam considerar o que já decidiram a respeito de cada assunto, devendo justificar qualquer dissenso, seja o *interno* (relativo ao próprio órgão prolator do precedente em sentido contrário), seja o *externo* (quando o precedente tiver sido editado por órgão julgador). Exige-se, enfim, o dever de autorreferência como específico dever de fundamentação. Vale dizer que o tribunal deve dialogar com os precedentes existentes, sejam os seus próprios, sejam os de outros tribunais, sobretudo os superiores, a eles se referindo para acompanhá-los, ou para deles dissentir. Nesse último caso, é preciso desincumbir-se do excessivo ônus argumentativo, demonstrando as razões pelas quais o caso concreto desvia-se do precedente e o motivo pelo qual este não se aplica. Em outras palavras, o que consta dos precedentes precisa ser compreendido como uma orientação ou discurso do Poder Judiciário para toda a sociedade. E essa orientação ou discurso há de ser coerente, de sorte que as alterações, as mudanças ou os desvios sejam efetiva e substancialmente justificados⁷⁵.

74

https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1076&cod_tema_final=1076

⁷⁵ CUNHA, LEONARDO CARNEIRO DA. **A Fixação de Honorários de Sucumbência por Equidade nos Casos de “Valor Excessivo”: Uma Análise da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.** Este artigo é

Leonardo Carneiro da Cunha entende ainda que existem mecanismos de uniformização da jurisprudência por meio dos embargos de divergência, o incidente de assunção de competência, assim como o julgamento de recursos repetitivos⁷⁶.

Existe, entretanto, uma particularidade quando o processo se encontra em fase de cumprimento de sentença, uma vez que nesse caso os honorários sucumbenciais deixam de ser arbitrados em benefício do advogado vencedor na ação quando o cumprimento não é impugnado pela Fazenda Pública, e contanto que o montante executado seja passível da expedição de precatório, isso porque em virtude de limitações constitucionais, legais e de ordem orçamentária o ente público não dispõe de recursos de forma imediata ao contrário do que ocorre no caso de pessoa física ou jurídica. A ausência de impugnação, evita a interposição de recursos protelatórios e a perpetuação do litígio, além de ser ainda menos custoso para a Administração Pública⁷⁷.

As despesas dos atos processuais serão pagas ao final pela parte vencida quando a Fazenda Pública, o Ministério Público e a Defensoria Pública a requerer, conforme disposto no art. 91, caput do CPC; já as perícias são pagas pela parte que a requereu, independente se quem houver requerido seja o particular ou o ente público, devendo estar inserida em seu orçamento a previsão de tais pagamentos; cabendo ao expropriante arcar com o custo da perícia nos casos de desapropriação; quanto ao preparo recursal e ao depósito necessário na Ação Rescisória, a Fazenda Pública, o Ministério Público e a Defensoria Pública, assim como os beneficiários da justiça gratuita estão dispensados de seu recolhimento. Contudo, a Fazenda Pública pode vir a receber a penalidade de multa caso pratique atos atentatórios à dignidade da justiça, somente sendo afastada tal imposição ao advogado público, membro do

resultado do grupo de pesquisa “Teoria Contemporânea do Direito Processual”, vinculado à Universidade Federal de Pernambuco, cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPq no endereço dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/4344783989787184. O grupo é membro fundador da “ProcNet – Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo contemporâneo”. Disponível em: [\[http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa\]](http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa). Acesso em: 14 ago. 2022.

⁷⁶ CUNHA, LEONARDO CARNEIRO DA. **A Fixação de Honorários de Sucumbência por Equidade nos Casos de “Valor Excessivo”: Uma Análise da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Este artigo é resultado do grupo de pesquisa “Teoria Contemporânea do Direito Processual”, vinculado à Universidade Federal de Pernambuco, cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPq no endereço dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/4344783989787184. O grupo é membro fundador da “ProcNet – Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo contemporâneo”. Disponível em: [\[http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa\]](http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa). Acesso em: 14 ago. 2022.

⁷⁷ 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, out./dez. 2016. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=245592>>. Acesso em: 12 ago. 2022.

Ministério Público ou da Defensoria Pública, em função desse caso ser tratado dentro do âmbito da responsabilidade disciplinar. Outra multa que pode vir a ser fixada, mesmo contra o ente público, é a de embargos de declaração protelatórios, contudo, nos casos em que a falta for reiterada e, portanto, passível do prévio depósito, os órgãos da administração pública estarão desobrigados desse depósito anterior (Art. 1026, §§ 3º e 4º do CPC)⁷⁸.

Outra prerrogativa por parte da Fazenda Pública é a intimação pessoal dos advogados públicos, dos membros do Ministério Público e da Defensoria Pública por meio de carga, remessa ou meio eletrônico, como estabelece o art. 183, § 1º do CPC; e, nos casos de decretação da revelia não se impõe a presunção de veracidade ou legitimidade para a Administração Pública, em função de seu principal objetivo que é o de resguardar direitos indisponíveis dos administrados (art. 345, II do CPC)⁷⁹.

2.2.1) Fazenda Pública é conceito referente a qualquer Ente Público

A Fazenda Pública se encontra intrincada com o conceito de Estado, ou melhor, se trata do Poder Público em juízo, se relacionando com o termo “Erário”, que nada mais é do que o aspecto financeiro do ente público. Representam esse conceito as pessoas jurídicas de direito público interno, também chamadas de entes políticos, os quais fazem parte a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; suas autarquias e fundações praticantes tanto de forma direta como indireta do poder público⁸⁰.

É importante esclarecer que a demanda não precisa versar necessariamente sobre matéria financeira ou fiscal para que uma pessoa jurídica de direito público possa fazer parte da ação judicial. Dentre os entes os quais fazem parte da Fazenda Pública, se encontram os pertencentes à Administração Direta e os pertencentes à Administração Indireta. Compõem a Administração Direta integrantes da Fazenda Pública: a União, os Estados, os Municípios e o

⁷⁸ 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, out./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=245592>>. Acesso em: 14 ago. 2022.

⁷⁹ 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, out./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=245592>>. Acesso em: 15 ago. 2022.

⁸⁰ ALVAREZ, Anselmo Prieto. **Fazenda Pública**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/466/edicao-2/fazenda-publica>. Acesso em: 15 de ago. de 2022.

Distrito Federal; enquanto a Administração Indireta seria composta pelas Autarquias e Fundações. As sociedades de economia mista, as empresas públicas e serviços sociais autônomos, destinados a fomentos públicos (ex.: Sesi, Senai, Sebrae e Sesc)⁸¹ não pertencem à Fazenda Pública uma vez que se tratam de pessoas jurídicas de direito privado. Já as agências se encontram dentro da classificação das Autarquias, mais especificamente, as especiais e se subdividem em executivas ou reguladoras⁸².

Embora as Empresas Públicas, as Sociedades de Economia Mista e os serviços sociais autônomos não componham a Fazenda Pública, existe a exceção da Empresa Brasileira de Correios e Telegráfos – ECT que, a despeito de ser uma empresa pública que exerce atividade econômica, goza de imunidade tributária, uma vez que desempenha um serviço público (serviço postal) de alta relevância, monopolizado pela União, no qual não pode ser delegado⁸³.

As agências executivas se referem às autarquias e fundações que celebram contrato de gestão com a Administração direta e exercem atividade administrativa no âmbito das funções e serviços públicos, com maior autonomia gerencial, orçamentária e financeira. Essa entidade se submete a um regime de controle tanto do seu desempenho, como de suas metas e prazos de cumprimento. Já as agências reguladoras são responsáveis pelo fomento, a normatização, a fiscalização e a sanção de atividades econômicas privadas de interesse coletivo ou a prestação de serviços públicos por particulares.

As associações públicas também se encontram dentro do conceito de pessoa jurídica de direito público e, portanto, integram a Fazenda Pública. Na verdade se tratam de consórcios públicos concebidos sob a forma de associações, encontrando fundamento no art. 41, IV do Código Civil e na Lei 11.107 de 06 de abril de 2005.

2.2.2) Apresentação e Representação da Fazenda Pública: incompatibilidade?

⁸¹ ALVAREZ, Anselmo Prieto. **Fazenda Pública**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/466/edicao-2/fazenda-publica>. Acesso em: 15 de ago. de 2022.

⁸² CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. **A Fazenda Pública em Juízo**, 16 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, pp. 2 e 3.

⁸³ CAVALCANTI, Vanessa Malveira. **O Poder Público como parte no processo**. Conteúdo Jurídico, Brasília – DF: 08 ago 2016, 04:30. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47255/o-poder-publico-como-parte-no-processo-04:30>. Acesso em: 16 ago 2022.

Para requerer quaisquer pedidos em juízo, a parte, regra geral, tem que estar munida de um instrumento procuratório outorgando poderes para o seu advogado, tendo em vista esse último ser detentor de capacidade postulatória quando devidamente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, com exceção das causas cujo valor da causa não ultrapasse a 20 (vinte) salários mínimos nos Juizados Especiais Cíveis, bem como quaisquer causas nos Juizados Especiais Federais independentemente do valor, nessas duas últimas hipóteses não é exigível a presença do advogado. Caso a parte não apresente a procuração, o juiz determinará a suspensão do prazo e concederá prazo para que esse vício seja sanado, como se observa no art. 76 do CPC. Ao decorrer o mencionado prazo sem que a parte atenda ao que foi determinado pelo magistrado regularizando a representação, os autos serão extintos sem julgamento do mérito no caso do autor; ou será decretada a revelia caso a parte for ré; ou mesmo um terceiro poderá tanto ser considerado revel como excluído dos autos, subordinando-se a sua posição na demanda. Se esse vício ocorrer em sede de recurso, esse não será conhecido caso o recorrente tenha dado causa à irregularidade, e, se for o recorrido que tenha deixado de juntar a procuração, suas contrarrazões serão desentranhadas⁸⁴.

No que se refere à Fazenda Pública existe a particularidade de nesse caso não haver a necessidade da juntada do instrumento procuratório, uma vez que os advogados do ente público – procuradores judiciais, também inscritos na OAB, os quais ingressaram dentro dos quadros da Administração mediante concurso público, possuem um vínculo legal com essa última, e, portanto, a representação no caso específico decorre de lei⁸⁵.

Como a advocacia privada é constituída por meio de uma relação negocial, um negócio jurídico, e, portanto, dependente do consentimento/anuência das partes para que se formalize, o resultado dessa formalização é justamente a elaboração de um contrato de prestação de serviços advocatícios, e, por sua vez, o documento outorgando poderes de representação processual – procuração. Em razão do cargo de procurador judicial advir de uma relação normativa, não necessitando do referido instrumento procuratório, é presumido o poder de representação desse advogado público, não havendo incompatibilidade dentro desse contexto exatamente por conta de sua função de resguardar bens e interesses da coletividade.

⁸⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. **A Fazenda Pública em Juízo**, 16 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, pp. 5 e 6.

⁸⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. **A Fazenda Pública em Juízo**, 16 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 6.

Por isso que, na verdade, quando se trata da advocacia privada se fala em representação, ao contrário do que ocorre com a procuradoria judicial, que integra a Fazenda Pública, constituindo um órgão dessa última. Desse modo, no momento em que esses membros atuam perante o Poder Judiciário com poderes gerais para o foro, na verdade, se trata da própria Fazenda Pública presente por meio desses procuradores em juízo, como prevê os arts. 131 e 132 da Constituição Federal. Dentro desse contexto, seria mais adequado se referir à atuação dos procuradores judiciais como apresentação e não representação de seus órgãos.

Cabe à Advocacia Pública promover à defesa dos interesses pertencentes às pessoas jurídicas de direito público componentes da Administração direta e indireta, como também da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios mediante apresentação perante o Judiciário. Lembrando que cada uma dessas pessoas jurídicas, conforme já discorrido em capítulo anterior, terá sua respectiva representação. A União antes da Constituição Federal de 1988 era representada pelos membros do Ministério Público Federal, com o advento dessa Carta Magna essa atribuição passou a ser da Advocacia Geral da União; no caso dos Estados a apresentação fica a cargo do procurador do estado; o Município é apresentado pelo seu prefeito ou procurador nas localidades onde existir esse cargo; o Distrito-Federal também é representado por suas procuradorias; e as Autarquias juntamente com Fundações Públicas serão apresentadas por quem a lei do ente federado designar⁸⁶.

CAPÍTULO III – TIPICIDADE E ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS A SEREM USADOS NO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Ao propor uma ação judicial, o autor tem por finalidade obter uma tutela jurisdicional de forma satisfativa e em um prazo razoável.

Não obstante, isto nem sempre vem a ocorrer. Não por outro motivo, alude Michelle Taruffo que:

(...) o problema não é simplesmente o de se prever, em abstrato, instrumento, de execução da decisão do Juiz que tem como teor uma condenação, mas de fazer de molde a que estes instrumentos sejam capazes de assegurar concretamente a atuação do direito. Também no que diz respeito a este ponto, o princípio da adequação norte-

⁸⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. **A Fazenda Pública em Juízo**, 16 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, pp. 7 a 15.

americano manifesta toda sua importância, porque se traduz na possibilidade de o Juiz individualizar o remédio executivo mais eficaz, no caso concreto. Por outro lado, também a elasticidade ínsita à determinação quantitativa das **astreintes**, na medida em que estas dizem respeito ‘à força de resistência’ do obrigado, visa a fazer com que o instrumento coercitivo desempenhe realmente a sua função. A eficácia da tutela executiva não é um objetivo que possa ser alcançado por meio de tipologias abstratas e isto aparece de forma evidente na análise dos problemas colocados com relação à atuação dos assim chamados ‘novos direitos’.⁸⁷

De um ponto de vista estritamente normativo, com esteio em Alexs Gonçalves Coelho e Vinicius Pinheiro Marques, é de se ressaltar que a previsão desse tipo de tutela está tanto no ordenamento jurídico brasileiro, art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal e art. 4º, do Código de Processo Civil (lei n. 13.105/2015), como no plano internacional – Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica):

O direito à tutela jurisdicional tempestiva decorre, no plano internacional, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), que, em seu art. 8º, inciso I, dispõe o seguinte:

Art. 8. Garantias Judiciais.

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

No âmbito do ordenamento positivo brasileiro, o direito à tutela jurisdicional tempestiva decorre do disposto no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, que reza que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Tal dispositivo consagra o princípio constitucional da razoável duração do processo. Ademais, no plano infraconstitucional, o direito à tutela jurisdicional tempestiva encontra amparo no art. 4º, do Código de Processo Civil (lei n. 13.105/2015), que reza que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”⁸⁸.

Ao obter a resolução integral de sua demanda de mérito, inicia-se a fase de execução. Ocorre que, ao se deparar com o descumprimento da obrigação de forma voluntária o próprio ordenamento jurídico estabelece a determinação de medidas executivas com a finalidade de obrigar o executado a satisfazer a obrigação, a exemplo da imposição de uma multa, da

⁸⁷ TARUFFO, Michele. **A atuação executiva dos direitos: perfis comparísticos**. Trad. Teresa Celina de Arruda Alvim Pinto. Revista de Processo, v. 15, nº 59, São Paulo: RT, pp. 72-97, jul-set. 1990.

⁸⁸ COELHO, Alexs Gonçalves; MARQUES, Vinicius Pinheiro. **Aspectos Polêmicos das Medidas Atípicas do Art. 139, Inciso IV, do Código de Processo Civil**. Disponível em <https://www.academia.edu/91202492/Aspectos_pol%C3%AAmicos_das_medidas_at%C3%ADpicas_do_art_139_inciso_IV_do_C%C3%B3digo_de_Processo_Civil> Acesso em: 09/12/2022.

penhora *online*, e da inclusão do nome do executado nos órgãos restritivos de crédito⁸⁹. Essas são medidas típicas previamente descritas na legislação processual.

É bem verdade que não tiveram muitas inovações com o advento do Código de Processo Civil 2015, especificamente ao tratar do processo de execução e das medidas mandamentais nas obrigações de fazer e não fazer, até porque as modificações mais substanciais já tinham ocorrido com as Leis números 11.232/2005 e 11.382/2006 que dispõem respectivamente sobre o cumprimento de sentença e a execução de título extrajudicial. A principal inovação foi trazida no art. 139 do CPC, que geralmente é aplicado nos casos de exaurimento de medidas executivas, outorgando ao juiz poderes para assegurar o efetivo cumprimento de suas decisões judiciais, em especial as que envolvem prestações pecuniárias. O Código de 2015 estabeleceu no seu art. 139, IV, que incumbe ao juiz dispor sobre medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias indispensáveis para garantir o cumprimento da medida judicial, especialmente nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária. Já nas obrigações de fazer e não fazer o Código de 1973 dispunha a respeito dessas correspondentes medidas atípicas nos artigos 461, § 5º e 461-A, § 3º.

O jurista Alexandre Freitas Câmara entende que os meios executivos podem se dividir em 2 categorias: sub-rogação e coerção, uma vez que o autor entende que as duas outras medidas previstas no inciso IV do mencionado art. 139, quais sejam, as mandamentais e indutivas, enquadram-se naquelas categorias⁹⁰.

Não importa se a obrigação é de fazer ou não fazer, ou até mesmo de pagamento, o magistrado ele pode impor medidas capazes de satisfazer aquela determinada obrigação a qual não foi cumprida voluntariamente por intermédio do princípio da atipicidade, tendo como base também os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ressalvando que se trata

⁸⁹ Gundim, Wagner. **Atipicidade dos Meios Executivos à Luz do Código de Processo Civil de 2015: Limites e considerações a partir de uma visão constitucional sobre o processo**. 2020. Disponível: <https://www.academia.edu/43811714/ATIPICIDADE_DOS_MEIOS_EXECUTIVOS_%C3%80_LUZ_DO_C%C3%93DIGO_DE_PROCESSO_CIVIL_DE_2015_Limites_e_considera%C3%A7%C3%B5es_a_partir_de_uma_vis%C3%A3o_constitucional_sobre_o_processo> Acesso em 30/11/2022.

