

CONVERSÃO DA OBRIGAÇÃO INEXIGÍVEL EM PERDAS E DANOS

CONVERSION OF THE UNDUE OBLIGATION IN LOSSES AND DAMAGES

Carlos Antônio Matos da Silva

RESUMO

Este artigo visa a analisar a possibilidade de reconhecimento da inexigibilidade da obrigação de fazer coisa infungível na fase de cumprimento de sentença, fundado na ilegitimidade passiva *ad causam* do ente federativo, e a sua conversão em perdas e danos.

Palavras-chaves: Direito Processual Civil. Cumprimento de Sentença. Fazenda Pública. Obrigação Inexigível. Perdas e Danos.

ABSTRACT

The presente article is destined to analyse the possibility of recognising the unenforceability of an obligation of doing something infungible on the procedure phase of judgment execution, reasoned on the passive illegitimacy ad causam of the member state, and its conversion into losses and damages.

Key-words: *Civil Procedural Law. Judgment Execution. Member State. Undue Obligation. Losses and Damages.*

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Hodiernamente, há muitas sociedades de advogados que se dedicam exclusivamente ao patrocínio de demandas ajuizadas por servidores públicos em face da pessoa jurídica de direito público com a qual possuem relação jurídico-funcional.

De fato, essas sociedades de advogados atuam no contencioso de massa, representando os seus clientes em demandas que versam sobre as mesmas questões de direito, como, *e.g.*, o reajuste da remuneração dos servidores em razão de possível perda remuneratória decorrente da conversão de seus vencimentos em Unidade Real de Valor.

Os clientes desses escritórios normalmente reúnem-se para litigar em conjunto, haja vista a afinidade de questões por um ponto comum de direito. *Reunidos diversos servidores públicos para litigar contra o Poder Público em virtude*

*de atos administrativos fundados na mesma norma que se aponta de ilegal, o fato não será o mesmo, porque cada qual sofreu o prejuízo individualmente em virtude de um ato administrativo determinado, mas a afinidade entre as situações permitirá o litisconsórcio.*¹

A Fazenda Pública, por sua vez, será apresentada em juízo pela advocacia pública.

Assim, a União será apresentada judicialmente pela Advocacia-Geral da União, os Estados e o Distrito Federal, por suas respectivas Procuradorias.

Os Municípios, entretanto, são apresentados por seu prefeito ou procurador, por força do inciso III do artigo 75 do Código de Processo Civil.

Em princípio, a representação do Município em juízo é atribuída ao prefeito. Tal representação somente se fará por procurador se a lei local criar esse cargo, com função expressa de representação do ente político. Com efeito, “a distinção é importante, porque, onde não existir cargo de Procurador, a citação inicial será feita na pessoa do Prefeito; e o advogado que for encarregado da defesa dos direitos do Município necessitará de procuração dada pelo Prefeito, como representante do Município. Mas onde existir o cargo de Procurador, com poderes expressos, a citação inicial será feita a esse, que não depende de mandato para atuar nas causas em que for parte o Município”.²

As autarquias e fundações públicas são apresentadas, respectivamente, nos termos da lei que as criar e que autorizar a criação, na forma do inciso IV do artigo 75 do CPC/2015.

Assim, por força da lei, a apresentação pode ser confiada ao dirigente máximo da autarquia ou fundação pública, a procuradores autárquicos ou de fundações, ou à Procuradoria do ente federado a que estiver vinculada. *É frequente, contudo, que, no caso de autarquias ou fundações estaduais, seja atribuída sua apresentação aos procuradores do Estado, os quais, além de apresentar o Estado, detêm igualmente a apresentação das autarquias e/ou fundações estaduais. A situação ocorre, igualmente, quanto aos Municípios e suas autarquias e fundações.*³

À guisa de exemplo, o Município de São Paulo, o Serviço Funerário do Município de São Paulo, a Autarquia Hospitalar Municipal, o Instituto de Previdência Municipal de São Paulo e a Autoridade Municipal de Limpeza Urbana são

¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil – Volume Único*. 10 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 308-309.

² CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 15 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 13.

³ CUNHA, op. cit., p. 15.

presentados judicialmente pela Procuradoria Geral do Município de São Paulo. Apenas o Hospital do Servidor Público Municipal é apresentado judicialmente por procuradores autárquicos.

Oportuno, igualmente, destacar que os servidores autárquicos e de fundações públicas normalmente estão sujeitos ao mesmo regime jurídico dos servidores públicos do ente federativo. Em guisa de exemplo, a Lei federal nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, estatui, *in verbis*:

Art. 1º Esta Lei institui o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas federais.

Nesse cenário, é comum a formação de litisconsórcio misto, ou seja, servidores do ente, autárquicos e de fundações públicas reúnem-se para propor a demanda em face das respectivas pessoas jurídicas e direito público com as quais possuem relação jurídico-funcional.

Sucedo que, nesse contencioso de massa, não raras vezes, servidores autárquicos e de fundações públicas ajuízam a demanda em face do ente federativo, e não da respectiva entidade da administração pública indireta.

Isso ocorre, normalmente, por dois motivos: 1) os demandantes confundem o princípio da subordinação com o da vinculação; 2) o ente federativo, as autarquias e fundações públicas serem apresentadas pela mesma Procuradoria.

A ilegitimidade passiva *ad causa*, apesar de ser condição da ação e matéria de ordem pública – passível de alegação por quaisquer das partes, bem como cognoscível de ofício pelo juiz -, muitas vezes passa despercebida, seja pelo ente federativo, seja pelo Poder Judiciário, uma vez que a demanda de massa, regra geral, versa apenas sobre questões de direito.

Assim, sobrevém o trânsito em julgado.

O problema surge quando a parte autora apenas inicia a fase do cumprimento de sentença após o termo final do prazo decadencial para o ajuizamento da ação rescisória.

Diante dessa anomalia, qual seria solução juridicamente possível para a questão?

O objetivo deste trabalho é justamente apresentar uma resposta.

Para tanto, passar-se-á em revista a alguns conceitos relevantes para a execução, a fim de, por meio da definição da norma jurídica e da aplicação do direito, resolver a crise jurídica.

2 DA EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

O Código de Processo Civil de 2015 não prevê regras especiais quando a Fazenda Pública for executada para fazer, não fazer ou entregar coisa certa, sendo, inclusive, cabível a fixação de multa cominatória, observadas as reservas previstas na Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997.

Oportuno ressaltar que, na forma artigo 730 do Código de Processo Civil de 1973, quando a Fazenda Pública era executada para pagar quantia certa, independentemente da natureza do título, judicial ou extrajudicial, havia um processo autônomo de execução.

Não obstante, na sistemática do Código de Processo Civil de 2015, quando a Fazenda Pública for executada para pagar quantia certa, haverá cumprimento de sentença (quando o título executivo for judicial) ou processo autônomo de execução (quando o título for extrajudicial).

De mais a mais, na execução para pagar quantia certa, não há falar em atos de constrição patrimonial e expropriação, devendo-se, portanto, observar o procedimento previsto nos artigos 534 e 535 (para o cumprimento de sentença) ou no artigo 910 (para a execução de título extrajudicial), todos do CPC/2015, e no artigo 100 da Constituição Federal (para a requisição de pequeno valor, expedição de precatório, direito de preferência).

3 DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA REALIZAR QUALQUER EXECUÇÃO

O CPC/2015, ao tratar dos requisitos da obrigação exequenda, estabelece, *ad litteram*:

Art. 783. A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível.

O Código de Processo Civil sepultou a divergência outrora existente de que os requisitos da certeza, liquidez e exigibilidade seriam do título, e não da obrigação.

Com efeito, na forma da regra contida no artigo 783, esses requisitos são da obrigação que se busca satisfazer por meio da execução.