⁹⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O princípio da patrimonialidade da execução e os meios executivos atípicos: lendo o art. 139, IV, do CPC**. In Talamini, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.) Coleção Grandes Temas do Novo CPC – vol. 11 – Medidas Executivas Atípicas. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 232. Disponível: < <https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/a2427a9743d368099165bcbd2e3c45ec.pdf>> Acesso em: 08/03/2021

de uma medida subsidiária utilizada somente após esgotadas as medidas típicas, ou seja, aplicada de forma excepcional⁹¹.

No próprio art. 139, IV, não há qualquer referência a determinado tipo de restrição a que essas medidas atípicas venham a ser adotadas contra ou a favor o Poder Público.

O artigo 536 do CPC/15 também dispõe sobre essa questão, garantindo ao magistrado o poder-dever de compelir, por intermédio de uma decisão judicial que o executado cumpra com uma obrigação e, nos casos de recalcitrância, adote medidas para assegurar a satisfação do crédito do exequente frente a omissão do executado no cumprimento dessas obrigações.

O art. 536 do CPC/15 trata das medidas executivas que podem ser utilizadas nas ordens judiciais dos juízes como forma de coagir o devedor a cumprir com a obrigação de fazer ou não fazer, e essas ordens judiciais podem inclusive ocorrer em face da Fazenda Pública nas obrigações de fazer e não fazer, e se esse ente público não cumprir com a decisão judicial incorrerá nas sanções dispostas no parágrafo primeiro do mencionado dispositivo.

Ao lado dos arts. 139, IV; 536, § 1º, há também o art. 297 do CPC, todos esses dispositivos tratam das cláusulas gerais executivas, garantidores do princípio da atipicidade na efetivação das obrigações em geral por meio tanto de coerção direta como indireta. As cláusulas gerais são textos normativos cuja hipótese fática é composta por termos vagos, sendo o efeito jurídico indeterminado, e sua existência ratifica o poder criativo do poder judiciário⁹².

Alexs Gonçalves Coelho e Vinicius Pinheiro Marques destacam a vagueza e a imprecisão das medidas atípicas mencionadas no art. 139, IV do CPC, ressaltando a inexistência de um rol, seja taxativo, seja exemplificativo no mencionado dispositivo:

⁹¹ Gundim, Wagner. Atipicidade dos Meios Executivos à Luz do Código de Processo Civil de 2015: Limites e considerações a partir de uma visão constitucional sobre o processo. 2020. Acesso em 30/11/2022: <https://www.academia.edu/43811714/ATIPICIDADE_DOS_MEIOS_EXECUTIVOS_%C3%80_LUZ_DO_C%C3%93DIGO_DE_PROCESSO_CIVIL_DE_2015_Limites_e_considera%C3%A7%C3%B5es_a_partir_de_uma_vis%C3%A3o_constitucional_sobre_o_processo>

⁹² DIDIER Jr, Fredie; Cunha, Leonardo Carneiro da; Braga, Paula Sarno; Oliveira, Rafael Alexandria de. **Diretrizes para a Concretização das Cláusulas Gerais Executivas dos Arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC.** Disponível em <<file:///C:/Users/DELL/Downloads/texto%20trabalho%20cla%CC%81usulas%20gerais%20executivas.pdf>> Acesso em: 23/08/2022.

A vagueza e o indeterminismo de expressões como “medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias”, sem a especificação – ainda que num rol meramente exemplificativo – de quais seriam essas medidas a serem adotadas levou ao surgimento de interpretações as mais variadas, com a decretação, pelos magistrados – notadamente os de primeira instância –, de medidas atípicas executivas diversas, muitas delas com afetação de direitos individuais e mesmo fundamentais da parte devedora ou obrigada. Exemplo disso é a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação (CNH) e do passaporte como medidas indutivas atípicas, que têm sido decretadas com fundamento no art. 139, inciso IV, do CPC a fim de compelir o devedor/obrigado a cumprir uma decisão judicial, mesmo quando não há qualquer correlação entre o comando judicial a ser cumprido e a medida atípica adotada⁹³.

Não é uma atividade fácil a aplicação e efetivação das medidas atípicas, devendo ser observados os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da proibição de excesso, da eficiência, da menor onerosidade na execução e da separação dos poderes. Para que se concretize a premissa da proporcionalidade, além da aplicação do princípio da proporcionalidade estrita, deve haver uma adequação entre o meio e o fim; e, ainda, um questionamento se aquele meio era de fato o necessário para atingir aquele fim. O princípio da razoabilidade é aplicado levando em conta o dever de equidade, de equivalência e de congruência da norma com o caso concreto. Já o princípio da proibição do excesso resguarda uma exceção imposta ao direito fundamental. O princípio da eficiência disposto no art. 37 da Constituição Federal, bem como no art. 8º do CPC, é empregado quando um meio atinge o máximo de seu objetivo com o mínimo de recursos utilizados. E, por último, o princípio da menor onerosidade da execução, como o próprio nome já diz, corolário do princípio da proporcionalidade, é aquele que dentre as opções disponíveis, o julgador deve escolher a que menos onere o executado⁹⁴.

Leonardo Carneiro da Cunha entende que não é tão apropriado nomear como cumprimento de sentença a fase de execução nas obrigações de fazer e não fazer, uma vez que a decisão nessas obrigações esgota a tutela das situações jurídicas:

A fase de cumprimento ocorre, única e exclusivamente, para a execução de decisões que reconhecem obrigação de pagar quantia, pois nelas não se tutela satisfativamente o direito reconhecido. Nos casos de sentença condenatória de

⁹³ COELHO, Alexs Gonçalves; MARQUES, Vinicius Pinheiro. **Aspectos Polêmicos das Medidas Atípicas do Art. 139, Inciso IV, do Código de Processo Civil.** Disponível em <https://www.academia.edu/91202492/Aspectos_pol%C3%AAmicos_das_medidas_at%C3%ADpicas_do_art_139_inciso_IV_do_C%C3%B3digo_de_Processo_Civil> Acesso em: 09/12/2022.

⁹⁴ Didier Jr, Fredie; Cunha, Leonardo Carneiro da; Braga, Paula Sarno; Oliveira, Rafael Alexandria de. **Diretrizes para a Concretização das Cláusulas Gerais Executivas dos Arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC.** Disponível em <https://www.academia.edu/33168267/DIRETRIZES_PARA_A_CONCRETIZA%C3%87%C3%83O_DAS_CL%C3%81USULAS_GERAIS_EXECUTIVAS_DOS_ARTS_139_IV_297_E_536_1o_CPC> Acesso em: 25/08/2022.

obrigação de pagar, haverá, então, outra fase, que é a do cumprimento de sentença⁹⁵.

Independente da modalidade de obrigação, se de fazer, não fazer ou de pagar, ao ser intimada pessoalmente (art. 183 do CPC) do cumprimento de sentença a Fazenda Pública possui o prazo de 30 (trinta) dias para apresentar impugnação⁹⁶.

Desse modo, os parágrafos seguintes do mesmo dispositivo citado exemplificam algumas medidas típicas tais como a imposição de multa; a busca e apreensão; a remoção de pessoas e coisas; o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva. Lembrando que se tratam de casos exemplificativos.

Assim, o art. 536 do CPC, dispõe, por meio de uma lista exemplificativa, que o juiz poderá “impor multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.”

É possível, segundo Didier Jr., que o juiz determine qualquer medida que, à luz do caso concreto, seja necessária, razoável e adequada para a efetivação do direito ameaçado ou lesado⁹⁷.

Daí surge a necessidade, conforme entende o professor Didier Jr., de o magistrado interpretar esse direito como se interpretam os direitos fundamentais, a fim de dar-lhes o máximo de eficácia; afastar, aplicado o princípio da proporcionalidade, qualquer regra que se coloque como obstáculo; e ter o poder-dever de adotar os meios executivos que se revelem necessários à prestação integral da tutela executiva, ainda que não previstos em lei ou por ela expressamente vedados⁹⁸. A despeito de o Código de Processo Civil dispor sobre faculdade ou ainda poder discricionário do juiz ao aplicar medidas coercitivas na obtenção da tutela específica nos cumprimentos de sentença, especificamente no que tange às obrigações de fazer e não fazer, trata-se, na verdade, de um poder-dever, uma vez que incumbe ao juiz utilizar de todos os meios possíveis para a efetivação de seus julgados.

⁹⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. **A Fazenda Pública em Juízo**, 16 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 363.

⁹⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. **A Fazenda Pública em Juízo**, 16 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 367.

⁹⁷ DIDIER JR, Freddie et al. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2007. v. 2.

⁹⁸ Disponível em < <https://gerardoveras.jusbrasil.com.br/artigos/561308284/a-sentenca-de-obrigacao-de-fazer-e-nao-fazer-e-as-medidas-de-apoio-para-seu-eficaz-cumprimento>> Acesso em: 07/03/2021

Importante esclarecer ainda que é desnecessário que tais medidas coercitivas integrem os pedidos da inicial ou que o juiz se restrinja às medidas requeridas na mencionada peça, em razão de fazer parte justamente dos seus poderes para compelir o devedor ao cumprimento de uma obrigação a qual foi condenado, razão pela qual tais medidas podem ser cominadas ex officio. Dessa forma, não há violação ao princípio da congruência, segundo o qual a decisão deve ficar adstrita ao pedido formulado pela parte, quando o juiz se utiliza de alguma medida coercitiva no cumprimento das obrigações de fazer e não fazer. Marinoni assim se posiciona em sua doutrina:

A necessidade de dar maior poder ao juiz para a efetiva tutela dos direitos, espelhada, em primeiro lugar, na quebra do princípio da tipicidade das formas executivas e na concentração da execução no processo de conhecimento, trouxe, ainda, a superação da ideia de absoluta congruência entre o pedido e a sentença.

(...)

Note-se que a superação dessa ideia é uma consequência lógica da quebra do princípio da tipicidade dos meios executivos e da concentração da execução no processo de conhecimento, uma vez que todas elas se destinam a dar maior mobilidade ao juiz – e assim maior poder de execução. A ligação entre tudo isso, ademais deriva do fato de que a regra da congruência, assim como o princípio da tipicidade e a separação entre conhecimento e execução, foi estabelecida a partir da premissa de que era preciso conter o poder do juiz para evitar o risco de violação da liberdade do litigante. Tanto é verdade que, quando se pensa em congruência, afirma-se que sua finalidade é a de evitar que a jurisdição atue de ofício, o que poderia comprometer sua imparcialidade (...) ⁹⁹.

Desse modo, não devemos enxergar o princípio da congruência como absoluto, em razão da quebra do princípio da tipicidade dos meios executivos e da concentração da execução no processo de conhecimento, tendo em vista que o objetivo principal do processo civil atualmente é proporcionar maior mobilidade ao juiz, para que esse tenha maiores poderes executivos.

Uma outra curiosidade é que mesmo nos casos em que a obrigação de fazer e não fazer esteja consubstanciada em um título executivo extrajudicial e não judicial, também será possível a execução em face da Fazenda Pública tal como previsto na Súmula 279 do

⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva**. Disponível em: < <https://gerardoveras.jusbrasil.com.br/artigos/561308284/a-sentenca-de-obrigacao-de-fazer-e-nao-fazer-e-as-medidas-de-apoio-para-seu-eficaz-cumprimento>>. Acesso em: 07/03/2021.

STJ. Equiparando-se às execuções interpostas em face da Fazenda àquelas contra os particulares, previstas nos arts. 814 a 823 do CPC ¹⁰⁰.

Importante destacar ainda que a decisão que determina a aplicação de medidas coercitivas não preclui para o juízo ou não faz coisa julgada, e muito menos não integra o patrimônio do credor, uma vez que pode ser revista a todo momento, em nome da conveniência e utilidade para a obtenção da tutela específica nos cumprimentos de sentença que tratam sobre obrigações de fazer e não fazer.

O próprio art. 537 do CPC dispõe que “*O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva, obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.*”

Segundo Didier Jr., ao magistrado é lícito, seja de ofício ou a requerimento do interessado, modificar a medida coercitiva imposta, especialmente quando ela se mostrar ineficaz para a efetivação da decisão judicial ou quando se mostrar excessiva para a obtenção do resultado desejado. Segue afirmando que apesar do art. 537 do CPC se referir somente à multa, esse dispositivo deve ser interpretado de forma ampla para abranger toda e qualquer medida coercitiva, seja direta ou indireta¹⁰¹. Essa alteração se encontra suscetível a controle pela parte que poderá se valer do Recurso de Agravo de Instrumento¹⁰².

Além de poder modificar a medida coercitiva, o juiz não está adstrito a medida proposta pela parte exequente, utilizando-se daquela que ele considere mais eficaz à concretização do direito, inclusive agindo de ofício, podendo a medida aplicada ser até mais grave, mais branda ou completamente diversa daquela pleiteada pela parte. Isso porque o pedido de aplicação da medida para cumprimento da prestação da tutela jurisdicional é completamente distinto do

¹⁰⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. **A Fazenda Pública em Juízo**, 16 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 437.

¹⁰¹ DIDIER JR, Freddie et al. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2007. v. 2.

¹⁰² Didier Jr, Freddie; Cunha, Leonardo Carneiro da; Braga, Paula Sarno; Oliveira, Rafael Alexandria de. **Diretrizes para a Concretização das Cláusulas Gerais Executivas dos Arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC**. Disponível em <<file:///C:/Users/DELL/Downloads/texto%20trabalho%20cla%CC%81usulas%20gerais%20executivas.pdf>> Acesso em: 26/08/2022.

pedido principal, uma vez que o objetivo principal é o de alcançar o resultado prático equivalente ao do adimplemento¹⁰³.

Ocorre que há exceções à aplicação de medidas pelo juiz de ofício, existindo casos em que estão sujeitas a requerimento da parte, tais como: a prisão civil do devedor de alimentos; a penhora on-line; inclusão do nome do executado no cadastro de inadimplentes; constituição de capital na execução de alimentos indenizativos. Tais medidas se encontram dentro da classificação das medidas típicas, atuam como exceção às cláusulas gerais executivas, e exigem, como já mencionado, a provocação da parte¹⁰⁴.

Como Humberto Theodoro Junior enfatiza o Poder Público também se sujeita às astreintes¹⁰⁵. Essa multa poderá ser fixada pelo juiz independentemente de pedido do autor. Adverte Leonardo Carneiro da Cunha que essa multa deverá ser paga por meio de precatório, já que esse é o procedimento adequado de pagamento para toda a ação de execução em face do ente público, contudo, essa sanção acaba sendo ineficaz para garantir o cumprimento da decisão, podendo estender-se para o agente público responsável pelo cumprimento dessa decisão¹⁰⁶.

Não há nada que impeça que a Fazenda Pública seja condenada ao pagamento dessas multas. Tal condenação deve, apenas, submeter-se à sistemática do precatório, porquanto, independentemente da natureza do crédito, as condenações impostas contra a Fazenda Pública submetem-se ao precatório, salvo se se tratar de pequeno valor (...) as astreintes têm por finalidade garantir o cumprimento da tutela específica de obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa. Tanto uma como a outra se destinam à parte lesada com a conduta ímproba ou com o descumprimento da decisão. (...) Ocorre, porém, que a Fazenda Pública, à primeira vista, não poderia sujeitar-se à multa prevista no § 2º do art. 77 do CPC, revelando-se ineficaz sua fixação. Essa multa pode, na verdade, ser imposta ao agente público responsável pelo cumprimento da ordem judicial¹⁰⁷.

¹⁰³ Didier Jr, Fredie; Cunha, Leonardo Carneiro da; Braga, Paula Sarno; Oliveira, Rafael Alexandria de. **Diretrizes para a Concretização das Cláusulas Gerais Executivas dos Arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC.** Disponível em <<file:///C:/Users/DELL/Downloads/texto%20trabalho%20cla%CC%81usulas%20gerais%20executivas.pdf>> Acesso em: 26/08/2022.

¹⁰⁴ Didier Jr, Fredie; Cunha, Leonardo Carneiro da; Braga, Paula Sarno; Oliveira, Rafael Alexandria de. **Diretrizes para a Concretização das Cláusulas Gerais Executivas dos Arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC.** Disponível em <<file:///C:/Users/DELL/Downloads/texto%20trabalho%20cla%CC%81usulas%20gerais%20executivas.pdf>> Acesso em: 26/08/2022.

¹⁰⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 413.

¹⁰⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. **A Fazenda Pública em Juízo**, 16 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, pp. 147 e 149.

¹⁰⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. **A Fazenda Pública em Juízo**, 16 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, pp. 149.

Ressalta-se que o valor da multa pode ser revisto pelo juiz, pode sofrer modificações no decorrer do procedimento executório, sem que isso compreenda ato contra o instituto da coisa julgada, como dito anteriormente. Leonardo Carneiro da Cunha afirma que ao contrário das condenações por litigância de má-fé, cuja multa deve ser superior a 1% (um por cento) e inferior a 10% (dez por cento), não há limitação de percentual ou valor relativa às *astreintes*¹⁰⁸. O jurista Theodoro Junior entende que ao ser fixada, a multa não se torna imutável, tendo em vista que o juiz da execução tem o poder de ampliá-la ou reduzi-la para mantê-la de acordo com os parâmetros necessários de “suficiência” e “compatibilidade”. Segundo o jurista, mesmo quando a multa seja fixada na sentença, o trânsito em julgado não impede sua revisão no decorrer do processo de execução, em função de ela não integrar o mérito da decisão e, sendo caracterizada como uma simples medida executiva indireta não faz coisa julgada material¹⁰⁹. Conforme entendimento atual do STJ (AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1846874 - SP (2019/0326933-2) a questão da multa, embora o tema não tenha sido propriamente enfrentado, foi admitida a sua revisão, encontrando-se de tal modo:

EMENTA AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ASTREINTES. REVISÃO DO VALOR. POSSIBILIDADE. DESPROPORCIONALIDADE RECONHECIDA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. O valor da multa cominatória (astreintes) pode ser revisto a qualquer tempo, até mesmo de ofício (CPC/2015, art. 537, § 1º), "não se revestindo da imutabilidade da coisa julgada, sendo insuscetível de preclusão, inclusive pro judicato" (AgRg nos EDcl no Ag 1.348.521/MS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, DJe de 6/11/2015). Entendimento firmado em recurso especial repetitivo (REsp 1.333.988/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, DJe de 11/4/2014) (...) Nesse sentido: AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PLANO DE SAÚDE. RECUSA INDEVIDA DE COBERTURA DE PROCEDIMENTO. DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL. REALIZAÇÃO DA CIRURGIA PELO SUS. ASTREINTES. REVISÃO DO VALOR. POSSIBILIDADE. DESPROPORCIONALIDADE. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. **O valor da multa cominatória (astreintes) pode ser revisto a qualquer tempo, até mesmo**

¹⁰⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. **A Fazenda Pública em Juízo**, 16 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 147.

¹⁰⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer**. Disponível em <<https://gerardoveras.jusbrasil.com.br/artigos/561308284/a-sentenca-de-obrigacao-de-fazer-e-nao-fazer-e-as-medidas-de-apoio-para-seu-eficaz-cumprimento>> Acesso em: 07/03/2021.

de ofício (CPC/2015, art. 537, § 1º), "não se revestindo da imutabilidade da coisa julgada, sendo insuscetível de preclusão, inclusive pro judicato" (AgRg nos EDcl no Ag 1.348.521/MS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, DJe de 6/11/2015). Entendimento firmado em recurso especial repetitivo (REsp 1.333.988/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, DJe de 11/4/2014). (...) 2. A jurisprudência desta Casa é iterativa no sentido de que a decisão que comina a multa não preclui nem faz coisa julgada material. Assim, é possível a modificação do valor dessa sanção até mesmo de ofício, a qualquer tempo, inclusive na fase de execução, quando irrisório ou exorbitante. 3. Para se verificar se o valor da multa cominatória é exorbitante ou Superior Tribunal de Justiça irrisório, ou seja, se está fora do patamar de proporcionalidade e de razoabilidade, deve-se considerar o quantum da multa diária no momento da sua fixação em vez de comparar o seu total alcançado com a integralidade da obrigação principal, tendo em vista que este critério prestigiaria a conduta de recalcitrância do devedor em cumprir a decisão judicial, além de estimular a interposição de recursos a esta Corte para a redução da sanção, em total desprestígio à atividade jurisdicional das instâncias ordinárias. (...) 2. A decisão que arbitra astreintes não faz coisa julgada material, visto que é apenas um meio de coerção indireta ao cumprimento do julgado, podendo ser modificada a requerimento da parte ou de ofício, para aumentar ou diminuir o valor da multa ou, ainda, para suprimi-la. 3. As conclusões da Corte de origem em relação ao cabimento, à proporcionalidade e à razoabilidade das astreintes, caso a decisão judicial não seja cumprida, não podem ser revistas por esta Corte Superior, pois demandaria reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado em recurso especial em virtude do óbice da Súmula nº 7/STJ. **4. O art. 537, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015 não se restringe somente à multa vincenda, pois, enquanto houver discussão acerca do montante a ser pago a título da multa cominatória, não há falar em multa vencida. Precedente.** 5. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp 1846190/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/04/2020, DJe 27/04/2020).(...) Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo interno. É como voto. TERMO DE JULGAMENTO QUARTA TURMA AgInt no REsp 1.846.874 / SP Número Registro: 2019/0326933-2 PROCESSO ELETRÔNICO Número de Origem: 21933490720188260000 0021621-60.2016.8.26.0562 216216020168260562 00017123720138260562 Sessão Virtual de 15/09/2020 a 21/09/2020 Relator do AgInt Exmo. Sr. Ministro RAUL ARAÚJO Presidente da Sessão Exmo. Sr. Ministro MARCO BUZZI AUTUAÇÃO RECORRENTE : INDUSMAR - INDUSTRIA E COMERCIO DE MOVEIS LTDA – EPP RECORRENTE : P. R. M. FRANCHISING LTDA ADVOGADOS : MARCO ANTONIO DE ALMEIDA PRADO GAZZETTI E OUTRO (S) - SP113573 REJANE CRISTINA SALVADOR - SP165906 RECORRIDO : MOACIR FERREIRA ADVOGADO : MOACIR FERREIRA (EM CAUSA PRÓPRIA) - SP121191 ASSUNTO : DIREITO CIVIL - OBRIGAÇÕES - ESPÉCIES DE CONTRATOS - COMPRA E VENDA AGRAVO INTERNO AGRAVANTE : MOACIR FERREIRA ADVOGADO : MOACIR FERREIRA (EM CAUSA PRÓPRIA) - SP121191 AGRAVADO : INDUSMAR - INDUSTRIA E COMERCIO DE MOVEIS LTDA – EPP AGRAVADO : P. R. M. FRANCHISING LTDA ADVOGADOS : MARCO ANTONIO DE ALMEIDA PRADO

GAZZETTI E OUTRO (S) - SP113573 REJANE CRISTINA SALVADOR
- SP165906 TERMO Brasília, 21 de setembro de 2020¹¹⁰.

Dessa forma, a decisão que arbitra a multa não faz coisa julgada material, podendo ser revista de ofício e em qualquer grau de jurisdição, seja ela irrisória ou exorbitante; além do que não há que se falar em multa vencida enquanto pendente de discussão o seu pagamento.

Em quaisquer das medidas que o magistrado adote para fazer cumprir uma ordem judicial, sejam diretas ou indiretas, quaisquer de seus pronunciamentos decisórios deverão ser fundamentados, devendo, em qualquer caso ser observado o contraditório, mesmo que esse último ocorra de forma diferida, seja na fase de cumprimento de sentença ou na fase recursal¹¹¹.

3.1) Tipicidade e Atipicidade dos Meios Executórios

Regra geral devem ser aplicadas as medidas típicas pelo órgão julgador na execução, evitando arbitrariedades e procurando garantir uma certa estabilidade e segurança jurídica. Ocorre que nem sempre o legislador pode prever todas as particularidades existentes dignas de tutela executiva em um processo, razão pela qual o princípio da tipicidade foi sendo substituído pelo princípio da concentração dos poderes de execução e o da atipicidade, na medida em que os poderes do magistrado foram sendo ampliados¹¹².

Sendo o rol do art. 536, § 1º meramente exemplificativo, o juiz deve aplicar, respeitando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade a medida coercitiva que mostrar mais

¹¹⁰ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no Recurso Especial nº 1846874 – SP (2019/0326933-2). AGRAVANTE : MOACIR FERREIRA. AGRAVADO : P. R. M. FRANCHISING LTDA. **RELATOR : MINISTRO RAUL ARAÚJO** Brasília, 21 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1101143449/inteiro-teor-1101143459>. Acesso em: 09 dez 2022

¹¹¹ DIDIER Jr, Fredie; Cunha, Leonardo Carneiro da; Braga, Paula Sarno; Oliveira, Rafael Alexandria de. **Diretrizes para a Concretização das Cláusulas Gerais Executivas dos Arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC.** Disponível em <file:///C:/Users/DELL/Downloads/texto%20trabalho%20cla%CC%81usulas%20gerais%20executivas.pdf> Acesso em: 26/08/2022.

¹¹² DIDIER Jr, Fredie; Cunha, Leonardo Carneiro da; Braga, Paula Sarno; Oliveira, Rafael Alexandria de. **Diretrizes para a Concretização das Cláusulas Gerais Executivas dos Arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC.** Disponível em <file:///C:/Users/DELL/Downloads/texto%20trabalho%20cla%CC%81usulas%20gerais%20executivas.pdf> Acesso em: 23/08/2022.

adequada ao caso, discute-se que medidas atípicas podem ser usadas na execução em face da Fazenda Pública, uma vez que as medidas arroladas no art. 536 do CPC/15 muitas vezes não são suficientes para garantir o direito material. Tendo em vista que o próprio artigo não exaure as possibilidades elencadas, o magistrado possui a liberdade de adotar subsidiariamente, observando o contraditório, fundamentando suas decisões, além de atender ao princípio da menor onerosidade, medidas mais enérgicas com o intuito de obter um resultado efetivo.

Marcos Youji Minami entende que a adoção das medidas atípicas pode se dar quando o magistrado perceber que determinado procedimento não produziu os efeitos que se esperava, bem como que algum direito foi transgredido por conta disso, com a condição de que a decisão seja fundamentada, respeitando-se o contraditório e obedecendo algumas regras, tais como: uma decisão fundamentada com o debate entre as partes, a fim de se apurar o motivo pelo qual o procedimento típico se mostrou ineficiente.¹¹³

As medidas típicas estão dispostas exemplificativamente nos parágrafos primeiro ao quarto desse dispositivo, quais sejam: “a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva”, independentemente da previsão de penhora estabelecida no art. 525 do CPC/15.

Não é incomum haver o descumprimento de decisões por parte dos agentes públicos, que se utilizam de uma verdadeira blindagem recorrendo do singelo argumento de que não são eles que estão descumprindo a decisão, e sim o ente estatal que o representam, como se a situação não se misturasse. A falta justamente de um receio coercitivo em função do descumprimento acaba por estimular o desprezo e o desrespeito com que muitos agentes encaram as decisões que lhes são impostas para imediato cumprimento¹¹⁴.

Caso descumpra a determinação judicial de maneira injustificada, o executado pode responder por litigância de má-fé (art. 536, § 3º do CPC) subordinando-se à multa imposta nesse caso que varia entre o percentual - superior a 1% (um por cento) e inferior a 10% (dez por cento) sobre o valor da causa. Essa multa pode ser cumulada com as *astreintes*, que funciona exatamente como meio compulsório de cumprimento de uma obrigação e que não há limitação de valor; além da multa imposta pelo art. 77 do CPC pelo descumprimento dos

¹¹³ MINAMI, Marcos Youji (coord.) **Coleção Grandes Temas do Novo CPC – vol. 11 – Medidas Executivas Atípicas**. Salvador. Juspodivm, 2018, pp. 70/71. Disponível: < <https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/a2427a9743d368099165bcbd2e3c45ec.pdf>. Acesso: 08/03/2021

¹¹⁴ CARDOSO, Antonio Pessoa. **Desobediência ao Judiciário. Sentença é descumprida sempre que conveniente**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2012-jun-17/decisao-judicial-descumprida-quando-conveniente-governante>> acesso em: 20 de agosto de 2022.

deveres processuais com multa não superior a 20% (vinte por cento) do valor da causa, mesmo em face da Fazenda Pública, sendo que o valor pago por essas multas deverá ser realizado por meio de precatório ou requisição de pequeno valor, somente podendo ser exigidas após o trânsito em julgado da decisão.

Para Luiz Guilherme Marinoni, como a principal finalidade da multa é justamente fazer com que o réu cumpra com a determinação judicial, a sua eficácia, evidentemente, dependerá de sua capacidade de intimidação, e essa capacidade incide diretamente sobre a exteriorização da vontade do agente público e não sobre a pessoa jurídica de direito público que responde somente com seu patrimônio. Sendo assim, somente haverá êxito na aplicação da multa se essa for imposta ao agente que irá efetivar o cumprimento da ordem jurisdicional. Segundo o mesmo autor, a multa somente é considerada sanção pecuniária quando a autoridade pública não der atendimento à referida decisão¹¹⁵.

Leonardo Carneiro da Cunha defende a imposição de multa diretamente ao agente público responsável pelo cumprimento da decisão, podendo esse último responder tanto pelas *astreintes*, como pela multa por litigância de má-fé, como pela multa prevista no art. 77 do CPC¹¹⁶:

O agente público responsável pelo cumprimento da ordem judicial deve responder tanto pelas astreintes como por aquela prevista no § 2º do art. 77 do CPC. Tais multas, cujos pressupostos são diversos, podem ser cumuladas, sendo a primeira revertida em favor da parte contrária e, essa última, em favor do Estado ou da União, a depender do órgão jurisdicional que esteja processando a causa. Desse modo, e diante da ameaça de o agente público responder pessoalmente pelo pagamento de multas, não hesitará em cumprir o comando judicial, conferindo-se maior efetividade às decisões judiciais que imponham o atendimento de obrigações de fazer ou não fazer¹¹⁷.

Luiz Guilherme Marinoni partilha do mesmo pensamento de Leonardo Carneiro da Cunha, sob o fundamento de que, como dito anteriormente, é exatamente o agente público que é responsável por exprimir/exteriorizar a vontade através da autoridade pública, não havendo qualquer cabimento para que a multa recaia sobre o patrimônio da pessoa jurídica, razão pela

¹¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 478.

¹¹⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. **A Fazenda Pública em Juízo**, 16 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 149.

¹¹⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. **A Fazenda Pública em Juízo**, 16 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, pp. 149 e 150. O citado autor corrobora com o entendimento bastante original de Marcelo Lima Guerra.

qual seria mais eficiente se ela fosse imposta ao agente que dará atendimento à determinação judicial¹¹⁸:

Não há procedência no argumento de que a autoridade pública não pode ser obrigada a pagar a multa derivada de ação em que foi parte apenas a pessoa jurídica. É que essa multa somente constituirá sanção pecuniária, e assim poderá ser cobrada, quando a autoridade pública, que exterioriza a vontade da pessoa jurídica, não der atendimento à decisão. Note-se que a cobrança da multa não tem relação com o fato de o inadimplente ser o responsável pelo cumprimento da decisão. Não se está exigindo nada da autoridade em virtude do que foi discutido no processo, mas sim em razão da sua posição de agente capaz de dar cumprimento à decisão jurisdicional. Portanto, a tese que sustenta que a multa não pode recair sobre a autoridade somente poderia ser aceita se partisse da premissa – completamente absurda – de que o Poder Público pode descumprir decisão jurisdicional em nome do interesse público¹¹⁹.

Ao contrário de autores como Hely Lopes Meirelles¹²⁰ e Joel Dias de Figueira Jr.¹²¹ que defendem a incidência do crime de desobediência (art. 330 do CP) como sanção a ser imposta em face do descumprimento da decisão, Leonardo Carneiro da Cunha entende que tal crime somente seria cabível no caso de um particular, não sendo imputável agente público. Entende, ademais, que seria possível a caracterização como crime de prevaricação se não fosse tão difícil a comprovação do dolo específico. Pode ser definido ainda como ato de improbidade administrativa ou como crime de responsabilidade em se tratando de Prefeito, Presidente da República ou Ministro de Estado¹²².

Leonardo Carneiro da Cunha, por fim, discorre sobre a impossibilidade da decretação da prisão civil como medida atípica hábil no caso de descumprimento de decisão judicial, ele esclarece que a efetividade de uma eventual prisão penal se caracteriza muito mais por ser uma pressão psicológica à autoridade destinatária do cumprimento da medida do que propriamente um meio apto a obter o resultado prático da ordem judicial:

¹¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 478.

¹¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 478.

¹²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental**, 23 ed. atual. por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 95.

¹²¹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários à novíssima reforma do CPC: Lei 10.444, de 07 de maio de 2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 81.

¹²² CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. **A Fazenda Pública em Juízo**, 16 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 434.

Em termos de efetividade do comando judicial, a caracterização de prisão não constitui medida imediata e apta a obter o pronto cumprimento da ordem judiciária. Serve, a bem da verdade, como medida de pressão psicológica a inculcar na mente da autoridade que, tomada de receio ou temor de eventual ou futura incriminação, se aqoda em atender à determinação judicial. E isso porque a punição reveste-se do timbre de sanção penal, sujeitando-se à ação própria de iniciativa do Ministério Público e de competência de um juiz criminal. Ao juiz civil descabe decretar a prisão processual; caber-lhe-ia, como a qualquer um do povo, dar voz de prisão, promovendo a prisão em flagrante e colocar o destinatário da ordem judicial à disposição da autoridade policial¹²³.

O art. 5º, inciso LXVII da Constituição Federal dispõe que ninguém poderá ser preso civilmente por dívida, exceto nos casos de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação de prestar alimentos e do depositário infiel.

No que se refere ao depositário infiel, em função da existência de Convenções e Tratados Internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil é signatário¹²⁴, o STF editou um enunciado de súmula vinculante de número 25, segundo o qual “é ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.”

A despeito disso, há doutrinadores como Joel Dias Figueira Júnior; Sérgio Cruz Arenhart; Luiz Guilherme Marinoni; Ada Pellegrini Grinover¹²⁵ dentre outros que defendem o papel relevante da prisão civil como meio coercitivo e eficaz de cumprimento das decisões judiciais, estando autorizada a prisão nos casos de obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa.

O tema da prisão civil por dívida que não seja o débito de natureza alimentar é bastante controvertido, uma vez que essa é a única hipótese permitida pelo ordenamento jurídico. Isso porque a expressão “dívida” pode admitir mais de um significado: pode significar tanto uma obrigação pecuniária, de pagar quantia; como também uma obrigação civil. Se o significado

¹²³ CUNHA, Leonardo Carneiro da Cunha. **A Fazenda Pública em Juízo**, 16 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, pp. 435.

¹²⁴ Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

¹²⁵ FIGUEIRA JR., Joel Dias. **Comentários ao código de processo civil**, Vol. 4, tomo II. São Paulo: RT, 2001, p. 245 e ss., p. 256. ARENHART, Sérgio Cruz. **A prisão Civil como meio coercitivo**. “Disponível em: <https://www.academia.edu/214441/A_PRIS%C3%83O_CIVIL_COMO_MEIO_COERCITIVO?auto=download> “Acesso em: 31/01/2020”. ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**, ob. cit., p. 213 e ss.; *Id. Perfis da tutela inibitória coletiva*, ob. cit., p. 399 e ss. MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 87/88. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Paixão e morte do ‘contempt of court’ brasileiro** (art. 14 do Código de Processo Civil)”, ob. cit., esp. p. 8 apud ARENHART, Sérgio Cruz. *A prisão Civil como meio coercitivo*. <Disponível em: <https://www.academia.edu/214441/A_PRIS%C3%83O_CIVIL_COMO_MEIO_COERCITIVO?auto=download> “Acesso em: 31/01/2020”

abranger somente as obrigações de pagar, a medida atípica da prisão civil poderá ser admitida nos casos de descumprimento de obrigação de fazer e não fazer. Porém, se o significado abranger as obrigações civis como um todo, a vedação será absoluta e somente será aplicada no caso de ausência de prestação alimentícia¹²⁶.