Por isso, os requisitos da “liquidez, certeza e exigibilidade” são atinentes ao direito exequendo representado no título. Entretanto, há uma observação interessante a se fazer: a liquidez, a certeza e a exigibilidade são aspectos substanciais exigidos nos arts. 783 e 784 do CPC apenas como fatores condicionantes e viabilizadores da tutela jurisdicional executiva. Sem certeza, sem exigibilidade e sem liquidez não será possível realizar os atos de execução forçada, pois não se saberá a espécie da execução a ser empregada, a favor de quem e contra quem deve ela acontecer; não se saberá se já é o momento de se executar; ou ainda qual o *quantum* da execução.

Assim, a liquidez, a exigibilidade e a certeza não devem ser vistas como elementos que precisam ser “provados” pelo título, porque a finalidade de tais aspectos é lógica: dar os elementos necessários à realização dos atos executivos. Sendo assim, a certeza, a liquidez e a exigibilidade são atributos da norma jurídica concreta que dará ensejo à tutela executiva.⁴

O requisito da certeza significa que a obrigação deve estar, em regra, expressamente representada no título executivo, judicial ou extrajudicial. Logo, a certeza refere-se à qualidade do objeto prestacional.

Sobreleva notar que é possível que o requisito da certeza não decorra de uma previsão expressa da obrigação no título executivo. Nesse sentido:

Nem sempre a *certeza* decorre de uma menção expressa à obrigação no título executivo. É possível que a *certeza* decorra de expressa previsão legal, que atribui ao título um efeito anexo. É o que ocorre com a sentença penal condenatória: não há nela, necessariamente, previsão expressa da obrigação de indenizar no cível, que é, porém, um seu efeito anexo determinado pelo art.91, I, Código Penal. Há certeza sem previsão expressa da obrigação no título executivo.⁵

O requisito da liquidez caracteriza-se pela determinabilidade do *quantum debeatur*.

Importante ressaltar que haverá liquidez mesmo quando o título não indique com precisão a quantidade do objeto prestacional, desde que traga

⁴ ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil*. 5ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015. E-Book. P. 192-193.

⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: Execução, Volume 5*. 9 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 269.

elementos que possibilitem a sua fixação por meio de simples operações aritméticas.

Nesse sentido, o CPC/2015 estabelece, *in verbis*:

Art. 509. Quando a sentença condenar ao pagamento de quantia ilíquida, proceder-se-á à sua liquidação, a requerimento do credor ou do devedor:

(...)

§ 2º Quando a apuração do valor depender apenas de cálculo aritmético, o credor poderá promover, desde logo, o cumprimento da sentença.

(...)

Art. 786. A execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível consubstanciada em título executivo.

Parágrafo único. A necessidade de simples operações aritméticas para apurar o crédito exequendo não retira a liquidez da obrigação constante do título.

A exigibilidade, por sua vez, é uma situação jurídica relacionada ao dever prestacional. *A exigibilidade, que constitui requisito para promover a ação executiva, ocorrerá quando o cumprimento da obrigação prevista no título executivo não se submeter a termo, condição ou qualquer outra limitação. Exigível é o crédito se o devedor encontra-se inadimplente.*⁶

É óbvio que a obrigação ainda não exigível não pode ser coativamente imposta, nem fora do processo, nem dentro dele. Se uma obrigação sujeita a termo ainda não ultrapassou a ocasião indicada, pode-se ajuizar demanda para ver reconhecida a sua existência (ação declaratória), mas jamais se conseguirá exigir sua satisfação pela via judicial. O mesmo se dirá em relação às condições suspensivas, aos encargos ou mesmo à contraprestação devida em contratos sinalagmáticos.

Em todas estas situações, a prestação não pode ser exigida sem a ocorrência de alguma outra situação, que confere àquela a necessária eficácia de *pretensão*. A exigibilidade, portanto, liga-se ao poder, inerente à prestação devida, de se lhe exigir o cumprimento. Trata-se de elemento extraprocessual, mas também assimilado pelo processo, pois sem ele não há o que fazer cumprir.

A lei brasileira, em princípio, não admite sentenças condicionais (art. 492, parágrafo único do CPC), de modo que o problema da exigibilidade, normalmente, só diz respeito aos títulos extrajudiciais. É certo que o juiz poderá estabelecer prazo para o cumprimento voluntário da prestação contida na sentença, situação em que o problema da exigibilidade poderá surgir. Porém, estes casos são excepcionais, uma vez que, em regra, a imposição da prestação é imediata. Eventualmente, também, outros títulos judiciais podem estabelecer prazos ou condições para cumprimento.

Por isso, afirma o art. 514 do CPC, que se a decisão incidir sobre relação sujeita a condição ou termo, o seu cumprimento depende da comprovação

⁶ DONIZETTI, Elpídio. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. E-Book. P.978.

pelo exequente de que ocorreu essa condição ou esse termo, a fim de tornar certa a exigibilidade da prestação.⁷

Dessarte, a exigibilidade do título executivo caracteriza-se como requisito extraprocessual que pressupõe que: a) a prestação não esteja sujeita a um evento futuro, como, *e.g.*, condição ou termo que impeça a sua plena eficácia; b) caso a sua eficácia esteja sujeita à implementação de um evento, que este tenha ocorrido.

4 DA DEFESA DO EXECUTADO

Na sistemática do CPC/2015, a defesa do executado dependerá da natureza do título executivo.

Assim, quando se tratar de título executivo extrajudicial, a defesa do executado será veiculada por meio de ação autônoma: embargos à execução.

De fato, o CPC estabelece, *in verbis*:

Art. 914. O executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá se opor à execução por meio de embargos.

(...)

Art. 917. Nos embargos à execução, o executado poderá alegar:

I - inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

II - penhora incorreta ou avaliação errônea;

III - excesso de execução ou cumulação indevida de execuções;

IV - retenção por benfeitorias necessárias ou úteis, nos casos de execução para entrega de coisa certa;

V - incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução;

VI - qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento.

Observa-se, outrossim, que, a despeito de os incisos I *usque* V do artigo 917 delimitarem as matérias que podem ser alegadas pelo executado, o inciso VI torna abrangente a natureza cognitiva dos embargos à execução. A este respeito, ELPÍDIO DONIZETTI (2017: 1154-1155) ensina que:

Nos embargos à execução fundada em título extrajudicial, exatamente porque o direito não foi acertado em processo judicial, o executado poderá alegar toda e qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento. Esse entendimento se aplica tanto aos embargos à execução proposta contra o particular quanto contra a Fazenda Pública (art. 910, § 2º).

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, Volume 2*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. E-Book. P. 634.

No processo de conhecimento, as defesas ou exceções são veiculadas por meio da contestação, que constitui modalidade de resposta por meio da qual o réu impugna o pedido do autor ou apenas tenta desvincular-se do processo instaurado pelo autor.

Os embargos à execução, não obstante sua natureza de ação, constituem o meio pelo qual o executado impugna a relação jurídica material consubstanciada no título ou a validade da relação atinente ao processo de execução. É por isso que, nessa via, permite-se ao executado apenas se defender da relação que o vincula ao processo de execução ou da pretensão do exequente à satisfação do crédito.

Em outras palavras, a defesa pode ser processual ou de mérito. Acolhida uma ou outra, a execução será extinta; o exercício do direito material pelas vias ordinárias dependerá de qual defesa foi acolhida.

Quando o executado pretende apenas se livrar do jugo da relação processual estabelecida no processo de execução (o que não impede a propositura de outra ação pelo exequente) ou adiar a satisfação do crédito, diz-se que a defesa é processual, que é sempre indireta, porquanto não ataca o direito de crédito, e pode ser dilatória ou peremptória.