Regra geral a prisão só pode ser utilizada como medida atípica no caso do devedor de alimentos. Nos demais casos, é preciso que o magistrado fundamente sua decisão, garantindo o contraditório; além de sopesar se o bem que é preciso ser tutelado, protegido pelo ordenamento jurídico é mais importante do que a liberdade pessoal do devedor, tais como a vida, a saúde, a integridade física ou psicológica, a igualdade de raça e gênero; que dito bem não tenha conteúdo patrimonial; que a medida atípica não seja considerada por si só um ato ilícito¹²⁷.

Já Paulo Furtado defende não haver uma execução propriamente dita contra a Fazenda Pública, uma vez que a sentença condenatória contra ela se encontra destituída de força executiva em razão dos bens públicos não serem penhoráveis¹²⁸. No mesmo sentido, Leonardo Carneiro da Cunha acredita que sequer seria apropriado falar em fase de cumprimento de sentença nos casos de obrigação de fazer.¹²⁹

Caso não seja possível dar efetividade ao direito do exequente mesmo após a aplicabilidade das medidas executivas típicas, subsidiariamente, conforme entendimento do Fórum Permanente de Processualistas Civis, FPPC em seu enunciado 12¹³⁰, o juiz poderá aplicar medidas atípicas. Nesse ínterim, discute-se doutrinária e jurisprudencialmente a

¹²⁶ DIDIER Jr, Fredie; Cunha, Leonardo Carneiro da; Braga, Paula Sarno; Oliveira, Rafael Alexandria de. **Diretrizes para a Concretização das Cláusulas Gerais Executivas dos Arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC.** Disponível em <
<file:///C:/Users/DELL/Downloads/texto%20trabalho%20cla%CC%81usulas%20gerais%20executivas.pdf>>
Acesso em: 23/08/2022.

¹²⁷ DIDIER Jr, Fredie; Cunha, Leonardo Carneiro da; Braga, Paula Sarno; Oliveira, Rafael Alexandria de. **Diretrizes para a Concretização das Cláusulas Gerais Executivas dos Arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC.** Disponível em <
<file:///C:/Users/DELL/Downloads/texto%20trabalho%20cla%CC%81usulas%20gerais%20executivas.pdf>>
Acesso em: 27/08/2022.

¹²⁸ FURTADO, Paulo. **Execução**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. n. 195, p. 280.

¹²⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 363.

¹³⁰ “A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas típicas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II”. CUNHA, Leonardo Carneiro da e DIDIER, Fredie: **Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC.** Disponível em: <
https://www.academia.edu/33168267/DIRETRIZES_PARA_A_CONCRETIZACAO_DE_CLASULAS_GERAIS_EXECUTIVAS_DOS_ARTS_139_IV_297_E_536_DO_CPC> Acesso em: 31/01/2020.

possibilidade de bloqueio ou sequestro de verbas públicas além de imposição de multa e até prisão civil do agente responsável pelo descumprimento de decisões judiciais. Esclarecendo que há uma distinção entre o arresto, o sequestro e a penhora. Enquanto o arresto se trata de uma ordem judicial para a apreensão de diversos bens do devedor com a finalidade de garantir o futuro pagamento de uma dívida; no sequestro se arrecada um bem específico objeto de uma disputa judicial e esse bem permanece indisponível até decisão final exatamente com a finalidade de evitar a deterioração desse bem; e, por fim, a penhora é uma maneira de tomada de bem ou direito do executado através de determinação judicial com o objetivo de solver o pagamento de uma dívida no processo. Ao ser decretada, o bem fica constricto e impossibilitado de ser alienado, evitando que o devedor se desfaça desse bem transferindo-o a terceiros, resguardando-o para o pagamento ao menos parcial do débito¹³¹.

Dessa forma, como uma das formas de forçar o cumprimento de decisão judicial encontra-se a prisão e o bloqueio de verbas.

Além da prisão civil, outro exemplo de medida executiva atípica seria o bloqueio ou sequestro de verbas públicas, que inclusive podem ser efetivadas em outras aéreas, como as de publicidade estatal, em prol de tratamento de urgência ligado à saúde.

Percebe-se que o Novo Código de Processo Civil ampliou os poderes do magistrado nesse ponto, promovendo uma maior efetividade às suas decisões, para que àquele pudesse determinar medidas atípicas aptas à obtenção de um resultado prático equivalente e não como na visão do antigo Código que se preocupava mais em converter a obrigação descumprida em perdas e danos.

Por outro lado, o novo Código deixou uma lacuna a respeito da flexibilização dessas medidas no que concerne aos limites do magistrado na sua aplicação, inclusive as ferramentas atípicas que podem servir de instrumento nos processos em que a Fazenda Pública figura como parte, gerando controvérsias e discussões tanto na doutrina como na jurisprudência com relação ao assunto.

Na hipótese de prisão há uma série de debates a respeito. Primeiramente, considera-se a possibilidade de o juiz decretar a prisão quando a Fazenda não cumpre, por meio de seu agente público, destinatário da norma, uma ordem judicial. Essa recalcitrância pode configurar um crime de desobediência; e caso a decisão seja descumprida por parte de um Prefeito, Presidente da República ou Ministro de Estado será considerado crime de

¹³¹ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios - TJDF. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/arresto-x-sequestro-x-penhora>> Acesso em: 09/12/2022

responsabilidade; além de também poder se constituir uma improbidade administrativa, prevaricação.

A controvérsia se encontra no fato de que não cabe ao juiz cível decretar a prisão processual, além da CF vedar a prisão por dívidas em seu art. 5º, LXVII, excetuando a do devedor de alimentos, bem como desse tipo de medida não garantir o cumprimento à ordem judicial, servindo mais como uma espécie de pressão psicológica. Por outro lado, há aqueles que entendem que é possível se decretar a prisão em razão do descumprimento da ordem do juiz, com o propósito de coagir o implemento da decisão.

Um dos apoiadores dessa última tese é Luiz Guilherme Marinoni, que sustenta, acompanhado por Sérgio Arenhart, que não há direito fundamental absoluto, que prevalecerá sempre sobre os demais. Assim, através do que ele chama de “método hermenêutico-concretizador”, admite a prisão civil em obrigações de fazer após criterioso juízo de ponderação:

Na verdade, deparando-se com a norma do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, deve o intérprete estabelecer, como é óbvio, a dúvida que a sua interpretação suscita. Ou seja, se ela veda o uso da prisão como meio de coerção indireta ou somente a prisão por dívida em sentido estrito. A partir daí, verificando-se que a norma aponta para dois direitos fundamentais, isto é, para o direito à efetividade da tutela jurisdicional e para o direito de liberdade, deve ser investigado o que significa dar aplicação a cada um deles. A partir da análise da própria razão de ser destes princípios, não há como deixar de interpretar a norma no sentido de que a prisão deve ser vedada quando a prestação depender da disposição de patrimônio, mas permitida para a jurisdição poder evitar - quando a multa e as medidas de execução se mostrarem inadequadas - a violação de um direito, já que de outra maneira os próprios direitos ficarão desprovidos de tutela, e assim o ordenamento, exatamente na parte que consagra direitos invioláveis e fundamentais, assumirá a configuração de mera retórica, e desta forma sequer poderá ser chamado de "ordenamento jurídico".¹³²

Entende ainda Luiz Guilherme Marinoni:

Considerando a tutela inibitória que impõe um não-fazer, a tutela inibitória que impõe um fazer e a tutela de remoção de ilícito, é fácil concluir que a prisão poderá ser utilizada para impor um não-fazer ou mesmo para impor um fazer infungível que não implique em disposição de dinheiro e seja imprescindível à efetiva proteção de um direito. Nesses casos, ao mesmo tempo em que prisão não estará sendo usada para constranger o demandado a dispor de patrimônio, ela estará viabilizando – no caso em que a multa e a medida de execução direta não se mostrarem adequadas – a efetiva prevenção do direito, ou melhor, a tutela jurisdicional específica por excelência, única a permitir a tutela dos direitos que não se conciliam com o ressarcimento.¹³³¹³⁴

¹³² MARINONI, ARENHART, *op. cit.*, p. 86-87.

¹³³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória e tutela de remoção de ilícito**. Disponível em: <<https://gerardoveras.jusbrasil.com.br/artigos/561308284/a-sentenca-de-obrigacao-de-fazer-e-nao-fazer-e-as-medidas-de-apoio-para-seu-eficaz-cumprimento>> Acesso em: 07/03/2021.

. Assim, valendo-se da precisa lição acima, ao vencedor é necessário a emissão de uma ordem, por ser devidamente implementada no mundo real. Podendo ser dirigida a servidores públicos ou a particulares em colaboração com o Poder Público, dificilmente surgirá campo apropriado para o descumprimento.

Visando a justamente prevenir a introdução dessas medidas atípicas, em função de ser imprescindível a observância do contraditório nesses casos, a Fazenda Pública reiteradamente alega, dentre outros argumentos, a existência da cláusula de reserva do possível como causa impeditiva para cumprir com a ordem emanada pelo magistrado. Ressaltando que também deve ser levado em conta o princípio da menor onerosidade ao executado quando forem proferidas as decisões pelo juiz, sob pena de trazer prejuízos ao erário público em detrimento de toda a sociedade.

Nessas hipóteses é preciso provar a alegada escassez de recursos. Em julgado do STF, o Ministro Relator Luiz Fux: “Ressalta ainda que o princípio da reserva do possível não pode ser aplicado quando não há comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira do Estado, bem como não pode ser empecilho à garantia da dignidade da pessoa humana”.¹³⁵

Outra medida atípica é o bloqueio ou sequestro de verbas públicas, que reside em tornar indisponível verbas do Erário em quantia suficiente para que a obrigação seja cumprida; tal medida é rápida, e a que mais se aproxima do resultado prático equivalente, causando menos prejuízos ao exequente.

A regra no ordenamento jurídico brasileiro é a de que não é concebível o bloqueio de verbas para alcançar o cumprimento de decisões judiciais, em função de ser essencial que a Administração Pública possa cumprir suas políticas e que exista respeito às normas de direito administrativo e orçamentário.

No entanto, existem situações em que o descumprimento de uma ordem judicial pode ocasionar lesões gravíssimas ao jurisdicionado, decorrendo na necessidade de sopesar a

¹³⁴ Outros partidários desse mesmo entendimento são: Didier Jr., Leonardo da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira: Analisando o problema sob a perspectiva da teoria dos direitos fundamentais - e não sob a perspectiva meramente semântica -, já se pode demonstrar a fragilidade da tese restritiva da prisão civil, eis que ela pressupõe uma hierarquização abstrata e absoluta de um direito fundamental (liberdade individual) em relação aos demais direitos fundamentais (vida, integridade física, dignidade, outros tipos de liberdade, devido processo legal, efetividade da tutela jurisdicional etc). Essa hierarquização apriorística definitivamente não se coaduna com a teoria dos direitos fundamentais, sobretudo quando se percebe que tais direitos são sempre relativos e podem ser episodicamente afastados, quando o magistrado, à luz do caso concreto e do princípio da proporcionalidade, assim o entender, como forma de efetivar um outro direito fundamental (**Curso de direito processual civil**. v. 5. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 466).

¹³⁵ STF – Ag Reg no RE 642.536 AP - Amapá, 1T, Relator: Min. Luiz Fux. DJe: 27/02/2013.

garantia estabelecida em favor da Fazenda Pública com outras normas igualmente importantes constitucionalmente, com a finalidade de aplicar o direito à espécie.

É comum o ajuizamento de ações judiciais com pedidos de fornecimento de medicamentos pela Fazenda Pública. Nesses processos, verifica-se que o ente estatal deixa de cumprir ordens judiciais as quais determinam o fornecimento de medicação, sendo alvo de frequentes embates nos tribunais por conta dos pedidos de bloqueios de verbas públicas.

Merece destaque decisão proferida nos autos do Recurso Especial nº 1.069.810, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos, prevista no art. 543-C, do Código de Processo Civil no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que firmou entendimento no sentido da possibilidade de bloqueio de verbas públicas nessas situações excepcionais – quando se vislumbrar a urgência e imprescindibilidade de sua prestação, com fundamento legal no art. 461, §5º, do Código de Processo Civil, e amparo constitucional no direito fundamental à saúde.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça se coaduna perfeitamente com o juízo de ponderação, em razão de um lado haver normas de direito financeiro dispondo sobre a impossibilidade do fornecimento de medicamento pelo Estado sem anterior dotação orçamentária e observância do rito estabelecido em lei; e de outro lado encontrar-se o direito fundamental à saúde inserido no art. 6º, da Constituição da República de 1988.

Diante do conflito entre tais normas, merece preferência o direito à saúde, observando-se o fundamento da dignidade da pessoa humana apregoado no texto constitucional, mais especificamente no art. 1º, inciso III, além de outros princípios de idêntica importância.

Deve-se garantir a incolumidade do respeito ao direito fundamental da dignidade humana com o imediato fornecimento do medicamento objeto de concessão judicial, e, se houver parcelas anteriores devidas pelo Estado, o pagamento deverá ocorrer por meio de requisição de pequeno valor ou precatório, a depender do caso, segundo o artigo 100 da Constituição Federal.

O bloqueio de verbas públicas é medida com bastante aplicação nos tribunais de todo o país.

Desse modo, os Tribunais Superiores admitem o bloqueio de verbas públicas enquanto meio coercitivo atípico com a finalidade de garantir o cumprimento da decisão judicial que determina o fornecimento de medicamento pelo Estado.

Ao suscitar a cláusula de reserva do possível quando da efetivação da medida atípica executória de bloqueio de verbas, alegando que a constrição dos bens pode acarretar em prejuízo para outros programas de saúde, esse Ente Estatal deixa de possuir esse tipo de

argumentação quando os Tribunais buscam outra alternativa de bloqueio com a finalidade de garantir a tutela jurisdicional ao determinar que o sequestro de verbas seja efetivado em recursos disponíveis em outras áreas que não as da saúde, a exemplo a área de publicidade¹³⁶.

Essas decisões estruturais são formadas por uma decisão principal e outras decorrentes dessa mesma decisão, como exemplos a serem citados pode se descrever a decisão sobre o direito de locomoção das pessoas com necessidades especiais em que é determinado ao mesmo tempo um plano de adequação e acessibilidade dos prédios, vias e logradouros; também pode ser citada a Ação Popular 3388/RR da Raposa Serra do Sol, um caso emblemático em que o STF decidiu por demarcar um trecho das terras para um grupo indígena, contudo, foram estabelecidas algumas exigências como a de atrelar o usufruto ao interesse da Política de Defesa Nacional, uma vez que a terra indígena se encontra situada na zona de fronteira do país¹³⁷.

Assim, percebe-se que os magistrados dispõem de várias ferramentas executivas para garantir o resultado prático de uma decisão judicial. Há vários poderes-deveres, especialmente porque o art. 536 do CPC/15 não esgota suas possibilidades, pelo contrário, flexibiliza a atuação do magistrado para que ele possa determinar medidas atípicas, as quais não constam no rol exemplificativo dos parágrafos do dispositivo do CPC.

3.2) Meios Atípicos segundo o STJ

O STJ entende que as medidas atípicas devem ser utilizadas de forma subsidiária às medidas típicas convencionadas no art. 139, inciso IV do CPC, levando em conta não só o poder aquisitivo do devedor como também as tentativas de realização de todos os meios disponíveis para a satisfação do crédito do exequente, devendo essas medidas serem

¹³⁶ É de se mencionar também a prática de decisões estruturais por parte do magistrado com a finalidade de efetivar um direito fundamental, produzir políticas públicas e até solucionar demandas mais complexas. Com esse intuito, o juiz procura estabelecer uma mudança estrutural em um determinado ente, organização ou instituição, uma vez que a ameaça ou lesão a direito causada pela burocracia nas organizações só pode ser eliminada com a reconstrução desses entes. O que ocorre é uma forte intervenção judicial nas organizações, sejam elas públicas ou privadas (DIDIER Jr, Fredie; Cunha, Leonardo Carneiro da; Braga, Paula Sarno; Oliveira, Rafael Alexandria de. **Diretrizes para a Concretização das Cláusulas Gerais Executivas dos Arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC.** Disponível em <<file:///C:/Users/DELL/Downloads/texto%20trabalho%20cla%CC%81usulas%20gerais%20executivas.pdf>> Acesso em: 23/08/2022).

¹³⁷ DIDIER Jr, Fredie; Cunha, Leonardo Carneiro da; Braga, Paula Sarno; Oliveira, Rafael Alexandria de. **Diretrizes para a Concretização das Cláusulas Gerais Executivas dos Arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC.** Disponível em <<file:///C:/Users/DELL/Downloads/texto%20trabalho%20cla%CC%81usulas%20gerais%20executivas.pdf>> Acesso em: 23/08/2022.

analisadas detidamente pelo magistrado¹³⁸.

Dentre as medidas atípicas adotadas pelo Judiciário se encontram a apreensão de documentos e o bloqueio de cartões de crédito, sendo que o STJ entende que tais medidas devem ser utilizadas com parcimônia, com a realização de meios de controle efetivos, e adotando limites. Um exemplo de medida atípica foi observado no julgamento do REsp 1.864.190, cujo propósito recursal era definir se as medidas atípicas pleiteadas pelo exequente (suspensão da Carteira Nacional de Habilitação (CNH), apreensão do passaporte e cancelamento de cartões de crédito do devedor) deveriam ser admitidas pelo juiz de primeiro grau, uma vez que tais requerimentos deixaram de ser acolhidos nas duas instâncias. Nesse caso a Terceira Turma sob a Relatoria da Ministra Nancy Andrighi entendeu que essas medidas atípicas são subsidiárias em relação às típicas, razão pela qual o magistrado deve atentar para alguns requisitos a fim de executá-las, tais como: se o devedor possui recursos suficientes para cumprir a obrigação e se foram exauridas as alternativas típicas para o implemento daquela obrigação¹³⁹.