Entende-se por defesa dilatória a que não atinge a relação processual, apenas prorroga o seu término. A declaração de incompetência, a nulidade de citação, irregularidades da penhora e a não realização das intimações obrigatórias para a expropriação do bem apenas paralisam temporariamente a execução. Suprida a nulidade, o processo executivo retoma o seu curso.

Peremptória é a defesa que, se acolhida, extingue imediatamente a relação processual, sem, no entanto, obstar o exercício do direito em outro processo, por meio de procedimento idêntico ou não, por outra ou em face de outra pessoa. É o que ocorre quando se reconhece a inexecutabilidade do título ou a inexigibilidade da obrigação e a ilegitimidade da parte.

A defesa de mérito dirige-se contra o crédito invocado pelo exequente. Destina-se a obter sentença que declare a inexistência da causa debendi (defesa direta) ou a existência de causas supervenientes que modifiquem ou extingam a obrigação do autor (defesa indireta), tais como a compensação, a novação, a transação, a prescrição e o pagamento.

Vale lembrar que o mérito dos embargos é constituído pelo conjunto de alegações pertinentes à execução, seja matéria relativa ao crédito ou à relação processual.

Oportuno, ainda, destacar que é incabível o oferecimento de reconvenção em embargos à execução, uma vez que *a cognição é rarefeita e instrumental aos atos de satisfação. Daí a falta de espaço para a introdução de uma demanda do executado no processo puramente executivo.*⁸

De fato, na execução, como já existe o direito reconhecido, busca-se a solução de uma crise jurídica satisfativa por meio do adimplemento da obrigação constante do título executivo.

Assim, caso fosse cabível a reconvenção em embargos à execução, admitir-se-ia que o executado buscasse na execução a solução de uma crise jurídica

⁸ BONDOLI, Luis Guilherme Aidar. *Reconvenção no Processo Civil*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 281.

de adimplemento, consubstanciada na condenação do exequente ao cumprimento de uma prestação.

Por essa razão, visando a evitar a confusão entre tutela jurisdicional de conhecimento e executiva, a Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, que dispõe sobre a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública, expressamente veda a reconvenção, *verbis*:

Art. 16 - O executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados:

(...)

§ 3º - Não será admitida reconvenção, nem compensação, e as exceções, salvo as de suspeição, incompetência e impedimentos, serão argüidas como matéria preliminar e serão processadas e julgadas com os embargos.

No mesmo sentido é o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. SUPOSTA OFENSA AO ARTIGO 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. RECONVENÇÃO EM EMBARGOS À EXECUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA CONSTITUTIVA. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO, E NESSA PARTE NÃO PROVIDO.

1. É deficiente a fundamentação do recurso especial em que a alegação de ofensa aos art. 535 do CPC se faz de forma genérica, sem a demonstração exata dos pontos pelos quais o acórdão se fez omisso, contraditório ou obscuro. Aplica-se, na hipótese, o óbice da Súmula 284 do STF.

2. Cinge-se a controvérsia dos autos acerca do cabimento de reconvenção em embargos à execução.

3. O processo de execução tem como finalidade a satisfação do crédito constituído, razão pela qual revela-se inviável a reconvenção, na medida que se admitida, ocasionaria o surgimento de uma relação instrumental cognitiva simultânea, o que inviabilizaria o prosseguimento da ação executiva.

4. Assim sendo, a reconvenção somente tem finalidade de ser utilizada em processos de conhecimento, haja vista que a mesma demanda dilação probatória exigindo sentença de mérito, o que vai de encontro com a fase de execução, na qual o título executivo já se encontra definido.

5. Em sede de embargos à execução fiscal há previsão legal (art. 16, § 3º, da Lei 6.830/80) vedando a utilização da reconvenção. O fundamento dessa proibição é, unicamente, de natureza processual, a fim de não impor dificuldades para o curso da execução fiscal, haja vista que ela tem como base certidão de dívida líquida e certa.

6. Vale destacar que os embargos à execução não ostentam natureza condenatória, por isso, caso o embargante entenda ser credor do exequente, deverá cobrar o débito em outra demanda.

7. Entendimento em sentido contrário violaria o princípio da celeridade e criaria obstáculo para a satisfação do crédito, pois a ideia que norteia a reconvenção é o seu desenvolvimento de forma conjunta com a demanda inicial, o que não ocorreria ao se admitir a reconvenção em sede de embargos à execução, na medida que as demandas não teriam pontos de contato a justificar a sua reunião.

8. Recurso especial parcialmente conhecido, e nessa parte não provido.

(STJ, REsp 1.528.049 – RS, 2ª Turma, rel. Min. MAURO CAMPPELL MARQUES, j. em 18.08.2015, DJe de 28.08.2015)

Noutro giro, quando se tratar de título executivo judicial, a defesa do executado será veiculada por meio de incidente processual.

Com efeito, na forma do artigo 525 do CPC/2015, a defesa será realizada por meio de impugnação ao cumprimento de sentença, *verbis*:

Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.

§ 1º Na impugnação, o executado poderá alegar:

I - falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia;

II - ilegitimidade de parte;

III - inexecuibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

IV - penhora incorreta ou avaliação errônea;

V - excesso de execução ou cumulação indevida de execuções;

VI - incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução;

VII - qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença.

O CPC/2015, ao tratar especificamente do cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade da obrigação de fazer, cujas regras são aplicáveis na hipótese de a Fazenda Pública ser executada, estabelece, *ad litteram*:

Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

(...)

§ 4º No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, aplica-se o art. 525, no que couber.

Importante ressaltar que, no cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa pela Fazenda Pública, o CPC/2015 traz regras específicas sobre o incidente processual de defesa, *verbis*:

Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:

I - falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia;

II - ilegitimidade de parte;

III - inexecuibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

- IV - excesso de execução ou cumulação indevida de execuções;
- V - incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução;
- VI - qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes ao trânsito em julgado da sentença.

Observa-se que na impugnação há uma limitação da cognição horizontal, uma vez que o CPC/2015 traz rol exaustivo das matérias que podem ser alegadas, excetuadas aquelas de ordem pública, desde que não alcançadas pela eficácia preclusiva da coisa julgada material.

O CPC/2015, ao tratar da legitimidade das partes para a execução em geral, estatui, *ad litteram*:

Art. 778. Pode promover a execução forçada o credor a quem a lei confere título executivo.

§ 1º Podem promover a execução forçada ou nela prosseguir, em sucessão ao exequente originário:

I - o Ministério Público, nos casos previstos em lei;

II - o espólio, os herdeiros ou os sucessores do credor, sempre que, por morte deste, lhes for transmitido o direito resultante do título executivo;

III - o cessionário, quando o direito resultante do título executivo lhe for transferido por ato entre vivos;

IV - o sub-rogado, nos casos de sub-rogação legal ou convencional.

§ 2º A sucessão prevista no § 1º independe de consentimento do executado.

Art. 779. A execução pode ser promovida contra:

I - o devedor, reconhecido como tal no título executivo;

II - o espólio, os herdeiros ou os sucessores do devedor;

III - o novo devedor que assumiu, com o consentimento do credor, a obrigação resultante do título executivo;

IV - o fiador do débito constante em título extrajudicial;

V - o responsável titular do bem vinculado por garantia real ao pagamento do débito;

VI - o responsável tributário, assim definido em lei.

Art. 780. O exequente pode cumular várias execuções, ainda que fundadas em títulos diferentes, quando o executado for o mesmo e desde que para todas elas seja competente o mesmo juízo e idêntico o procedimento.

Sobreleva notar que, na impugnação, a alegação de ilegitimidade passiva deve restringir-se à execução. Logo, é vedado discutir a titularidade da relação jurídica de direito material deduzida pelo demandante, uma vez que, na forma do artigo 508 do CPC/2015, *[t]ransitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido. para o cumprimento de sentença.*

Nesse sentido, Fredie Didier Jr. (2019: 552-553) ensina que:

Não se trata de ilegitimidade que poderia ter sido deduzida na fase de conhecimento – a possibilidade de alegação está preclusa, em razão do art. 508 do CPC, que protege o título judicial.

A ilegitimidade, aqui, diz respeito à fase executiva, tão somente. Ao executado se permite alegar ilegitimidade para a execução, não se lhe franqueando a possibilidade de discutir a legitimidade relativa à própria demanda cognitiva, eis que se trata de assunto já alcançado pela preclusão e, até mesmo, pela coisa julgada.

Embora normalmente se relacione o inciso à legitimidade *ad causam*, aferida de acordo com as regras do arts. 778-779 do CPC, também é lícito, com base nele, arguir-se a *ilegitimidade processual* (ausência de capacidade processual), como um defeito de representação processual, desde que esteja relacionado ao procedimento executivo.

De fato, embora a legitimidade *ad causam* seja matéria de ordem pública, não se mostra cabível o seu reconhecimento após o trânsito em julgado da decisão de mérito, sob pena de ofensa à garantia constitucional da coisa julgada e ao princípio da segurança jurídica.

Aliás, esse é o entendimento pacífico dos nossos Tribunais, senão vejamos, *ad exemplum*:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. ARGUIÇÃO APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. COISA JULGADA. AFRONTA. SÚMULA 83 DO STJ. INCIDÊNCIA.

1. O Plenário do STJ decidiu que "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2).

2. "Em processo de execução de título judicial, é vedada a discussão acerca da legitimidade de parte no processo cognitivo, em respeito à coisa julgada" (AgRg no REsp 444.938/SP, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 15/03/2013).

3. Hipótese em que a União pretende ver acolhida sua ilegitimidade passiva, mas o tema não foi discutido na fase cognitiva do feito de onde se origina o título executivo.

4. Ao rejeitar a alegação em homenagem ao princípio da coisa julgada, o Tribunal Regional decidiu em consonância com a orientação jurisprudencial desta Corte, o que dá ensejo à incidência da Súmula 83 do STJ.

5. Agravo interno desprovido.

(STJ, AgInt no REsp nº 1.683.253-RJ, 1ª Turma, rel. Min. GURGEL DE FARIA, j. em 13.12.2018, DJe de 19.02.2019)

Verificada essa situação, mostrar-se-ia cabível, *in thesi*, o manejo da ação rescisória, como forma atípica de defesa do executado.

Como o próprio nome sugere, a ação rescisória tem natureza jurídica de ação, sendo uma espécie de sucedâneo recursal externo, ou seja, meio de impugnação de decisão judicial que se desenvolve em processo distinto

daquele no qual a decisão impugnada foi proferida, comumente chamada de ação autônoma de impugnação. Enquanto o recurso é meio de impugnação cabível durante o trâmite processual, a ação rescisória é remédio processual cabível somente após o trânsito em julgado, fenômeno processual que se verifica com o esgotamento dos recursos cabíveis contra a decisão judicial ou a ausência de interposição do recurso cabível. Além do trânsito em julgado, o art. 966, *caput*, do Novo CPC exige que a decisão a ser impugnada por meio de ação rescisória seja de mérito.⁹

Oportuno ressaltar que o CPC/2015 traz rol restritivo das decisões de mérito passíveis de rescindibilidade, senão vejamos:

Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar manifestamente norma jurídica;

VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;

VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

§ 1º Há erro de fato quando a decisão rescindenda admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado.

A matéria relacionada à ilegitimidade passiva *ad causam* pode caracterizar erro de fato, desde que, na fase cognitiva, não tenha havido controvérsia, tampouco pronunciamento judicial a respeito desse ponto.

Além disso, é imperioso que a ilegitimidade passiva *ad causam* seja apurável pelo simples exame das provas constantes dos autos.

Nesse sentido, aliás, é o entendimento pacífico do Colendo Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. ERRO DE FATO. ARTIGO 485, IX, DO CPC. ÔNUS DA PROVA. ARTIGO 333, DO CPC. AUSÊNCIA DE PROVA DO ERRO DE FATO. EXTINÇÃO DO PROCESSO.

⁹ NEVES, op. cit., p. 1463.

1. A rescindibilidade advinda do erro de fato decorre da má percepção da situação fática resultante de atos ou documentos da causa dos quais o magistrado não se valeu para o julgamento, a despeito de existentes nos autos.

2. Assim, há erro de fato quando o juiz, desconhecendo a novação acostado aos autos, condena o réu no *quantum* originário. "O erro de fato supõe fato suscitado e não resolvido", porque o fato "não alegado" fica superado pela eficácia preclusiva do julgado - *tantum iudicatum quantum disputatum debeat* (artigo 474, do CPC). Em consequência, "o erro que justifica a rescisória é aquele decorrente da desatenção do julgador quanto à prova, não o decorrente do acerto ou desacerto do julgado em decorrência da apreciação dela" porquanto a má valoração da prova encerra injustiça, irreparável pela via rescisória.

3. A interpretação autêntica inserta nos §§ 1º e 2º dissipa qualquer dúvida, ao preceituar que há erro quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.

4. Doutrina abalizada elucida que: *"Devem estar presentes os seguintes requisitos para que se possa rescindir sentença por erro de fato: a) a sentença deve estar baseada no erro de fato; b) sobre ele não pode ter havido controvérsia entre as partes; c) sobre ele não pode ter havido pronunciamento judicial; d) que seja aferível pelo exame das provas já constantes dos autos da ação matriz, sendo inadmissível a produção, na rescisória, de novas provas para demonstrá-lo."* (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 9ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 2006, pág. 681); e *"Quatro pressupostos hão de concorrer para que o erro de fato dê causa à rescindibilidade: a) que a sentença nele seja fundada, isto é, que sem ele a conclusão do juiz houvesse de ser diferente; b) que o erro seja apurável mediante o simples exame dos documentos e mais peças dos autos, não se admitindo de modo algum, na rescisória, a produção de quaisquer outras provas tendentes a demonstrar que não existia o fato admitido pelo juiz, ou que ocorrera o fato por ele considerado inexistente; c) que 'não tenha havido controvérsia' sobre o fato (§ 2º); d) que sobre ele tampouco tenha havido 'pronunciamento judicial' (§ 2º)."* (José Carlos Barbosa Moreira, in Comentários ao Código de Processo Civil, Volume V - Arts. 476 a 565, 11ª ed., Ed. Forense, págs. 148/149).

5. A insurgência especial funda-se na assertiva de que violado o artigo 333, do CPC, que versa sobre o ônus da prova, uma vez que *"na hipótese vertente, não pretende a União o reconhecimento da ocorrência de 'fato negativo', suscetível de atividade probatória (caso em que estaria sotoposta às regras gerais sobre a distribuição subjetiva do onus probandi), mas, ao revés, a existência de um fato negativo genérico ou indefinido, qual seja, a inoccorrência do pagamento, para o qual inviável qualquer iniciativa probatória"*.

6. *In casu*, resta incontroverso nos autos que o autor não logrou fazer prova do erro de fato alegado: *"com a petição inicial não só deixou de juntar documento capaz de demonstrar, de plano, o erro do juiz a quo, como também sequer requereu fosse requisitada cópia integral dos autos do respectivo executivo fiscal, a fim de que o Tribunal pudesse sanar a dúvida sobre a inexistência, ou não, de pagamento da mencionada dívida fiscal"* (parecer do Ministério Público Federal à fl. 51).

7. Desta sorte, uma vez não comprovado o alegado erro de fato, a pretensão do autor traduz intuito de transformar a ação rescisória em recurso de prazo longo com sacrifício da segurança jurídica e da efetividade das decisões jurisdicionais, além de introduzir o Eg. STJ na análise de questões interditas à sua cognição.