Pontuou a Ministra Relatora que ao mesmo tempo que o legislador previu uma série de possibilidades referentes às medidas executivas, observando as particularidades do caso, tal flexibilidade não permite a aplicação indistinta e descontrolada dessas medidas. Entendeu a Relatora, ainda, ser importante distinguir as medidas de coerção executiva indiretas de coerção psicológica com as medidas aptas a atingir o patrimônio do executado, sendo essas últimas decorrentes do inadimplemento da dívida¹⁴⁰.

Alertou a Ministra Nancy Andrighi que a aplicação dessas medidas de coerção

¹³⁸ Notícias – Superior Tribunal de Justiça. **Os meios atípicos de execução: hipóteses, requisitos e limites, segundo o STJ.** Disponível em < <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/14112021-Os-meios-atipicos-de-execucao-hipoteses--requisitos-e-limites--segundo-o-STJ.aspx#:~:text=Medidas%20at%C3%ADpicas%20s%C3%A3o%20inadequadas%20para,busca%20da%20satisf%C3%A7%C3%A3o%20do%20cr%C3%A9dito>> Acesso em: 30/08/2022

¹³⁹ Notícias – Superior Tribunal de Justiça. **Os meios atípicos de execução: hipóteses, requisitos e limites, segundo o STJ.** Disponível em < <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/14112021-Os-meios-atipicos-de-execucao-hipoteses--requisitos-e-limites--segundo-o-STJ.aspx#:~:text=Medidas%20at%C3%ADpicas%20s%C3%A3o%20inadequadas%20para,busca%20da%20satisf%C3%A7%C3%A3o%20do%20cr%C3%A9dito>> Acesso em: 31/08/2022

¹⁴⁰ Notícias – Superior Tribunal de Justiça. **Os meios atípicos de execução: hipóteses, requisitos e limites, segundo o STJ.** Disponível em < <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/14112021-Os-meios-atipicos-de-execucao-hipoteses--requisitos-e-limites--segundo-o-STJ.aspx#:~:text=Medidas%20at%C3%ADpicas%20s%C3%A3o%20inadequadas%20para,busca%20da%20satisf%C3%A7%C3%A3o%20do%20cr%C3%A9dito>> Acesso em: 31/08/2022

representa apenas uma pressão psicológica para que o devedor cumpra voluntariamente com sua obrigação, não quer dizer, com isso, que o corpo da pessoa do executado responderá pelas dívidas. O magistrado deverá primeiramente intimar o executado para efetuar o pagamento ou apresentar bens para solver o débito, e, no caso de inadimplência, percebendo que a intenção do devedor, mesmo com patrimônio suficiente para saldar sua obrigação, é de descumprir deliberadamente a decisão judicial, o juiz pode determinar a realização dos atos de expropriação. As decisões proferidas no REsp. 1.782.418 e no REsp. 1.788.950 refletem esse entendimento de que é importante perceber se o devedor realmente possui patrimônio expropriável e, mesmo assim, intenta deliberadamente descumprir com sua obrigação para que seja aplicada subsidiariamente a medida atípica, demonstrando, com isso, a natureza de coerção da medida e não de punição¹⁴¹.

É bastante polêmica a utilização de medidas atípicas de retenção de dois documentos: carteira de habilitação e passaporte. Os colegiados de direito privado têm entendido ser possível a adoção dessas medidas desde que a decisão seja fundamentada e já tenham sido frustradas outras medidas anteriormente. O STJ tem analisado decisões nesse sentido e a Quarta Turma entendendo ser ilegal e arbitrária a retenção desses documentos quando não fundamentadas as decisões, as quais devem demonstrar a necessidade e a utilidade da medida, além de destituídas do contraditório¹⁴².

O Ministro Luis Felipe Salomão tem admitido o emprego do habeas corpus contra a decisão que retêm esses documentos, uma vez que limitam o direito de ir e vir do executado. O magistrado recordou que a efetividade das medidas atípicas não pode violar direitos constitucionais a exemplo das garantias fundamentais individuais, mais especificamente a

¹⁴¹ Notícias – Superior Tribunal de Justiça. **Os meios atípicos de execução: hipóteses, requisitos e limites, segundo o STJ.** Disponível em < <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/14112021-Os-meios-atipicos-de-execucao-hipoteses--requisitos-e-limites--segundo-o-STJ.aspx#:~:text=Medidas%20at%C3%ADpicas%20s%C3%A3o%20inadequadas%20para,busca%20da%20satisf%C3%A7%C3%A3o%20do%20cr%C3%A9dito>> Acesso em: 01/09/2022

¹⁴² Notícias – Superior Tribunal de Justiça. **Os meios atípicos de execução: hipóteses, requisitos e limites, segundo o STJ.** Disponível em < <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/14112021-Os-meios-atipicos-de-execucao-hipoteses--requisitos-e-limites--segundo-o-STJ.aspx#:~:text=Medidas%20at%C3%ADpicas%20s%C3%A3o%20inadequadas%20para,busca%20da%20satisf%C3%A7%C3%A3o%20do%20cr%C3%A9dito>> Acesso em: 03/09/2022

liberdade de locomoção¹⁴³.

Já na execução fiscal a primeira Turma do STJ no HC 453.870 entendeu que a retenção de documento a exemplo do passaporte é medida excessiva e desproporcional para satisfazer o crédito, uma vez que a Fazenda Pública já possui privilégios inerentes a sua condição como varas especializadas, representada por procuradores especializados na matéria, com uma lei própria dispondo sobre essa matéria e prazos processuais diferenciados. Considerando ser o exequente o Poder Público e o executado uma pessoa física¹⁴⁴.

Ocorre que no caso contrário, em sendo o exequente uma pessoa física e o executado o Poder Público, o STJ, na Segunda Turma, firmou entendimento em julho desse ano em um cumprimento de sentença, mais especificamente em uma ação de improbidade administrativa, diante da impossibilidade de executar o agente público após diversas tentativas pelo período de cinco anos, de ser possível a aplicabilidade dessas medidas atípicas. Segundo o Ministro Herman Benjamin os procedimentos que atentem contra a moralidade administrativa não podem ficar impunes, sob o pretexto de violar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, em razão desses não deverem ser analisados de forma abstrata uma vez que se estaria declarando o art. 139, IV do CPC como inconstitucional. Como podemos verificar no REsp 1.929.230¹⁴⁵:

1. Trata-se, na origem, de cumprimento de sentença que condenou o recorrido por improbidade administrativa consistente na contratação direta de serviços gráficos para a confecção de 60 mil cartilhas informativas do SUS, sem prévio procedimento licitatório. 2. De acordo com o acórdão recorrido, tentou-se executar a multa imposta na sentença condenatória transitada em julgado, mas, "após várias

¹⁴³ Notícias – Superior Tribunal de Justiça. **Os meios atípicos de execução: hipóteses, requisitos e limites, segundo o STJ.** Disponível em < <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/14112021-Os-meios-atipicos-de-execucao-hipoteses--requisitos-e-limites--segundo-o-STJ.aspx#:~:text=Medidas%20at%C3%ADpicas%20s%C3%A3o%20inadequadas%20para,busca%20da%20satisf%C3%A7%C3%A3o%20do%20cr%C3%A9dito>> Acesso em: 03/09/2022

¹⁴⁴ Notícias – Superior Tribunal de Justiça. **Os meios atípicos de execução: hipóteses, requisitos e limites, segundo o STJ.** Disponível em < <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/14112021-Os-meios-atipicos-de-execucao-hipoteses--requisitos-e-limites--segundo-o-STJ.aspx#:~:text=Medidas%20at%C3%ADpicas%20s%C3%A3o%20inadequadas%20para,busca%20da%20satisf%C3%A7%C3%A3o%20do%20cr%C3%A9dito>> Acesso em: 03/09/2022

¹⁴⁵ Notícias – Superior Tribunal de Justiça. **Os meios atípicos de execução: hipóteses, requisitos e limites, segundo o STJ.** Disponível em < <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/14112021-Os-meios-atipicos-de-execucao-hipoteses--requisitos-e-limites--segundo-o-STJ.aspx#:~:text=Medidas%20at%C3%ADpicas%20s%C3%A3o%20inadequadas%20para,busca%20da%20satisf%C3%A7%C3%A3o%20do%20cr%C3%A9dito>> Acesso em: 03/09/2022

diligências ao longo de cinco anos, não foi possível recolher o montante referente a sanção pecuniária, o que resultou no pedido manejado pelo Ministério Público de apreensão de carteira de habilitação e passaporte, com o escopo de compelir o Agravado de arcar com o valor do débito." (fl. 80, e-STJ, destaque acrescentado).

3. Entendeu o Tribunal de origem que a medida requerida "atenta contra os princípios da proporcionalidade e razoabilidade [...] não encontra guarida no princípio da responsabilidade patrimonial, que tem por escopo garantir que o cumprimento da obrigação não ultrapasse bens outros que não o patrimônio do devedor." (fl. 79, e-STJ).

FUNDAMENTAÇÃO ESTRITAMENTE JURÍDICA E INFRACONSTITUCIONAL

4. O Tribunal de origem adota o entendimento de que a apreensão do passaporte e a suspensão da CNH do devedor são meios executivos que não encontram suporte no art. 139, IV, do CPC/2015. Esse preceito, segundo a doutrina especializada, consagra as chamadas medidas executivas atípicas, ao estabelecer que o juiz pode "determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária." 5. No acórdão recorrido se afirma que o referido artigo 139, IV, do CPC/2015 contraria o princípio da menor onerosidade e "não encontra guarida no princípio da responsabilidade patrimonial" (fl. 82, e-STJ). Também se afirma que "não há demonstração efetiva nos autos de que a suspensão da CNH e retenção do passaporte do Agravado possa viabilizar a efetiva satisfação do crédito." (fl. 82, e-STJ). Ocorre que esse não é um juízo fático, pois o Tribunal de origem deixa claro que não adiantaria demonstrar que as medidas seriam eficazes, uma vez que, em sua ótica, "se executadas, seriam aplicadas apenas com a função de punir o executado e não como meio de prover a tutela jurisdicional" (fl. 82, e-STJ). Essa perspectiva fica ainda mais clara na conclusão do acórdão recorrido: "Nesse contexto, inexistindo previsão legal expressa para adoção das medidas requeridas, forçosa é a manutenção da decisão agravada, que indeferiu o pedido de suspensão da CNH e bloqueio do passaporte do agravado." (fl. 83, e-STJ, destaque acrescentado).

6. Trata-se, portanto, de saber se as instâncias ordinárias negaram ou não vigência ao artigo 139, IV, do CPC/2015.

7. Também se aduz no aresto que a imposição das medidas atípicas "implicaria em violação de direitos constitucionalmente garantidos, conforme preceitua o art. 5º, XV, CF, além de se afigurarem desarrazoados e desproporcionais ao direito perseguido." (fl. 82, e-STJ).

8. O que há nesse raciocínio é, ainda, interpretação do artigo 139, IV. O que o Tribunal de origem proclama é a compreensão de que o preceito não poderia ser entendido de determinada forma em decorrência da ordem constitucional, ou seja, há a ideia de ofensa reflexa à Constituição. (...). Há no Superior Tribunal de Justiça julgados favoráveis à possibilidade da adoção das chamadas medidas atípicas no âmbito da execução, desde que preenchidos certos requisitos. Nesse sentido: "O propósito recursal é definir se a suspensão da carteira nacional de habilitação e a retenção do passaporte do devedor de obrigação de pagar quantia são medidas viáveis de serem adotadas pelo juiz condutor do processo executivo [...] O Código de Processo Civil de 2015, a fim de garantir maior celeridade e efetividade ao processo, positivou regra segundo a qual incumbe ao juiz determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária (art. 139, IV)." (...).

RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE DAS MEDIDAS ATÍPICAS EM PROCESSOS DE IMPROBIDADE (...) Ora, se o entendimento desta Corte - conforme a jurisprudência supradestacada - é o de que são cabíveis medidas executivas atípicas para a satisfação de obrigações de cunho estritamente patrimonial, com muito mais razão elas devem ser admitidas em casos em que o cumprimento da sentença se dá para tutelar a moralidade e o patrimônio público. Superada a questão da impossibilidade de adoção de medidas executivas atípicas de cunho não patrimonial pela jurisprudência desta Corte (premissa equivocada do acórdão recorrido), não há como não considerar o interesse público, na satisfação da obrigação, importante componente para definir o cabimento (ou não) delas à luz do caso concreto.

15. Não ocorre, portanto - ao menos do modo abstrato como analisado o caso na origem -, ofensa à proporcionalidade ou à razoabilidade pela

adoção de medidas não patrimoniais para o cumprimento da sentença. PARÂMETROS 16. Os parâmetros construídos pela Terceira Turma para a aplicação das medidas executivas atípicas encontram largo amparo na doutrina e se revelam adequados também ao cumprimento de sentença proferida em Ação por Improbidade. 17. Conforme tem preconizado a Terceira Turma, "A adoção de meios executivos atípicos é cabível desde que, verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável, tais medidas sejam adotadas de modo subsidiário, por meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, com observância do contraditório substancial e do postulado da proporcionalidade." (REsp 1.788.950/MT, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 26.4.2019). 18. Consigne-se que a observância da proporcionalidade não deve ser feita em abstrato, a não ser que as instâncias ordinárias expressamente declarem inconstitucional o artigo 139, IV, do CPC/2015. Não sendo o caso, as balizas da proporcionalidade devem ser observadas com referência ao caso concreto, nas hipóteses em que as medidas atípicas se revelem excessivamente gravosas e causem, por exemplo, prejuízo ao exercício da profissão. CONCLUSÃO 19. Recurso Especial parcialmente provido para determinar a devolução dos autos à origem, a fim de que o requerimento de adoção de medidas atípicas, feito com fundamento no artigo 139, IV, do CPC, seja analisado de acordo com o caso concreto, mediante a observância dos parâmetros acima delineados. (STJ - REsp: 1929230 MT 2020/0165756-0, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 04/05/2021, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/07/2021)¹⁴⁶.

Dessa forma, o entendimento do STJ é no sentido de que é possível serem aplicadas as medidas atípicas no cumprimento de sentença sem que, com isso, ocorra qualquer violação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, uma vez que tal decisão estaria fundamentada no art. 139, IV do CPC, além de estar respeitando o contraditório, e atentando à possibilidade de utilização dessas medidas de modo subsidiário¹⁴⁷.

Assim, partindo da hipótese de licitude das medidas executivas atípicas, é possível, na esteira do que já se defende para as medidas típicas (multa etc.), falar em sua aplicação direta ao agente público responsável pelo efetivo cumprimento das decisões judiciais, isto é: aquele que, dentro da estrutura administrativa, tenha o poder de fato para tanto.

Isto, porém, é algo por ser devidamente analisado num trabalho próprio.

Partamos, portanto, para o derradeiro capítulo.

¹⁴⁶ Disponível < <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1240177288>> Acesso: 03/09/2022.

¹⁴⁷ Frise-se, ademais, que, recentemente, o STF referendou a constitucionalidade, ainda que em tese, do inciso IV do art. 139, CPC. Segue a notícia do julgado: o Tribunal, por unanimidade, conheceu da ação direta, com ressalva do Ministro André Mendonça, que dela não conhecia no que tange ao art. 390, parágrafo único, do CPC. Por maioria, julgou improcedente o pedido, nos termos do voto do Relator, vencido, em parte, o Ministro Edson Fachin, que julgava parcialmente procedente a ação. Presidência da Ministra Rosa Weber. Plenário, 9.2.2023.

CAPÍTULO IV. DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL NO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

4.1) Da Teoria da Reserva do Possível

O art. 5º, § 1º da Constituição da República Federativa do Brasil dispõe que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. É o Poder Público o responsável pela aplicação desse direito, procedendo com a promulgação das leis, com a atuação de programas sociais, e com o julgamento das decisões que forcem os gestores públicos a efetuarem políticas públicas em favor da sociedade¹⁴⁸.

A Reserva do Possível se consubstancia no fato de que o Poder Público deve prover o mínimo existencial a partir do preenchimento de 3 requisitos: existência de fundos; disponibilidade de representação judicial; e equiparação das prestações. É importante que a tese da reserva do possível esteja amparada na reserva e controle orçamentário estatal para a materialização dos mais básicos direitos essenciais elencados na Constituição Federal¹⁴⁹.

Para a efetivação desses direitos básicos previstos na Constituição Federal é importante que seja fixado um limite razoável para que o Poder Público atenda às necessidades sociais, conciliando as diversas demandas individuais com a capacidade financeira estatal, por meio de políticas públicas¹⁵⁰.

Segundo Matheus Ferreira Bezerra:

No Brasil, a teoria da reserva do possível é utilizada para que o Estado justifique a impossibilidade orçamentária para o atendimento do direito fundamental, ainda que o poder público não demonstre claramente o cumprimento de uma prestação

¹⁴⁸ PAULO, Barbon Guilherme; MACHADO, Edinilson Donisete. **O Direito Constitucional Pátrio: As Implicações da Utilização da Teoria da Reserva Possível**. Revista do Direito Público, Londrina, v. 13, n. 2, p.14-38, ago. 2018. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2018v13n2p14. ISSN: 1980-511X. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Dir-Pub_v.13_n.2.01.pdf> Acesso em: 05/09/2022.

¹⁴⁹ PAULO, Barbon Guilherme; MACHADO, Edinilson Donisete. **O Direito Constitucional Pátrio: As Implicações da Utilização da Teoria da Reserva Possível**. Revista do Direito Público, Londrina, v. 13, n. 2, p.14-38, ago. 2018. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2018v13n2p14. ISSN: 1980-511X. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Dir-Pub_v.13_n.2.01.pdf> Acesso em: 05/09/2022.