8. Recurso especial não conhecido.

5 DA CONVERSÃO DA OBRIGAÇÃO INEXIGÍVEL EM PERDAS E DANOS

Regra geral, nas demandas que versam sobre a remuneração de servidores públicos, na hipótese de acolhimento do pedido formulado na ação, a Fazenda Pública é condenada: **a)** na obrigação de elaborar o demonstrativo das diferenças apuradas de acordo com o comando da decisão de mérito, bem como apostilar o título e realizar a inclusão em folha de pagamento, **b)** na obrigação de pagar as diferenças apuradas por meio do demonstrativo.

Dessume-se que a satisfação da obrigação de fazer é *conditio sine qua non* para o início do cumprimento da obrigação de pagar.

De fato, sem a correta definição da base de cálculo (objeto da condenação) não é possível definir o termo final da obrigação de pagar, tampouco realizar corretamente o cálculo do montante devido, haja vista a inexistência do correspondente econômico ao direito reconhecido por meio decisão de mérito.

Desse modo, ante a ausência de liquidez do título executivo judicial, não se mostra possível iniciar o cumprimento da obrigação de pagar, por inobservância do artigo 786 do CPC.

Nesse sentido, é pacífico o entendimento dos nossos Tribunais, senão vejamos:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - OBRIGAÇÃO DE FAZER - IMPUGNAÇÃO - SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL - REMUNERAÇÃO - ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO - APOSTILAMENTO DE TÍTULO – ADMISSIBILIDADE - BASE DE CÁLCULO - COMPOSIÇÃO – VANTAGENS PECUNIÁRIAS.

1. Cumprimento de sentença tendo por objeto obrigação de fazer consistente no apostilamento do título de nomeação para constar o direito reconhecido na fase de conhecimento. Adicional por tempo de serviço. Servidor público municipal. Exequente que aderiu ao regime de subsídio único (Lei Municipal nº 16.122/15). Necessidade de liquidação do julgado.

2. Definição das vantagens pecuniárias que devem compor a base de cálculo do adicional por tempo de serviço diz respeito ao cumprimento da obrigação de fazer. Impossibilidade de início da execução da obrigação de pagar antes de apreciada a questão e reconhecida a satisfação da execução da obrigação de fazer. Inteligência do artigo 786 CPC. Execução da obrigação de pagar extinta (art. 924, I, CPC).

3. Gratificação de Difícil Acesso. O pagamento a servidor aposentado comprova a incorporação da vantagem pecuniária, o que afasta sua caracterização como vantagem eventual. Incidência do adicional temporal.

4. Vantagem de Ordem Pessoal - VOP. Composição. Inteligência da Lei Municipal nº 14.713/08. Valores anteriormente percebidos a título de quinquênio que refletem na VOP, o que obsta sua inclusão na base de cálculo do quinquênio, pena de incidência recíproca (art. 37, XIV, CF). Decisão reformada. Recurso provido, em parte.

(TJ/SP, Agravo de Instrumento 2138141-67.2020.8.26.0000, 9ª Câmara de Direito Público, rel. Desembargador DÉCIO NOTARANGELI, j. em 22.06.2020) (g.n.)

Iniciado o cumprimento da obrigação de fazer e constatada, apenas nesta fase, a ilegitimidade passiva *ad causam* do ente federativo¹⁰, restaria a possibilidade de este manejar a ação rescisória, conforme analisado no item anterior.

A problemática prática e jurídica surge na hipótese de o cumprimento de sentença ser iniciado após o transcurso do prazo decadencial para rescindir a decisão de mérito.

Diante dessa anomalia, qual seria solução material e juridicamente possível para a questão?

A resposta decorre da análise de dois pontos: 1) os requisitos necessários para a execução; 2) a definição da norma jurídica e a aplicação do Direito para a resolução da crise jurídica.

5.1 OS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA A EXECUÇÃO

Nas demandas que versam sobre a remuneração de servidores públicos, na hipótese de acolhimento do pedido formulado na ação, a satisfação da obrigação de fazer é *conditio sine qua non* para o início do cumprimento da obrigação de pagar, conforme afirmado alhures.

Assim, os exequentes buscam, por meio do cumprimento da obrigação de fazer, que a executada elabore os demonstrativos das diferenças apuradas de acordo com o comando da decisão de mérito, bem como apostile os títulos e realize a inclusão em folha de pagamento.

¹⁰ Verificado, *exempli gratia*, que servidores autárquicos ajuizaram a demanda em face do ente federativo, e não da entidade da administração pública indireta com a qual mantêm relação jurídica-funcional.

Observa-se que se trata de obrigação de fazer infungível, uma vez que a prestação só pode ser cumprida pela pessoa jurídica com a qual os exequentes possuem relação jurídica funcional.

Nesse sentido, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery ensinam que:

3. **Conteúdo de um fazer.** Pode consistir numa atividade intelectual, artística, científica, física. É um ato realizado, efetivamente, em decorrência da potência (intelectiva, vegetativa, sensitiva, naturais da humanidade) do sujeito de direito que a ele se obrigou. Obrigações de fazer de natureza infungível, ou *intuitu personae*: não admite substituição da pessoa do devedor (v. CC 247). A infungibilidade pode decorrer da natureza da obrigação, do contrato ou das circunstâncias do caso – a análise da possibilidade ou não de execução da obrigação por pessoa diversa do devedor deve ser casuística. A obrigação de fazer de natureza fungível admite a execução por terceiro, ou seja, a pessoa do devedor é substituível com facilidade. O conteúdo de um fazer pode ter sido fixado em transação judicial e, até mesmo, em hipóteses de transações admitidas na esfera penal.¹¹

De fato, qualquer ato administrativo, praticado por agente público do ente federativo para o cumprimento da sentença, estaria maculado de vício de competência. Logo, ante a impossibilidade de convalidação, o título decorrente do cumprimento de sentença estaria inquinado de nulo.

Além disso, seria faticamente impossível o apostilamento do título decorrente do cumprimento de sentença pelo ente federativo, uma vez que os assentamentos dos exequentes são custodiados pela autarquia.

A *impossibilidade material* afeta a pessoa do devedor na hipótese de obrigação de fazer infungível, de forma que fisicamente torna-se impossível o cumprimento da obrigação. (...)

Entendo que essa espécie de impedimento não atinge, ao menos em regra, a obrigação de fazer fungível, sendo sempre possível a obtenção da tutela específica pelo cumprimento da obrigação por terceiro. Somente no caso de demonstração objetiva de perda de interesse do exequente na tutela específica haverá uma espécie de impossibilidade material derivada da inutilidade que a tutela específica geraria nesse caso.

(...)

A *impossibilidade jurídica* deriva de alguma regra de direito que torna inviável o cumprimento da obrigação de fazer, como uma regra que, garantindo a inviolabilidade profissional, proíba o devedor da prática de determinado ato. Nesse caso, materialmente será possível e provavelmente útil ao exequente a tutela específica, mas norma jurídica impedirá a execução dessa forma.¹²

¹¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 12 ed. rev., ampl. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 764-765.

¹² NEVES, op. cit., p. 1189.

No caso hipotético sob análise, a impossibilidade prestacional é genética ou inicial, uma vez que é coetânea à propositura da demanda judicial.

Por essa razão, a legitimidade *ad causa* é condição da ação e matéria de ordem pública, passível de alegação por quaisquer das partes, bem como cognoscível de ofício pelo juiz.

Não obstante, ante a impossibilidade de seu reconhecimento após o trânsito em julgado da decisão de mérito, o título executivo judicial representará uma obrigação certa e líquida, mas não exigível.