¹⁵⁰ PAULO, Barbon Guilherme; MACHADO, Edinilson Donisete. **O Direito Constitucional Pátrio: As Implicações da Utilização da Teoria da Reserva Possível**. Revista do Direito Público, Londrina, v. 13, n. 2, p.14-38, ago. 2018. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2018v13n2p14. ISSN: 1980-511X. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Dir-Pub_v.13_n.2.01.pdf> Acesso em: 05/09/2022.

mínima. Trata-se de uma argumentação utilizada pela doutrina que tenta justificar o não cumprimento de um direito, tendo em vista o seu custo¹⁵¹.

A dificuldade para a aplicação da referida tese da reserva do possível está exatamente na identificação das prioridades sociais e no que se relaciona ao mínimo existencial, levando em conta todas as demandas descritas no art. 6º da Constituição: educação, saúde, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados.

Luiz Henrique Diniz Araújo corrobora com esse mesmo entendimento de Matheus Ferreira Bezerra de que o custo desse direito tem um papel preponderante para o Estado:

Parte-se do pressuposto de que o provimento de direitos (no caso específico, direitos sociais) tem um custo e que, sem recursos financeiros, não há Estado; conseqüentemente, não há proteção aos direitos. Essa compreensão não implica necessariamente uma “precificação” dos direitos, mas a constatação de que o seu custo é um elemento fundamental para a efetivação¹⁵².

No que se refere novamente à efetividade desses direitos em conformidade com a Teoria da Reserva do Possível, é importante a atuação conjunta e harmônica dos três Poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário. Sendo o Poder Legislativo responsável por elaborar leis de políticas públicas juntamente com a alocação de recursos; o Executivo responsável pela implementação e fiscalização da utilização desses recursos e o Judiciário com o compromisso de auxiliar os dois últimos poderes. A doutrina neoconstitucionalista tem promovido um protagonismo do Poder Judiciário diante de situações que envolvem direitos sociais básicos dos cidadãos, mais especialmente quando se trata do direito à saúde¹⁵³.

No tocante ao papel do Poder Executivo quanto à limitação ao atendimento das diversas demandas sociais, cabe expor e frisar o que diz Laís Gomes Bergstein:

¹⁵¹ BEZERRA, Matheus Ferreira. **A Reserva do Possível e o Possível da Reserva: Considerações sobre a Aplicação dos Direitos Fundamentais no Brasil**. Editora Mente Aberta. Constituídos: compartilhando direitos aos 30 anos da Carta Cidadã, v. 1, p. 204-224, 2018.

¹⁵² ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. **A Efetivação Judicial dos Direitos Sociais Inscritos na Constituição da República Federativa do Brasil**. República Federativa do Brasil / Luiz Henrique Diniz Araujo. – Recife: O Autor, 2013.129 f. Orientador: Francisco Ivo Dantas Cavalcanti. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2013.

¹⁵³ PAULO, Barbon Guilherme; MACHADO, Edinilson Donisete. **O Direito Constitucional Pátrio: As Implicações da Utilização da Teoria da Reserva Possível**. Revista do Direito Público, Londrina, v. 13, n. 2, p.14-38, ago. 2018. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2018v13n2p14. ISSN: 1980-511X. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Dir-Pub_v.13_n.2.01.pdf> Acesso em: 05/09/2022.

Entretanto, a reserva do possível não pode ser um limite absoluto ou um reiterado fundamento para negar a realização de direitos fundamentais. Inicialmente, pondere-se que a alegação de inexistência de recursos disponíveis atribui ao Poder Público o ônus da prova, nos termos do art. 333, II, do Código de Processo Civil (CPC). [...] Não basta, assim, uma alegação genérica e destituída de qualquer respaldo probatório para imediatamente afastar a responsabilidade estatal¹⁵⁴.

Cabe ao Poder Judiciário, por meio da atuação dos magistrados, implementar as políticas públicas a partir da observância de três requisitos: a identificação dos métodos de controle; a preservação do acesso à informação e a criação das ferramentas de controle. Ocorre que não é função do Judiciário interceder de forma desordenada nas políticas públicas tanto nas funções administrativas como legislativas. A intervenção do Poder Judiciário deve ser cautelosa de modo a adequar as políticas públicas aos ditames da Carta Magna, e ao mesmo tempo impedir que o Poder Público se utilize do argumento da reserva do possível para não instituir políticas sociais em função da ausência de recursos financeiros¹⁵⁵.

Luiz Henrique Diniz Araújo lembra que, segundo DWORKIN, existem duas correntes na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos: a do ativismo judicial (judicial activism) e a da contenção judicial (judicial restraint). No primeiro caso há uma liberdade por parte da Corte de interpretar/revisar as normas constitucionais vagas com base em alguns princípios, tais como o da legalidade e da igualdade, julgando, por consequência, os atos do Executivo, incluindo o Presidente, e do Legislativo. Já o segundo caso não permite qualquer intromissão do Poder Judiciário em assuntos relativos a outros Poderes. Reconhece que a falta de efetivação de políticas públicas que permitiriam o cumprimento de direitos fundamentais, acarretam omissões constitucionais cujo remédio se encontra no ordenamento jurídico brasileiro a exemplo do mandado de injunção (art. 5º, LXXI, CF) bem como a ação de

¹⁵⁴ BERGSTEIN, Laís Gomes. **A Responsabilidade Estatal na Seara da Saúde Pública: A Alocação de Recursos e a “Reserva do Possível”**. In: Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 8, n. 1, p. 84-100, jan./jun. 2014. 99. Disponível < https://www.academia.edu/12167826/A_RESPONSABILIDADE_ESTATAL_NA_SEARA_DA_SA%C3%9ADE_P%C3%9ABLICA_A_ALOCA%C3%87%C3%83O_DE_RECURSOS_E_A_RESERVA_DO_POSS%C3%8DVEL_> Acesso em: 05/09/2022.

¹⁵⁵ PAULO, Barbon Guilherme; MACHADO, Edinilson Donisete. **O Direito Constitucional Pátrio: As Implicações da Utilização da Teoria da Reserva Possível**. Revista do Direito Público, Londrina, v. 13, n. 2, p.14-38, ago. 2018. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2018v13n2p14. ISSN: 1980-511X. Disponível em: < http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Dir-Pub_v.13_n.2.01.pdf> Acesso em: 05/09/2022.

inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º da CF). Ocorre que tais instrumentos possuem uma reduzida eficácia¹⁵⁶.

Quanto a esse ponto, Guilherme Barbon Paulo e Edinilson Donisete Machado entendem que:

O neoconstitucionalismo deve complementar o positivismo sem superá-lo por completo, atuando na concretização do texto constitucional em todas as esferas e colaborando com a maximização da efetividade dos direitos sociais. No campo prático, os tribunais já emitiram decisões sobre seu posicionamento nos casos envolvendo a teoria da reserva do possível, o mínimo existencial e a máxima efetivação dos direitos sociais. [...] depreende-se que a definição do orçamento impõe ao legislador e ao governante a função de efetivação dos direitos sociais por meio de programas públicos que garantam a inclusão e a justiça em todas as áreas sociais. A falta de ação do Poder Legislativo e do Poder Executivo comprometem a responsabilidade política com a afirmação do princípio basilar da dignidade humana na sociedade e enseja a participação ativa do Poder Judiciário no sentido de viabilizar os projetos com a finalidade de materialização dos direitos fundamentais sociais¹⁵⁷.

Ocorre que em função da dificuldade de gestão dos recursos e o incremento de políticas públicas adequadas, além de outros empecilhos, o Judiciário passou a ser acionado e assumiu o papel de protagonista na defesa da materialização dos direitos constitucionais fundamentais¹⁵⁸.

Pondera Laís Gomes Bergstein quanto a esse ponto:

A despeito do protagonismo do Poder Judiciário na resolução das lides decorrentes da deficiência de políticas públicas que garantam os direitos sociais, as dificuldades de efetivação dos direitos sociais, além de estarem relacionadas à falta de investimentos, também decorrem da falta de profissionais capacitados – problema

¹⁵⁶ ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. **A Efetivação Judicial dos Direitos Sociais Inscritos na Constituição da República Federativa do Brasil**. República Federativa do Brasil / Luiz Henrique Diniz Araujo. – Recife: O Autor, 2013. 129 f. Orientador: Francisco Ivo Dantas Cavalcanti. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2013.

¹⁵⁷ PAULO, Barbon Guilherme; MACHADO, Edinilson Donisete. **O Direito Constitucional Pátrio: As Implicações da Utilização da Teoria da Reserva Possível**. Revista do Direito Público, Londrina, v. 13, n. 2, p.14-38, ago. 2018. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2018v13n2p14. ISSN: 1980-511X. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Dir-Pub_v.13_n.2.01.pdf> Acesso em: 05/09/2022.

¹⁵⁸ BERGSTEIN, Laís Gomes. **A Responsabilidade Estatal na Seara da Saúde Pública: A Alocação de Recursos e a “Reserva do Possível”**. In: Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 8, n. 1, p. 84-100, jan./jun. 2014. 99. Disponível <https://www.academia.edu/12167826/A_RESPONSABILIDADE_ESTATAL_NA_SEARA_DA_SA%C3%9ADE_P%C3%9ABLICA_A_ALOCA%C3%87%C3%83O_DE_RECURSOS_E_A_RESERVA_DO_POSS%C3%8DVEL_> Acesso em: 05/09/2022.

que, por sua vez, tem origem também na educação pública deficitária -, da carência de recursos materiais e de problemas congênitos de infraestrutura em um país de dimensões continentais.[...] não cabe ao Poder Judiciário a formulação de políticas sociais e econômicas para fomentar a saúde, é obrigação sua apurar se as políticas implementadas pelos órgãos competentes atendem às determinações constitucionais de acesso universal e igualitário. É encargo o Judiciário, uma vez acionado, pronunciar-se sobre a negativa da Administração Pública (seja ela de prover determinado medicamento ou garantir o tratamento pretendido). Pelas próprias características da prestação jurisdicional, os magistrados acabam exercendo um papel vital na esfera de promoção da saúde¹⁵⁹.

É bem verdade que existem algumas adversidades na prestação dos serviços de saúde, exemplo de um direito fundamental constitucionalmente previsto, dentre elas se relaciona a escassez dos meios estatais, bem como uma sucessão de setores prioritários de investimento. A utilização da teoria da reserva do possível se baseia exatamente na existência de uma dificuldade de efetivação das políticas públicas com vistas a assegurar a plenitude dos direitos aos cidadãos. E a ideia da reserva do possível possui uma dimensão tríplice: a) uma verdadeira disponibilidade de recursos para a materialização dos direitos fundamentais; b) acessibilidade jurídica de recursos tanto materiais como humanos, referente à distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas; c) proporcionalidade da prestação (exigibilidade e razoabilidade)¹⁶⁰.

Ocorre que a reserva do possível não pode ser uma escusa para a negativa reiterada de cumprimento de decisões judiciais que abarquem direitos fundamentais, muito menos um limite absoluto para a efetivação desses direitos, sendo, portanto, ônus da prova do Poder Público quanto à alegação de inexistência de recursos disponíveis, com fundamento no art. 333, II, do Código de Processo Civil. O conceito de mínimo existencial surgiu exatamente da impossibilidade de garantir a todos os cidadãos a plenitude de direitos, devendo o Estado prover um conjunto mínimo de direitos fundamentais para a preservação da vida com dignidade, sendo assim os Tribunais Superiores não podem invocar a tese da reserva do

¹⁵⁹ BERGSTEIN, Laís Gomes. **A Responsabilidade Estatal na Seara da Saúde Pública: A Alocação de Recursos e a “Reserva do Possível”**. In: *Conhecimento Interativo*, São José dos Pinhais, PR, v. 8, n. 1, p. 84-100, jan./jun. 2014. 99. Disponível <https://www.academia.edu/12167826/A_RESPONSABILIDADE_ESTATAL_NA_SEARA_DA_SA%C3%9ADE_P%C3%9ABLICA_A_ALOCA%C3%87%C3%83O_DE_RECURSOS_E_A_RESERVA_DO_POSS%C3%8DVEL_> Acesso em: 07/09/2022.

¹⁶⁰ BERGSTEIN, Laís Gomes. **A Responsabilidade Estatal na Seara da Saúde Pública: A Alocação de Recursos e a “Reserva do Possível”**. In: *Conhecimento Interativo*, São José dos Pinhais, PR, v. 8, n. 1, p. 84-100, jan./jun. 2014. 99. Disponível <https://www.academia.edu/12167826/A_RESPONSABILIDADE_ESTATAL_NA_SEARA_DA_SA%C3%9ADE_P%C3%9ABLICA_A_ALOCA%C3%87%C3%83O_DE_RECURSOS_E_A_RESERVA_DO_POSS%C3%8DVEL_> Acesso em: 08/09/2022.

possível quando estiverem tratando desse mínimo existencial¹⁶¹.

Nesse sentido, importa transcrever recente decisão do Superior Tribunal de Justiça quanto à impossibilidade de se alegar reserva do possível quando se trata de direitos fundamentais:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ESTABELECIMENTO PENAL. INTERDIÇÃO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. NÃO OCORRÊNCIA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. É firme o entendimento desta Corte no sentido de que "não há ato ilegal ou abusivo na decisão de interdição do estabelecimento prisional, ao tempo em que não existe direito líquido e certo do Estado à manutenção do funcionamento de estabelecimento penal, na hipótese em que constatada violação a direitos e garantias estabelecidos na Lei de Execução Penal" (AgInt no RMS n. 53.061/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 18/11/2021). Nesse mesmo sentido: EDcl no AgInt no RMS 55.163/RS, Rel. Ministro MANOEL ERHARDT (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF-5ª REGIÃO), PRIMEIRA TURMA, DJe de 20/4/2021; RMS n. 45.212/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe de 29/5/2018; AgRg no RMS n. 27.858/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe de 3/12/2015. 2. No julgamento do RE 592.581/RS, com repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a supremacia dos postulados da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial legitima a imposição, ao Poder Executivo, de medidas em estabelecimentos prisionais destinadas a assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível. Eis a ementa do aludido julgado: RE n. 592.581, Rel. Ministro RICARDO LESANDOWSKI, TRIBUNAL PLENO, DJe de 29/1/2016). 3. Hipótese em que não se vislumbra no ato apontado como coator eventual abuso de direito, na medida em que a intervenção judicial restou fundamentada na necessidade de fazer cessar ou, no mínimo, amenizar a situação de grave violação à garantia constitucional do respeito à integridade física e moral dos presos e aos princípios da dignidade da pessoa humana, encontrada em razão da superpopulação carcerária. 4. O acolhimento da tese aduzida pelo agravante, no sentido de que "o Presídio em questão não submete seus internos à situação degradante ou de risco mas, pelo contrário, realiza todos os esforços para garantir-lhes dignidade e reinserção social, com implementação de projetos variados para os reeducandos" (fl. 467) demandaria dilação probatória, o que é inviável no rito estreito do mandado de segurança. 5. Agravo interno não provido¹⁶².

Havendo um conflito entre os direitos fundamentais, o gestor público deverá optar pelo

¹⁶¹ BERGSTEIN, Laís Gomes. **A Responsabilidade Estatal na Seara da Saúde Pública: A Alocação de Recursos e a “Reserva do Possível”**. In: Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 8, n. 1, p. 84-100, jan./jun. 2014. 99. Disponível <https://www.academia.edu/12167826/A_RESPONSABILIDADE_ESTATAL_NA_SEARA_DA_SA%C3%9ADE_P%C3%9ABLICA_A_ALOCA%C3%87%C3%83O_DE_RECURSOS_E_A_RESERVA_DO_POSS%C3%8DVEL_> Acesso em: 08/09/2022.

¹⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ – AgInt no RMS 64660 / MG - AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2020/0249922-9 – Minas Gerais, 1ª Turma, Rel. Min. Sérgio Kukina. Publicado no DJ de 25/08/2022.

direito de maior importância no âmbito do ordenamento jurídico, a exemplo a saúde. Mesmo que se identifique que, de fato, os recursos são insuficientes, e não podem ser utilizados para qualquer propósito. O direito à saúde se encontra dentro do rol do mínimo existencial, dentro dos direitos que devem ser priorizados, e a reserva do possível, nesse caso específico, não pode ser uma explicação para a continuidade do mau atendimento na saúde pública¹⁶³.

Em razão da inoperância da gestão pública no âmbito da saúde que o cidadão opta por recorrer ao Judiciário, por meio da tutela jurisdicional, a fim de resguardar o seu direito fundamental e até mesmo o princípio da separação dos poderes não pode ser referido se não significar uma violação a esse direito. O Poder Judiciário não pode renunciar o dever de intervir nas demandas que versem sobre saúde, vida e dignidade, deixando inteiramente a cargo do Executivo e do Legislativo a decisão de quais políticas públicas devem ser concretizadas por intermédio da livre destinação de recursos¹⁶⁴.

Concluem Guilherme Barbon Paulo e Edinilson Donisete Machado que:

Os organismos judiciários atuam conforme os ditames do neoconstitucionalismo, que se fundamenta na supremacia constitucional, nas técnicas interpretativas e nos métodos construtivistas e racionais. A partir destes preceitos, os magistrados e tribunais aproximam-se da sociedade e se caracterizam como agentes de transformação pelo julgamento dos casos fundados na ponderação conforme a Constituição da República do Brasil de 1988. Ressalta, contudo, que a atuação neoconstitucional deve complementar as práticas positivistas, unindo a segurança jurídica com a busca da justiça material de modo que todos os Poderes atuem conjuntamente para a diminuição dos problemas sociais crônicos que assolam o país¹⁶⁵.

O que ocorre é que o jurisdicionado recorre ao Judiciário buscando, na grande maioria das vezes, individualmente, ou melhor, sem envolver a coletividade, a tutela de seus direitos e

¹⁶³ BERGSTEIN, Laís Gomes. **A Responsabilidade Estatal na Seara da Saúde Pública: A Alocação de Recursos e a “Reserva do Possível”**. In: *Conhecimento Interativo*, São José dos Pinhais, PR, v. 8, n. 1, p. 84-100, jan./jun. 2014. 99. Disponível <https://www.academia.edu/12167826/A_RESPONSABILIDADE_ESTATAL_NA_SEARA_DA_SA%C3%9ADE_P%C3%9ABLICA_A_ALOCA%C3%87%C3%83O_DE_RECURSOS_E_A_RESERVA_DO_POSS%C3%8DVVEL_> Acesso em: 08/09/2022.

¹⁶⁴ BERGSTEIN, Laís Gomes. **A Responsabilidade Estatal na Seara da Saúde Pública: A Alocação de Recursos e a “Reserva do Possível”**. In: *Conhecimento Interativo*, São José dos Pinhais, PR, v. 8, n. 1, p. 84-100, jan./jun. 2014. 99. Disponível <https://www.academia.edu/12167826/A_RESPONSABILIDADE_ESTATAL_NA_SEARA_DA_SA%C3%9ADE_P%C3%9ABLICA_A_ALOCA%C3%87%C3%83O_DE_RECURSOS_E_A_RESERVA_DO_POSS%C3%8DVVEL_> Acesso em: 11/09/2022.

¹⁶⁵ PAULO, Barbon Guilherme; MACHADO, Edinilson Donisete. **O Direito Constitucional Pátrio: As Implicações da Utilização da Teoria da Reserva Possível**. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 13, n. 2, p.14-38, ago. 2018. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2018v13n2p14. ISSN: 1980-511X. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Dir-Pub_v.13_n.2.01.pdf> Acesso em: 11/09/2022.

geralmente os consegue. A despeito do protagonismo do Poder Judiciário, a dificuldade de efetivação dos direitos sociais se relacionada à ausência de investimentos em determinadas áreas, bem como à escassez de profissionais capacitados, à insuficiência de recursos materiais e embaraços na infraestrutura em um país de grandes dimensões¹⁶⁶.

Entende Laís Gomes Bergstein:

Verifica-se, na prática, que a intervenção do Judiciário torna-se com frequência indispensável: diante de um conflito de interesses e da inércia estatal, a tutela judicial é muitas vezes necessária até mesmo para assegurar o exercício de um direito fundamental, ainda que, em grande parte dos casos, apenas individualmente (...) Face à ineficiência da gestão pública em conflito com o direito à saúde ou até mesmo à vida, resta ao jurisdicionado a faculdade (muitas vezes única) de pleitear a tutela jurisdicional, visando garantir a sua própria sobrevivência¹⁶⁷.

A reserva do possível se trata de um princípio de origem alemã, e geralmente utilizado como justificativa do Poder Público para a não efetivação de direitos fundamentais com base na escassez de recursos públicos. Significa, em outras palavras, que não há como disponibilizar os serviços públicos existentes a toda a sociedade, em virtude justamente dessa insuficiência de recursos é que se deve priorizar o mínimo existencial – o direito fundamental à saúde – cobrando do gestor governamental a alocação de mais investimentos e aprimoramento nessa área. Quando o Estado não consegue garantir ao menos o mínimo existencial, resta ao cidadão demandar ao Poder Judiciário para que esse último intervenha através de uma tutela jurisdicional.

¹⁶⁶ BERGSTEIN, Laís. **A Responsabilidade Estatal na Seara da Saúde Pública: A Alocação de Recursos e a “Reserva do Possível”**. Disponível em: <https://www.academia.edu/12167826/A_RESPONSABILIDADE_ESTATAL_NA_SEARA_DA_SA%C3%9ADE_P%C3%9ABLICA_A_ALOCA%C3%87%C3%83O_DE_RECURSOS_E_A_RESERVA_DO_POSS%C3%8DVEL_email_work_card=view-paper>. Acesso em: 02/12/2022.

¹⁶⁷ BERGSTEIN, Laís. **A Responsabilidade Estatal na Seara da Saúde Pública: A Alocação de Recursos e a “Reserva do Possível”**. Disponível em: <https://www.academia.edu/12167826/A_RESPONSABILIDADE_ESTATAL_NA_SEARA_DA_SA%C3%9ADE_P%C3%9ABLICA_A_ALOCA%C3%87%C3%83O_DE_RECURSOS_E_A_RESERVA_DO_POSS%C3%8DVEL_email_work_card=view-paper>. Acesso em: 03/12/2022.

4.2) Efetividade das decisões de obrigação de fazer

Existe uma diferença entre eficácia e efetividade, enquanto a eficácia diz respeito à capacidade de produzir efeitos jurídicos; a efetividade se refere à concretização da função social, a realização de um direito. Uma é preparatória da outra, no caso a eficácia é preparatória da efetividade. Deve-se ter em mente, no entanto, que a capacidade de produzir efeitos não está ligada somente a mecanismos legais ou constitucionais, mas a outros dados. Isso porque a capacidade de produzir efeitos ocorre quando há a possibilidade técnica de atuação da norma, em função da existência de bases normativas as quais se harmonizam à produção de efeitos materiais¹⁶⁸.

O direito a saúde (art. 6º da CF) por exemplo está inserido dentro das normas de eficácia plena, as quais não necessitam de regulamentação para produzir seus efeitos, ao contrário das normas de eficácia limitada que dependem necessariamente de uma atuação do Estado. Para que o direito à saúde produza eficácia, há, entretanto, o estabelecimento de algumas medidas, tais como: a construção de hospitais, contratação de médicos nos serviços públicos de saúde, criação de legislação apta a disciplinar a forma de financiamento e utilização desses serviços públicos, bem como a definição de prioridades com a finalidade de combater doenças. Observa-se que para produzir efeitos é importante a existência de atuação Estatal nesse caso, uma vez que a norma não produz efeitos por si só¹⁶⁹ apesar de ser uma norma de eficácia plena.

Entende Virgílio Afonso da Silva no que se refere à dificuldade de se sustentar que as normas que garantem liberdades públicas tenham eficácia plena desde a promulgação da Constituição:

Sobretudo no que diz respeito aos direitos de proteção e aos direitos a organização e procedimentos, a eficácia plena da norma só pode surgir a partir do momento em que a proteção estatal é efetiva e as organizações e os procedimentos necessários forem estabelecidos. Um exemplo pode deixar essa ideia um pouco mais clara. A norma que garante o direito de propriedade, enquanto norma que apenas exige uma abstenção estatal, seria de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Mas o direito de propriedade só é pleno se, de fato, o Estado cumprir seu dever de protegê-lo. Para

¹⁶⁸ DA SILVA, Virgílio Afonso. Direitos Fundamentais conteúdo essencial, restrições e eficácia. Malheiros Editores, São Paulo, 2009, pp. 228 a 231.

¹⁶⁹ DA SILVA, Virgílio Afonso. Direitos Fundamentais conteúdo essencial, restrições e eficácia. Malheiros Editores, São Paulo, 2009, pp. 228 a 231.

tanto, é necessário legislar, criar e manter organizações – Polícia, Poder Judiciário etc.; é necessário criar um registro de imóveis; é necessário pensar em procedimentos para a aquisição da propriedade – dentre outras várias ações necessárias. Sem tudo isso a norma não tem capacidade de produzir os efeitos desejados. Em suma: sem regulamentação, sem intervenção estatal, nem mesmo a norma que garante um direito individual ou uma liberdade pública tem capacidade de produzir esses efeitos¹⁷⁰.

Segundo ainda Virgílio Afonso da Silva deve se pensar em uma eficácia mitigada tanto no que condiz às normas de eficácia plena como limitada:

De um lado, a crença na eficácia plena de algumas normas, sobretudo no âmbito dos direitos fundamentais, solidificou a ideia de que não é nem necessário nem possível agir, nesse âmbito, para desenvolver essa eficácia. Se ela é plena, nada mais precisa ser feito. Quanto mais essa crença for mitigada, como é o caso das conclusões deste trabalho, tanto maior será o ganho em eficácia e efetividade. Para mencionar apenas um exemplo: se se imagina que a liberdade de imprensa é garantida por uma norma de eficácia plena, pode ser que a consequência dessa premissa seja a sensação de que já se atingiu o ápice da normatividade constitucional. Ao se mitigar essa ideia, torna-se possível exigir, por exemplo, ações que criem as condições não apenas de uma imprensa livre, mas de uma imprensa livre, plural e democrática. De outro lado, a constatação de que algumas normas têm eficácia meramente limitada pode levar a duas posturas diversas: com base em uma determinada concepção de separação de Poderes pode-se imaginar que nada resta aos operadores do direito, sobretudo aos juízes, senão esperar por uma ação dos Poderes políticos; com base em concepção diversa, pode-se imaginar que a tarefa do operador do direito, sobretudo do juiz, é substituir os juízos de conveniência e oportunidade dos Poderes políticos pelos seus próprios. Segundo o modelo que aqui se defende, nem uma nem outras posturas são as mais adequadas. Com a ênfase, reiterada a todo instante, nas exigências argumentativas que as restrições e a proteção aos direitos fundamentais impõem, a postura mais adequada parece ser aquela que se disponha a um desenvolvimento e a uma proteção dos direitos fundamentais baseados nem na omissão nem na ação isolada e irracional, mas a partir de um diálogo constitucional fundado nessas premissas de comunicação intersubjetiva entre os Poderes estatais e a comunidade¹⁷¹.

Por mais que a norma tenha eficácia plena, Lúcio Grassi Gouveia entende que ela não se encontra pronta e acabada, já que o magistrado exerce uma atividade criadora, sem violar o princípio da separação dos poderes, no julgamento do caso concreto, exatamente porque a atividade judicante não se limita a uma simples aplicação da norma mas conta com a participação valorativa e criativa do aplicador na realização do direito atendendo às peculiaridades do caso concreto:

¹⁷⁰ DA SILVA, Virgílio Afonso. Direitos Fundamentais conteúdo essencial, restrições e eficácia. Malheiros Editores, São Paulo, 2009, p. 236.

¹⁷¹ DA SILVA, Virgílio Afonso. Direitos Fundamentais conteúdo essencial, restrições e eficácia. Malheiros Editores, São Paulo, 2009, p. 255 e 256.

Diante da conclusão de que a atividade decisória tem caráter constitutivo, fica evidenciada a natureza criativa da atividade do juiz na realização do direito. Como vimos, o direito a se aplicar ao caso concreto não se apresenta pronto e acabado, como algo constituído, mas como uma realidade constitutiva, só havendo efetiva manifestação no seu decisivo conteúdo normativo na própria realização. A ilusão de que legislador possui o monopólio da criação do direito, ilusão que parecia querer fundamentar-se no princípio da separação dos poderes, vê-se destruída em prol de uma atividade criadora do juiz no julgamento de casos concretos. Afasta-se, ainda, a ideia de que o juiz interpreta a lei. A realização do direito, atividade normativamente constitutiva, demonstra que o ato intencional se dirige não a compreender qualquer significação de um texto mas para obter do ordenamento jurídico uma norma ou critério normativo que irá reger um específico caso concreto que se lhe apresenta. Podemos concluir dizendo que a norma de decisão não é pré-dada, mas constituída, construída, segundo uma atividade criativa do juiz. E que tal criatividade ocorrerá tanto no que a doutrina tradicional chama de interpretação, como na integração e no desenvolvimento do direito, em intensidade geralmente crescente da primeira para a última [...] Nesse contexto, a criatividade do juiz, em menor ou maior escala, passa a ser momento integrante da realização do direito, nessa eterna busca de satisfação da sociedade, através da solução adequada dos problemas concretos que a afligem¹⁷².

Segundo Paulo Bonavides os direitos fundamentais não se interpretam e sim se concretizam. Tais direitos se arvoram como a bússola da Constituição, uma vez que a pior das Inconstitucionalidades é justamente a de cunho material e não formal¹⁷³:

Cabe, por conseguinte, reiterar: quem governa com grandes omissões constitucionais de natureza material menospreza os direitos fundamentais e os interpreta a favor dos fortes contra os fracos. Governa, assim, fora da legítima ordem econômica, social e cultural e se arreda da tridimensionalidade emancipativa contida nos direitos fundamentais da segunda, terceira e quarta gerações. Em razão disso, é de admitir que a Constituição formal perca, ali, a sua legitimidade com o solo das instituições revolvido pelos abalos violentos e frequentes da crise constituinte. Não há constitucionalismo sem direitos fundamentais. Tampouco há direitos fundamentais sem a constitucionalidade da ordem material cujo norte leva ao princípio da igualdade, pedestal de todos os valores sociais de justiça¹⁷⁴.

Mesmo que se entenda que todos os direitos fundamentais estão inseridos nas normas de eficácia plena, a despeito de existirem dentro desse rol dispositivos cuja classificação compõe normas de natureza programática a exemplo do art. 205 da CF que trata do direito à educação, há normas que como nesse último exemplo exigem uma atuação concreta dos órgãos estatais,

¹⁷² GOUVEIA, Lúcio Grassi de. *Interpretação Criativa e Realização do Direito*. Edições Bagaço. Recife. 2000, pp. 144, 145, 173 e 179.

¹⁷³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros Editores Ltda. 16ª edição. São Paulo, 2005, p. 592 e 601.

¹⁷⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros Editores Ltda. 16ª edição. São Paulo, 2005, p. 601.

em especial do legislador, sem que com isso se esteja negando vigência a essas normas¹⁷⁵.

Nesse sentido, o Poder Judiciário possui o poder-dever de aplicar de modo imediato as normas as quais dispõem a respeito dos direitos e garantias fundamentais, garantindo, com isso, a plena eficácia de tais normas:

Parte da doutrina ainda foi bem além, sustentando o ponto de vista segundo o qual a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF estabelece a vinculação de todos órgãos públicos e particulares aos direitos fundamentais, no sentido de que os primeiros estão obrigados a aplica-los, e os particulares a cumpri-los, independentemente de qualquer ato legislativo ou administrativo. Da mesma forma, em face do dever de respeito e aplicação imediata dos direitos fundamentais em cada caso concreto, o Poder Judiciário encontra-se investido do poder-dever de aplicar imediatamente as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, assegurando-lhes sua plena eficácia. A falta de concretização não poderá, de tal sorte, constituir obstáculo à aplicação imediata pelos juízes e tribunais, na medida em que o Judiciário – por força do disposto no art. 5º, § 1º, da CF -, não apenas se encontra na obrigação de assegurar a plena eficácia dos direitos fundamentais, mas também autorizado a remover eventual lacuna oriunda da falta de concretização, valendo-se do instrumental fornecido pelo art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, de acordo com o qual: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. [...] Com efeito, especialmente no que concerne aos direitos fundamentais sociais de natureza prestacional, verifica-se que os limites da reserva do possível, da falta de qualificação (e/ou legitimação) dos tribunais para a implementação de determinados programas socioeconômicos, bem como a colisão com outros direitos fundamentais podem, dentre outros aspectos, exercer uma influência decisiva¹⁷⁶.”

Segundo ainda Ingo Wolfgang Sarlet a recusa da aplicação das normas de eficácia plena, quando houver limites como a ausência de recursos (reserva do possível), deve ser não só justificada como bem fundamentada:

Creemos ser possível atribuir ao preceito em exame o efeito de gerar uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, de sorte que eventual recusa de sua aplicação, em virtude da ausência de ato concretizador, deverá (por ser excepcional) ser necessariamente fundamentada e justificada, presunção esta que não milita em favor das demais normas constitucionais, que, como visto, nem por isso deixarão de ser imediatamente aplicáveis e plenamente eficazes, na medida em que não reclamarem uma *interpositivo legislatoris*, além de gerarem – em qualquer hipótese – uma eficácia em grau mínimo. Isto significa, em última análise, que, no concernente aos direitos fundamentais, a aplicabilidade imediata e eficácia plena assumem a condição de regra geral, ressalvadas exceções que, para serem legítimas, dependem de convincente justificação à luz do caso concreto, no âmbito de uma exegese calcada em cada norma de direito fundamental e sempre afinada com os postulados de uma interpretação tópico-sistemática, tal qual proposta, entre nós, na já referida e

¹⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Ver. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009, p. 266

¹⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Ver. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009, pp. 268 a 270.

referencial obra de Juarez Freitas¹⁷⁷.

No caso das obrigações de fazer elas possuem uma natureza prestacional, ou seja, necessitam de tarefas a serem promovidas, no caso do presente trabalho, pelo Estado. E, no caso de ser uma prestação relacionada a um direito fundamental, a exemplo do fornecimento de medicamento por parte do Poder Público, esse último deve realizar um conjunto de medidas positivas as quais incluem a alocação de recursos materiais, humanos e financeiros não só para a proteção desse direito como para sua implementação. Por outro lado, não há como negar que os direitos fundamentais também implicam em um custo, além do que não há como negar que existe a possibilidade de o órgão judiciário impor ao Poder Público a satisfação de uma determinada prestação¹⁷⁸.

É evidente que existe uma dificuldade do destinatário da norma – Poder Público – em dispor das condições ou meios necessários para o realizar o cumprimento da prestação reclamada, em virtude justamente do seu custeio, uma vez que a renda do Estado é oriunda da receita tributária bem como de outras formas de arrecadação. Não se pode esquecer que esse mesmo Estado também detém o poder de disposição. Então, unindo a existência de recursos com o poder de disponibilidade, deve se atentar ainda se aquela prestação é razoável dentro dos parâmetros do que pode ser exigido na sociedade¹⁷⁹.

Para além disso, colhe-se o ensejo de referir decisão da Corte Constitucional Federal da Alemanha, que, desde o paradigmático caso *numerus clausus*, versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, firmou jurisprudência no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. Assim, poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento. O que contudo, corresponde ao razoável também depende – de acordo com a decisão referida e boa parte da doutrina alemã – da ponderação por parte do legislador. A partir do exposto, há como sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências

¹⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Ver. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009, p. 270 e 271.

¹⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Ver. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009, p. 285.

¹⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Ver. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009, p. 287.

tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. Todos os aspectos referidos guardam vínculo estreito entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo, além disso, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramenta para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional¹⁸⁰.