A exigibilidade da obrigação, como afirmado em outro momento, é requisito extraprocessual que pressupõe que a prestação: a) não esteja sujeita a condição ou termo que impeça a sua plena eficácia; b) de modo casuístico, seja fática e juridicamente possível, uma vez que ninguém pode ser obrigado a fazer o impossível (*ad impossibilia nemo tenetur*)¹³¹⁴.

Desse modo, a deficiência na análise cognitiva - em que não foram investigadas a contento as circunstâncias fáticas alegadas pela parte autora - resultou numa decisão de mérito com preceito equivocado, que autoriza o juiz a reconhecer a inexigibilidade da obrigação infungível.

Nesse sentido, há precedentes do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconhecendo a inexigibilidade da obrigação de fazer, a fim de, por

¹³ Interessante a citação realizada por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, quando, em sua obra, tratam da impossibilidade prestacional inicial (*ex radice*) e funcional (superveniente), *verbis*: “2. **Prestação impossível.** ‘Há que distinguir a impossibilidade em *originária* e *superveniente*, conforme é contemporânea do vínculo obrigacional ou surge mais tarde. A impossibilidade originária obsta – em princípio – a que a obrigação se constitua validamente (CC port. 401.º, n. 1); a impossibilidade superveniente não impede que a obrigação nasça com vida mas – também em princípio – tem por efeito fazê-la extinguir (CC port. 790.º e ss.)’ (Galvão Telles. Obrigações, n. 17, p. 45).” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 12 ed. rev., ampl. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 769).

¹⁴ Sobreleva notar, em razão de sua relevância prática, que, na hipótese de o cumprimento da prestação ser fática e juridicamente impossível, não se mostrará cabível a fixação de multa cominatória, uma vez que esta não cumprirá a sua função coercitiva, ante a impossibilidade material de obtenção da tutela específica ou de resultado prático equivalente. Nesse sentido: CIVIL, PROCESSO CIVIL E CONSUMIDOR. RECLAMAÇÃO. RESOLUÇÃO 12/09 DO STJ. DECISÃO TERATOLÓGICA. CABIMENTO. INTERNET. PROVEDOR DE PESQUISA VIRTUAL. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. DESNECESSIDADE. RESTRIÇÃO DOS RESULTADOS. NÃO CABIMENTO. CONTEÚDO PÚBLICO. DIREITO À INFORMAÇÃO. DADOS OFENSIVOS ARMAZENADOS EM CACHE. EXCEÇÃO. EXCLUSÃO. DEVER, DESDE QUE FORNECIDO O URL DA PÁGINA ORIGINAL E COMPROVADA A REMOÇÃO DESTA DA INTERNET. COMANDO JUDICIAL ESPECÍFICO. NECESSIDADE. ASTREINTES. OBRIGAÇÃO IMPOSSÍVEL. DESCABIMENTO. DISPOSITIVOS LEGAIS ANALISADOS: ARTS. 220, § 1º, da CF/88, 461, § 5º, do CPC. (...) 9. Mostra-se teratológica a imposição de multa cominatória para obrigação de fazer que se afigura impossível de ser cumprida. 10. Reclamação provida. (STJ, Reclamação 5072 –AC (2010/0218306-6), 2ª Seção, Relatora para Acórdão Ministra Nancy Andriighi, j. em 11.12.2013)

meio da relativização da coisa julgada, estabelecer a verdade que fora desvirtuada nos autos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ATO JUDICIAL IMPUGNADO. INEXIGIBILIDADE DO TÍTULO JUDICIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. OBRIGAÇÃO DE FAZER IMPOSTA AO MUNICÍPIO.

Sentença que condenou o município ao pagamento de reajuste salarial devido no mês de fevereiro de 1995. Ilegitimidade passiva do Município. Relação de direito material mantida com o IPREM desde o início do processo. Pretensão de inclusão da entidade no polo passivo. Impossibilidade. Limites subjetivos da demanda. Coisa julgada. Ilegitimidade do Município. Configuração de inexigibilidade do título executivo. Artigo 475-L, inciso II c.c. artigo 586, ambos do CPC. Relativização da coisa julgada. Sentença que condena o município que nunca teve relação alguma com a coautora. Decisão injusta que ofende os princípios constitucionais da Administração Pública. **OBRIGAÇÃO DE FAZER.** Pretensão de complementação da obrigação de fazer. Impossibilidade. Hipótese em que o objeto da obrigação está adstrito aos vencimentos do cargo em que o beneficiário ocupava a época em que o benefício deveria ter sido pago. O novo vínculo de provimento originário impede o apostilamento e reajuste de vencimentos no cargo atual. Ofensa a coisa julgada. **RECURSO NÃO PROVIDO.**

(TJ/SP, Agravo de Instrumento 0171016-08.2012.8.26.0000, 9ª Câmara de Direito Público, Rel. Desembargador JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR, j. em 08.05.2013)

AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – INEXEQUIBILIDADE DO TÍTULO JUDICIAL – INEXIGIBILIDADE DA OBRIGAÇÃO – RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA – EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO

– Ato praticado na vigência do antigo CPC – Aplicação do artigo 14 do novo CPC – Sentença que condenou a Fazenda a recalcular proventos de pessoa que não integra os quadros da Administração Direta – Inexistência de relação jurídica entre as partes comprovada nos autos – Informação administrativa somente trazida após a constituição do título executivo judicial – Impossibilidade material de cumprimento da obrigação – Configuração de inexigibilidade do título executivo – Inteligência dos arts 475-L, inc. II e 586, do CPC/1973 – Relativização da coisa julgada – Cabimento excepcional no caso concreto – Inexistência de mera decisão injusta ou de resolução errônea de questão de fato, tratando-se de situação teratológica que gerou obrigação inexequível, a autorizar a relativização da autoridade da coisa julgada – Precedentes – Inexigibilidade do título reconhecida – Extinção da execução – Decisão mantida – **Recurso Improvido.**

(TJ/SP, Agravo. de Instrumento 2162748-52.2017.8.26.0000, 3ª Câmara de Direito Público, Rel. Desembargador MAURÍCIO FIORITO, j. em 14.11.2017)

Sobreleva notar que o Colendo Superior Tribunal de Justiça, de modo semelhante, admitiu a relativização da coisa julgada para corrigir situação manifestamente injusta:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DÚVIDAS SOBRE A TITULARIDADE DE BEM IMÓVEL INDENIZADO EM AÇÃO

DEDESAPROPRIAÇÃO INDIRETA COM SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. PRINCÍPIO DA JUSTA INDENIZAÇÃO. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA.

1. Hipótese em que foi determinada a suspensão do levantamento da última parcela do precatório (art. 33 do ADCT), para a realização de uma nova perícia na execução de sentença proferida em ação de desapropriação indireta já transitada em julgado, com vistas à apuração de divergências quanto à localização da área indiretamente expropriada, à possível existência de nove superposições de áreas de terceiros naquela, algumas delas objeto de outras ações de desapropriação, e à existência de terras devolutas dentro da área em questão.

2. Segundo a teoria da relativização da coisa julgada, haverá situações em que a própria sentença, por conter vícios insanáveis, será considerada inexistente juridicamente. Se a sentença sequer existe no mundo jurídico, não poderá ser reconhecida como tal, e, por esse motivo, nunca transitará em julgado.