Uma vez que não há como satisfazer todos os direitos fundamentais, justamente em virtude do limite da reserva do possível, e, na hipótese de conflito de interesses, devem ser analisados aspectos como a proporcionalidade e a garantia do mínimo existencial com relação aos demais direitos justamente com o intuito de resguardar um outro direito fundamental¹⁸¹.

Após serem reconhecidas todas as ponderações: como reservas orçamentárias, poder de disponibilidade do Estado, razoabilidade e proporcionalidade, garantia constitucional das prestações de direitos fundamentais; além de serem reconhecidas as limitações da reserva do possível e concluir-se sobre a possibilidade de se efetuar a prestação e, mesmo assim, haver a negativa dessa prestação por parte do Poder Público¹⁸², é possível exigir do poder jurisdicional essa prestação do Estado.

E para que seja determinada essa prestação por parte do Poder Público, o Poder Judiciário pode inclusive se valer da determinação de medidas atípicas justamente para dar maior efetividade às decisões que impõem obrigações de fazer ao Estado.

Segundo Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira:

Há, atualmente, uma tendência de ampliação dos poderes executivos do magistrado, criando-se uma espécie de poder geral de efetivação, que permite ao julgador valer-se dos meios executivos que considerar mais adequados ao caso concreto, sejam eles de coerção direta, sejam de coerção indireta. Parte-se da premissa de que as “modalidades executivas devem ser idôneas às necessidades de tutela das diferentes

¹⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Ver. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009, p. 287 e 288.

¹⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Ver. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009, p. 288.

¹⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Ver. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009, p. 289.

situações de direito substancial”. No Brasil, há previsão expressa que garante a atipicidade dos meios executivos na efetivação das obrigações em geral¹⁸³.

Dessa forma, para que uma decisão atinja a sua eficácia, ou melhor, produza seus devidos efeitos jurídicos e contribua para se obter uma função social resultando na efetividade do direito pleiteado, é preciso haver uma harmonia entre os poderes. O Estado, poder Executivo, ao se obrigar a exercer à prestação de um serviço que contemple uma coletividade, permitindo a população a usufruir do mínimo existencial, não deve usar como justificativa para o descumprimento de toda e qualquer ordem judicial, especialmente aquelas que tratam dos direitos fundamentais mais básicos - a cláusula da reserva do possível - sob pena de, nesse caso, haver a interferência do Poder Judiciário com a aplicação inclusive de uma medida atípica fundamentada (art. 93, IX da CRFB), respeitando obviamente o contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, CRFB), ainda que diferidos, principalmente quando tais medidas acarretam a restrição do livre exercício dos direitos do devedor/executado, tudo com esteio na previsão, ainda que indeterminada, do art. 139, IV do CPC e quando do esgotamento das medidas típicas descritas exemplificativamente no art. 536 do CPC.

¹⁸³ DIDIER Jr, Fredie; Cunha, Leonardo Carneiro da; Braga, Paula Sarno; Oliveira, Rafael Alexandria de. Diretrizes para a Concretização das Cláusulas Gerais Executivas dos Arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC. Disponível em <<file:///C:/Users/DELL/Downloads/texto%20trabalho%20cla%CC%81usulas%20gerais%20executivas.pdf>> Acesso em: 18/09/2022.

CONCLUSÃO:

1) A Fazenda Pública, pessoa jurídica de direito público, pode estar inserida como parte em um determinado processo, o qual, no caso do presente trabalho, em uma ação de cumprimento de obrigação de fazer. Pois bem, a Fazenda Pública, é a parte executada na demanda de cumprimento de obrigação de fazer. Assim, o ente público tem capacidade de ser parte; de estar em juízo e também possui capacidade postulatória por intermédio de seu procurador judicial, titular de cargo público distintivo de advogado, sem necessidade de proceder à juntada de um instrumento procuratório, uma vez que sua representação decorre de lei e a relação do seu cargo advir de uma natureza normativa. É o juiz, o qual não tem interesse próprio no processo, que irá aplicar a incidência do direito e é o art. 139 do CPC que estabelece as disposições de como o juiz dirigirá o processo;

2) Como a Fazenda representa os bens e interesses públicos, e por esse motivo possui algumas vantagens que as diferenciam dos entes privados, a exemplo dos prazos dilatados; da intimação pessoal; da ausência da presunção de veracidade/legitimidade para a Administração Pública nos casos de revelia; bem como da impenhorabilidade de seus bens, sendo a execução sujeita à expedição de precatório ou requisição de pequeno valor. É, portanto, a responsável pela gestão econômico financeira do ente público, encontra-se intrincada com o termo erário, e se consubstancia em uma pessoa jurídica de direito público, ela é, na verdade, a personificação do próprio Estado em juízo, podendo estar presente inclusive nas demandas que não versem sobre questões econômicas e muito menos financeiras. Como dito anteriormente, o ente público é representado nos atos postulatórios em juízo pelo seu procurador judicial, razão pela qual é mais adequado para alguns doutrinadores, a exemplo de Ponte de Miranda, se utilizar a expressão apresentação no lugar de representação;

3) O jurisdicionado interpõe uma ação com o objetivo de ter o seu pleito atendido em um prazo razoável. Ao ser proferida a decisão de mérito, se inicia a fase de execução daquele julgado. Caso a parte vencida e executada na demanda não cumpra voluntariamente com a obrigação, o juiz, atendendo a um pedido do exequente, ou até mesmo de ofício, pode aplicar medidas coercitivas típicas inseridas no ordenamento jurídico, mais especificamente no art. 536 do CPC, ainda que esse dispositivo traga medidas meramente exemplificativas, tais como: a imposição de multa, a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva;

4) Contudo, tal obrigação pode não ser satisfeita ainda que sejam aplicadas essas medidas típicas. Nesse caso, o juiz, para assegurar o cumprimento dessa obrigação, pode se valer de medidas atípicas previstas, ainda que não especificadas, no art. 139, IV do CPC. Mesmo que esse dispositivo não tenha descrito quais medidas atípicas podem ser utilizadas pelo magistrado, uma vez que se trata de uma cláusula geral executiva, confere a ele poderes para determinar quaisquer medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias que garantem o cumprimento da medida judicial, não havendo quaisquer restrições para que elas sejam adotadas em face da Fazenda Pública;

5) Para aplicação dessas medidas atípicas devem ser observados alguns princípios, tais como: proporcionalidade; razoabilidade; proibição do excesso; eficiência; menor onerosidade na execução e separação dos poderes;

6) As medidas atípicas são aplicadas de forma subsidiária, ou seja, após não ser atingido o resultado esperado com a aplicação das medidas típicas pelo juiz de direito. Ocorre que o espectro de alternativas disponíveis de medidas atípicas é reduzido quando o executado é o ente público. Isso porque as medidas que atingem a pessoa do procurador, representante da Fazenda Pública em juízo, não são aplicadas pelos Tribunais Superiores (STJ e STF) que, a despeito de reconhecerem os amplos poderes do magistrado previstos no art. 139, IV do CPC, determinam nas obrigações de fazer em face do ente geralmente a aplicação de multa, bloqueio e sequestro de bens, afastando como exemplo a prisão civil a qual somente caberia no âmbito do processo civil nos casos de inadimplemento de prestação alimentícia;

7) Ao argumento da impossibilidade de cumprimento de uma determinada obrigação emanada pelo magistrado, o ente público justifica como causa impeditiva a cláusula da reserva do possível, ou seja, a escassez de recursos públicos financeiros é fator decisivo para que o Estado deixe de prover uma prestação estabelecida pelo Poder Judiciário sob o fundamento de acarretar um eventual prejuízo à coletividade em detrimento do benefício a uma única parte;

8) Ocorre que quando se trata de direitos fundamentais sociais mais básicos, essa garantia se encontra dentro do rol do mínimo existencial, e, portanto, deve ser priorizado, não devendo se utilizar a cláusula da reserva do possível como escusa para o descumprimento de uma obrigação que verse sobre saúde, vida e dignidade.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Anselmo Prieto. Fazenda Pública. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/466/edicao-2/fazenda-publica>. Acesso em: 15 de ago. de 2022

ALVIM, Arruda. ALVIM, Eduardo Arruda. BRUSCHI, Gilberto Gomes. CHECHI, Mara Larsen. COUTO, Mônica Bonetti. Execução Civil e Temas Afins – do CPC/73 ao Novo CPC – Estudos em Homenagem ao Professor Araken de Assis, Revista dos Tribunais, 1ª edição, 2014.

AMERICANO, Jorge. Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil; 1º volume (Arts. 1º a 290); 2ª edição atualizada; Ed Saraiva, São Paulo, 1958.

ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. A Efetivação Judicial dos Direitos Sociais Inscritos na Constituição da República Federativa do Brasil. República Federativa do Brasil / Luiz Henrique Diniz Araujo. – Recife: O Autor, 2013.129 f. Orientador: Francisco Ivo Dantas Cavalcanti. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2013.

ARENHART, Sérgio Cruz. A prisão Civil como meio coercitivo. Disponível em: <https://www.academia.edu/214441/A_PRIS%C3%83O_CIVIL_COMO_MEIO_COERCITIVO?auto=download> Acesso em: 31/01/2020

ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela inibitória da vida privada, ob. cit., p. 213 e ss.; Id. Perfis da tutela inibitória coletiva, ob. cit..

BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. I. Rio de Janeiro, Forense, 1998.

BERGSTEIN, Laís Gomes. A Responsabilidade Estatal na Seara da Saúde Pública: A Alocação de Recursos e a “Reserva do Possível”. *In*: Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 8, n. 1, p. 84-100, jan./jun. 2014. 99. Disponível < https://www.academia.edu/12167826/A_RESPONSABILIDADE_ESTATAL_NA_SEARA_DA_SA%C3%9ADE_P%C3%9ABLICA_A_ALOCA%C3%87%C3%83O_DE_RECURSOS_E_A_RESERVA_DO_POSS%C3%8DVEL_> Acesso em: 08/09/2022.

BEZERRA, Matheus Ferreira. A Reserva do Possível e o Possível da Reserva: Considerações sobre a Aplicação dos Direitos Fundamentais no Brasil. Editora Mente Aberta. Constituídos: compartilhando direitos aos 30 anos da Carta Cidadã.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Malheiros Editores Ltda. 16ª edição. São Paulo, 2005, p. 592.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HDE nº 410 – EX. Relator o Ministro Benedito Gonçalves. Corte Especial. DJ: 26/11/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF – Ag Reg no RE 642.536 AP - Amapá, 1T, Relator: Min. Luiz Fux. DJe: 27/02/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ – AgInt no RMS 64660 / MG - AGRADO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2020/0249922-9 – Minas Gerais, 1ª Turma, Rel. Min. Sérgio Kukina. Publicado no DJ de 25/08/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ – https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1076&cod_tema_final=1076

BRASIL. Notícias – Superior Tribunal de Justiça. Os meios atípicos de execução: hipóteses, requisitos e limites, segundo o STJ. Disponível em < <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/14112021-Os-meios-atipicos-de-execucao-hipoteses--requisitos-e-limites--segundo-o-STJ.aspx#:~:text=Medidas%20at%C3%ADpicas%20s%C3%A3o%20inadequadas%20para,busca%20da%20satisfa%C3%A7%C3%A3o%20do%20cr%C3%A9dito>> Acesso em: 03/09/2022.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no Recurso Especial nº 1846874 – SP (2019/0326933-2). AGRAVANTE: MOACIR FERREIRA. AGRAVADO: P. R. M. FRANCHISING LTDA. RELATOR: MINISTRO RAUL ARAÚJO Brasília, 21 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1101143449/inteiro-teor-1101143459>. Acesso em: 09 dez 2022

CÂMARA, Alexandre Freitas. O princípio da patrimonialidade da execução e os meios executivos atípicos: lendo o art. 139, IV, do CPC. In Talamini, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.) Coleção Grandes Temas do Novo CPC – vol. 11 – Medidas Executivas Atípicas. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 232. Disponível: < <https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/a2427a9743d368099165bcbd2e3c45ec.pdf>> Acesso em: 08/03/2021.

CARDOSO, Antonio Pessoa. Desobediência ao Judiciário. Sentença é descumprida sempre que conveniente. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2012-jun-17/decisao-judicial-descumprida-quando-conveniente-governante>> acesso em: 20 de agosto de 2022.

CAVALCANTI, Vanessa Malveira. O Poder Público como parte no processo. Conteúdo Jurídico, Brasília – DF: 08 ago 2016, 04:30. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47255/o-poder-publico-como-parte-no-processo-04:30>. Acesso em: 16 ago 2022.

COELHO, Alexs Gonçalves; MARQUES, Vinicius Pinheiro. Aspectos Polêmicos das Medidas Atípicas do Art. 139, Inciso IV, do Código de Processo Civil. Disponível em <https://www.academia.edu/91202492/Aspectos_pol%C3%AAMicos_das_medidas_at%C3%ADpicas_do_art_139_inciso_IV_do_C%C3%B3digo_de_Processo_Civil> Acesso em: 09/12/2022.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*, 16ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fixação de Honorários de Sucumbência por Equidade nos Casos de “Valor Excessivo”*: Uma Análise da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Este artigo é resultado do grupo de pesquisa “Teoria Contemporânea do Direito Processual”, vinculado à Universidade Federal de Pernambuco, cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPq no endereço dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/4344783989787184. O grupo é membro fundador da “ProcNet – Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo contemporâneo”. Disponível em: [<http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa>]. Acesso em: 14 ago. 2022.

DA SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais conteúdo essencial, restrições e eficácia*. Malheiros Editores, São Paulo, 2009

DIDIER Jr, Fredie; Cunha, Leonardo Carneiro da; Braga, Paula Sarno; Oliveira, Rafael Alexandria de. Diretrizes para a Concretização das Cláusulas Gerais Executivas dos Arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC. Disponível em <https://www.academia.edu/33168267/DIRETRIZES_PARA_A_CONCRETIZA%C3%87%C3%83O_DAS_CL%C3%81USULAS_GERAIS_EXECUTIVAS_DOS_ARTS_139_IV_297_E_536_1o_CPC> Acesso em: 23/08/2022.

DIDIER JR. Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. v. 5. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

FADEL, Sergio Sahione. *Código de Processo Civil Comentado*, tomo I. Rio de Janeiro, José Konfino, 1974.

FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Comentários ao código de processo civil*, Vol. 4, tomo II. São Paulo: RT, 2001.

FURTADO, Paulo. *Execução*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. *Interpretação Criativa e Realização do Direito*. Edições Bagaço. Recife. 2000

GRINOVER, Ada Pellegrini. “Paixão e morte do ‘contempt of court’ brasileiro (art. 14 do Código de Processo Civil)”, ob. cit., esp. p. 8 apud ARENHART, Sérgio Cruz. *A prisão Civil como meio coercitivo*. “Disponível em: <https://www.academia.edu/214441/A_PRIS%C3%83O_CIVIL_COMO_MEIO_COERCITIVO?auto=download> “Acesso em: 31/01/2020”

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol II (arts. 70 a 118), 2 ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória e tutela de remoção de ilícito. Disponível em: < <https://gerardoveras.jusbrasil.com.br/artigos/561308284/a-sentenca-de-obrigacao-de-fazer-e-nao-fazer-e-as-medidas-de-apoio-para-seu-eficaz-cumprimento>> Acesso em: 07/03/2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil. 4^a ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva. Disponível em: <<https://gerardoveras.jusbrasil.com.br/artigos/561308284/a-sentenca-de-obrigacao-de-fazer-e-nao-fazer-e-as-medidas-de-apoio-para-seu-eficaz-cumprimento>>. Acesso em: 07/03/2021

MARTINS, Pedro Batista. Comentários ao Código de Processo Civil (Decreto-Lei n° 1.608, de 18 de setembro de 1939), Vol. I, Edição Revista Forense, Rio de Janeiro, 1940.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano de eficácia, 1^a parte. 2^a ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2004

MINAMI, Marcos Youji (coord.) Coleção Grandes Temas do Novo CPC – vol. 11 – Medidas Executivas Atípicas. Salvador. Juspodivm, 2018, pp. 70/71. Disponível: <<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/a2427a9743d368099165bcbd2e3c45ec.pdf>>. Acesso: 08/03/2021

MIRANDA, Pontes. Comentários ao Código de Processo Civil, tomo I: arts. 1° a 45. Rio de Janeiro, Forense, 1979.

MIRANDA, Pontes. Comentários ao Código de Processo Civil, tomo II. Rio de Janeiro, Forense, 1973.

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, out./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=245592>>. Acesso em: 12 ago. 2022

PAULO, Barbon Guilherme; MACHADO, Edinilson Donisete. O Direito Constitucional Pátrio: As Implicações da Utilização da Teoria da Reserva Possível. Revista do Direito Público, Londrina, v. 13, n. 2, p.14-38, ago. 2018. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2018v13n2p14. ISSN: 1980-511X. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Dir-Pub_v.13_n.2.01.pdf> Acesso em: 11/09/2022.

PRATA, Edson. Comentários ao Código de Processo Civil; volume II, tomo I (arts. 1° a 269); Rio de Janeiro: Forense, 1987.

SANTOS, J. M. de Carvalho. Código de Processo Civil Interpretado, Artigos 1 a 94, 2^a edição, Vol. I. Rio de Janeiro, Livraria Editora Freitas Bastos, 1940.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Ver. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Comentários ao Código de Processo Civil, v. 1: do

processo do conhecimento, arts. 1º a 100; 2. ed. rev., atual.e ampl.; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparísticos. Trad. Teresa Celina de Arruda Alvim Pinto. Revista de Processo, v. 15, nº 59, São Paulo: RT, jul-set. 1990.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. Disponível em < <https://gerardoveras.jusbrasil.com.br/artigos/561308284/a-sentenca-de-obrigacao-de-fazer-e-nao-fazer-e-as-medidas-de-apoio-para-seu-eficaz-cumprimento>> Acesso em: 07/03/2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 413.

TORNAGHI, Hélio. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo, 2ª ed., v.1., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1976.

TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário, 19ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2013, pp. 4 e 5.