3. "A coisa julgada, enquanto fenômeno decorrente de princípio ligado ao Estado Democrático de Direito, convive com outros princípios fundamentais igualmente pertinentes. Ademais, como todos os atos oriundos do Estado, também a coisa julgada se formará se presentes pressupostos legalmente estabelecidos. Ausentes estes, de duas, uma: (a) ou a decisão não ficará acobertada pela coisa julgada, ou (b) embora suscetível de ser atingida pela coisa julgada, a decisão poderá, ainda assim, ser revista pelo próprio Estado, desde que presentes motivos preestabelecidos na norma jurídica, adequadamente interpretada." (WAMBIER, Tereza Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. 'O Dogma da Coisa Julgada: Hipóteses de Relativização', São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pág. 25)

4. "A escolha dos caminhos adequados à infringência da coisa julgada em cada caso concreto é um problema bem menor e de solução não muito difícil, a partir de quando se aceite a tese da relativização dessa autoridade - esse, sim, o problema central, polêmico e de extraordinária magnitude sistemática, como procurei demonstrar. Tomo a liberdade de tomar à lição de Pontes de Miranda e do leque de possibilidades que sugere, como: a) a propositura de nova demanda igual à primeira, desconsiderada a coisa julgada; b) a resistência à execução, por meio de embargos a ela ou mediante alegações incidentes ao próprio processo executivo; e c) a alegação *incidenter tantum* em algum outro processo, inclusive em peças defensivas." (DINAMARCO, Cândido Rangel. 'Coisa Julgada Inconstitucional'? Coordenador Carlos Valderdo Nascimento - 2ª edição, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, págs. 63-65)

5. Verifica-se, portanto, que a desconstituição da coisa julgada pode ser perseguida até mesmo por intermédio de alegações incidentes ao próprio processo executivo, tal como ocorreu na hipótese dos autos.

6. Não se está afirmando aqui que não tenha havido coisa julgada em relação à titularidade do imóvel e ao valor da indenização fixada no processo de conhecimento, mas que determinadas decisões judiciais, por conter vícios insanáveis, nunca transitam em julgado. Caberá à perícia técnica, cuja realização foi determinada pelas instâncias ordinárias, demonstrar se tais vícios estão ou não presentes no caso dos autos.

7. Recurso especial desprovido.

(STJ, REsp 622.405/SP, 1ª Turma, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, j. em 14.08.2007, DJ de 20.09.2007)

Assim, no caso hipotético sob análise, caberá ao ente federativo impugnar a execução, alegando a inexigibilidade da obrigação, que, acaso reconhecida, extinguirá a execução.

Todavia, não se terá a efetiva resolução da crise jurídica, tampouco a pacificação social.

5.2 A DEFINIÇÃO DA NORMA JURÍDICA E A APLICAÇÃO DO DIREITO PARA A RESOLUÇÃO DA CRISE JURÍDICA

A análise perfunctória do texto do CPC/2015 não possibilita encontrar a resolução para essa relação da vida real, mormente porque decorreu de uma situação teratológica inimaginável ao legislador.

Assim, com fundamento no princípio da cooperação¹⁵, caberá aos participantes do processo a construção da norma jurídica destinada à resolução justa e efetiva da crise jurídica.

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte.

(...)

Essas considerações levam ao entendimento de que a atividade do intérprete – quer julgador, quer cientista – não consiste em meramente descrever o significado previamente existente dos dispositivos. Sua atividade consiste em construir esses significados. Em razão disso, também não é plausível aceitar a ideia de que a aplicação do Direito envolve uma atividade de subsunção entre conceitos prontos antes mesmo do processo de aplicação.

(...)

*Por conseguinte, pode-se afirmar que o intérprete não só constrói, mas reconstrói sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso. (...) Daí se dizer que *interpretar é construir a partir de algo*, por isso significa *reconstruir*: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados *núcleos de sentidos*, que*

¹⁵ O art. 6º do CPC/2015 estabelece que *[t]odos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva*. O princípio da cooperação, a despeito de o texto legal ser restritivo, deve ser aplicado à execução. *[T]ratando-se de princípio que independe de expressa previsão legal, a redação aparentemente limitadora do dispositivo ora analisado não é suficiente para afastar o princípio da cooperação de toda atividade jurisdicional, inclusive a executiva. (...) Seguir a tendência de legislações estrangeiras, em especial a alemã, na propositura de um sistema participativo/cooperativo é benéfico ao processo porque, centrando-se em deveres do juiz, permite uma participação mais ativa das partes na condução do processo e aumenta as chances de influenciarem de maneira efetiva na formação do convencimento judicial. Trata-se, portanto, de incluir as partes como também responsáveis pelo desenvolvimento processual, que não deve ser tarefa exclusiva do juiz.* (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil - Volume Único*. 10 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 205-206.)

são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual.¹⁶

A construção e reconstrução da norma jurídica relaciona-se à Hermenêutica, que não se confunde com a aplicação do Direito.

A aplicação do Direito consiste no enquadrar um caso concreto em a norma jurídica adequada. Submete às prescrições da lei uma relação da vida real; procura e indica o dispositivo adaptável a um fato determinado. Por outras palavras: tem por objeto descobrir o modo e os meios de amparar juridicamente um interesse humano.

O direito precisa transformar-se em realidade eficiente, no interesse coletivo e também no individual. (...)

Verificado o fato e todas as circunstâncias respectivas, indaga-se a que tipo jurídico pertence. (...)

Busca-se, em primeiro lugar, o grupo de tipos jurídicos que se parecem, de um modo geral, com o fato sujeito a exame; reduz-se depois a investigação aos que, revelam semelhança evidente, mais aproximada, por maior número de faces; o último na série gradativa, o que se equipara, mais ou menos, ao caso proposto, será o dispositivo colimado.

Para atingir, pois, o escopo de todo o Direito objetivo é força examinar: a) a norma em sua essência, conteúdo e alcance (*quaestio juris*, no sentido estrito); b) o caso concreto e suas circunstâncias (*quaestio facti*); c) a adaptação do preceito à hipótese em apreço.¹⁷

Apesar de se distinguirem, há uma estreita relação de dependência entre a Hermenêutica e a aplicação do Direito.

Maximiliano (2018:9), em sua clássica obra, ensina que:

A Aplicação não prescinde da Hermenêutica: a primeira pressupõe a segunda, como a medicação a diagnose. Em erro também incorre quem confunde as duas disciplinas: uma, a Hermenêutica, tem um só objeto – a lei; a outra, dois – o Direito, no sentido objetivo, e o fato. Aquela é um meio para atingir a esta; é um momento da atividade do aplicador do Direito. Pode a última ser o estudo preferido do teórico; a primeira, a Aplicação, revela o adaptador da doutrina à prática, da ciência à realidade: o verdadeiro jurisconsulto.

De fato, no caso hipotético sob análise, faz-se necessário construir uma norma jurídica que, aplicada ao caso concreto, alcançará a pacificação social por meio da alteração da realidade fática.

¹⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2018, p. 50-54.

¹⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 21 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018, p. 6-9.

Assim, a despeito de o reconhecimento da inexigibilidade da obrigação ser de rigor, a extinção da execução, por si, não irá tutelar, no mundo dos fatos, de forma justa e efetiva, os interesses das partes, mormente os do demandante.

Não se pode olvidar que a parte autora descumpriu o seu dever de expor os fatos em juízo conforme a verdade quando, em sua petição inicial, afirmou ser servidora do ente federativo, a despeito de possuir relação jurídica-funcional com uma autarquia a ele vinculado.

Todavia, o ente federativo ficou-se inerte, deixando de alegar em contestação a sua ilegitimidade passiva *ad causam*.

Infere-se, por conseguinte, que essa situação teratológica resultou de culpa concorrente das partes.

Desse modo, como o cumprimento da obrigação de fazer coisa infungível é impossível, a norma que regula a situação fática que revela semelhança ao caso proposto é a do artigo 499 do CPC/2015, *verbis*:

Art. 499. A obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Observa-se que esse dispositivo possibilita a conversão em perdas e danos da prestação de fazer cujo cumprimento tornou-se impossível.

Segundo o art. 499, o momento para a conversão em perdas e danos deve ocorrer “quando for impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente”, o que pode se verificar não apenas na propositura da demanda, mas também no seu final, quando se mostrem infrutíferas as técnicas de efetivação da tutela *in natura*. Nesse caso, deve-se promover a liquidação antes ou depois de iniciado o cumprimento de sentença.¹⁸

O Colendo Superior Tribunal de Justiça admite de modo pacífico a conversão da obrigação de fazer em perdas e danos quando a impossibilidade prestacional é superveniente, senão vejamos:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. COISA JULGADA. SERVIDOR PÚBLICO. NOMEAÇÃO EM CARGO PÚBLICO. FATO SUPERVENIENTE. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. CONVERSÃO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER EM PERDAS E DANOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.
(...)

¹⁸ ABELHA, op. cit., p. 294.

7. O CPC/2015 prevendo a possibilidade da não efetivação da tutela jurisdicional requerida pela parte possibilitou a conversão da obrigação de fazer em perdas e danos se o autor requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente (art. 499).

(...)

10. Este Superior Tribunal de Justiça tem entendimento assente no sentido de que a conversão da obrigação de fazer em indenização não configura julgamento extra petita. A propósito: AgInt nos EDv nos EREsp 1.364.503/PE, Rel. Ministro Francisco Falcão, Corte Especial, DJe 18/6/2018; AgRg no REsp 1.471.450/CE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 8/3/2016; AgRg no REsp 992.028/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJe 14/2/2011.

(STJ, REsp 1.758.330-MT, 2ª Turma, rel. Min. HERMAN BENJAMIN, j. em 08.11.2018, DJe de 19.11.2018)

Não obstante, como *in casu*, a impossibilidade prestacional é coetânea ao ajuizamento da demanda, infere-se que provimento condenatório não trouxe consigo a autorização para a obtenção do equivalente pecuniário.

Assim, a conversão destinar-se-á a apurar a extensão dos danos sofridos por ambas as partes até o momento em que foi reconhecida a inexigibilidade da obrigação de fazer, mas não o correspondente pecuniário da própria obrigação.

Nesse sentido, Fredie Didier Júnior (2019: 602-604) ensina que:

A impossibilidade capaz de gerar a conversão da obrigação em prestação pecuniária há de ser (i) superveniente, (ii) absoluta e (iii) imputável ao devedor. (...)

Apenas a *impossibilidade superveniente* pode ensejar a conversibilidade da obrigação de fazer ou de não fazer. Se desde o seu nascedouro o seu objeto já era impossível, o ato jurídico que deu causa à obrigação é nulo e, por isso, não há que ser imposto ao réu o cumprimento da prestação.

Obviamente que, nesse último caso (obrigação decorrente de negócio jurídico nulo por impossibilidade originária), pode o réu ser condenado ao pagamento de indenização por conta de dano que, por dolo ou culpa, tenha causado à outra parte. Deve-se atentar, porém, para o fato de que não necessariamente essa indenização equivalerá à expressão pecuniária da própria obrigação cujo objeto era impossível. (g.n.)

(...)

(ii) A impossibilidade de cumprimento na forma específica deve ser absoluta. Diz-se absoluta a impossibilidade quando a obrigação não pode ser cumprida pelo devedor nem por qualquer outra pessoa – é o que muitos doutrinadores chamam de *impossibilidade objetiva*. (...)

(iii) Por fim, a impossibilidade de realização da prestação na forma específica deve ser imputável ao devedor. Essa imputabilidade tanto pode decorrer de inadimplemento culposos do devedor (imputabilidade subjetiva) quanto pode decorrer de uma imposição normativa, independentemente de o devedor ter concorrido o culpa para o inadimplemento (imputabilidade objetiva). Se o fazer ou o não fazer tornou-se impossível sem que para isso tivesse concorrido a vontade ou a conduta (comissiva ou omissiva) do devedor, resolve-se a obrigação, em regra, sem que se possa falar em perdas e danos.

Impende destacar, conforme afirmado alhures, que a situação teratológica ora analisada resultou de culpa concorrente das partes.

Nesse contexto, faz-se necessário avaliar a efetiva participação na causação dos danos, a fim de individualizar a responsabilidade de cada parte e a extensão da indenização.

Não se pode olvidar que o Código Civil disciplina a concorrência de culpas, que, por juízo de equidade, poderá interferir na fixação da indenização, *verbis*:

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

À guisa de exemplo, cada parte responderá proporcionalmente às despesas e honorários. Além disso, com relação às prestações de trato sucessivo, pleiteadas pela parte autora, que foram fulminadas pela prescrição, será necessário analisar se a sua conduta processual teve potencialidade suficiente para a causação exclusiva do dano. Inexistindo essa potencialidade, restará investigar o grau de participação do ente público no evento danoso, a fim de fixar proporcionalmente a indenização por este devida.

Diante do exposto, infere-se que a norma construída, quando aplicada ao caso concreto, será evidentemente razoável¹⁹ e capaz de realizar a pacificação social.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

¹⁹ *Razoabilidade como equidade* – No primeiro grupo de casos o postulado da razoabilidade exige a harmonização da norma geral com o caso individual. Em primeiro lugar, a razoabilidade impõe, na aplicação das normas jurídicas, a consideração daquilo que normalmente acontece. (...) Em segundo lugar, a razoabilidade exige a consideração do aspecto individual do caso nas hipóteses em que ele é sobremodo desconsiderado pela generalização legal. Para determinados casos, em virtude de determinadas especificidades, a norma geral não pode ser aplicável, por se tratar de caso anormal. (...) Essas considerações levam à conclusão de que a razoabilidade serve de instrumento metodológico para demonstrar que a incidência da norma é condição necessária mas não suficiente para a sua aplicação. Para ser aplicável, o caso concreto deve adequar-se à generalidade da norma geral. A razoabilidade atua na interpretação das regras gerais como decorrência do princípio da justiça (“Preâmbulo” e art. 3º da CF). (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2018, p. 195-199.)

Este trabalho trouxe à baila uma situação que, a despeito de ser inimaginável ao legislador, é eventualmente enfrentada por aqueles que atuam no contencioso de massa.

Assim, com fundamento na opinião de eminentes doutrinadores, bem como em complexa base jurisprudencial relacionada a fatos materiais similares, foi possível estabelecer algumas premissas:

1) na impugnação ao cumprimento de sentença, a alegação de ilegitimidade passiva deve restringir-se à execução, uma vez que é vedado discutir a titularidade da relação jurídica de direito material deduzida pelo demandante;

2) na impugnação ao cumprimento de sentença, é cabível a alegação de inexigibilidade da obrigação de fazer, a fim de, por meio da relativização da coisa julgada, estabelecer a verdade que fora desvirtuada nos autos.

A partir dessas premissas, concluiu-se que a extinção da execução, decorrente do reconhecimento da inexigibilidade da obrigação, não resultaria na efetiva resolução da crise jurídica, tampouco na pacificação social.

Foi proposta, então, a reconstrução de normas jurídicas, a partir da interpretação sistemática dos artigos 499 do CPC/2015 e 945 do CC/2002.

Assim, para a aplicação do direito ao caso concreto, houve a reconstrução da seguinte norma jurídica:

Sendo a impossibilidade prestacional coetânea ao ajuizamento da demanda, a obrigação de fazer será convertida em perdas e danos. A indenização, que não equivalerá ao correspondente pecuniário da própria obrigação, será fixada por equidade, de acordo com a efetiva participação de cada parte na causação dos danos.

Isso posto, é incontroverso que a norma reconstruída não apresenta conteúdo sentimental, visando a privilegiar gratuitamente quaisquer das partes. Pelo contrário, ela busca resolver a crise jurídica de forma justa e efetiva, com base no postulado da razoabilidade.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Manual de Execução Civil**. 5ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015. E-Book.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2018.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. **Reconvenção no Processo Civil**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 15 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**: Execução, Volume 5. 9 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. E-Book.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum, Volume 2. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. E-Book.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 21 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 12 ed. rev., ampl. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil – Volume Único**. 10 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.