EXECUÇÃO DE SENTENÇA — OBRIGAÇÃO DE FAZER — OBRIGAÇÃO DE PAGAR

PARECER

I. *Consulta*

O SINDICATO DOS TRABALHADORES NO SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL NO ESTADO DO PARÁ, através de seu advogado Jarbas Vasconcelos do Carmo, formulou CONSULTA acerca dos trâmites processuais, administrativos e financeiros adequados para executar o que foi decidido no processo nº 001—01392/91, iniciado perante a MM 1ª Junta de Conciliação e Julgamento de Belém, apreciado em 2ª instância pelo Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região (acórdão nº 1.291/92) e que já transitou em julgado. A parte "ex adversa" é a UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ.

O objetivo da Consulta é saber qual o procedimento adequado para que a Universidade cumpra o julgado, que deferiu diversos pedidos do Consulente, dentre eles o de incorporação de resíduos inflacionários à remuneração de seus associados. Este específico pedido contido na decisão necessita do instituto do "precatório" para ser cumprido? Esta é a Consulta que nos foi apresentada.

II. *Dos Limites da Lide*

Manuseando as peças processuais, constatase que o pedido contido na exordial visava a declaração incidental de inconstitucionalida-

de de forma federal, acarretando a incorporação à remuneração do Reclamante de resíduos inflacionários não pagos à época que julgavam devida (março e abril/90). A norma federal atacada foi a Medida Provisória nº 154, publicada em 16.03.90, convertida na Lei nº 8.030/90, e as Portarias nº 191-A e 298 do Ministério da Economia.

Em primeira instância a decisão foi no sentido de deferir o pedido de incorporação na remuneração vencida e vincenda, afastando apenas parcela do resíduo inflacionário (referente ao mês de abril/90) e os honorários advocatícios pleiteados.

Em segunda instância, o Juiz Relator votou limitando a incorporação da inflação "usurpada" no mês de março/90 (que seria paga no mês de abril/90) até o mês de dezembro/90, por ter sido concedido um reajuste aos servidores públicos federais no mês de janeiro/91, repondo o percentual não-pago.

O Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região não referendou a tese exposta pelo Relator, mantendo a decisão de 1ª instância, que determinou a incorporação à remuneração vencida e vincenda, sem limitação temporal.

A lide transitou em julgado no dia 30.11.93, o que fez com que a sentença se transformasse em título executivo judicial, apta a ser executada.

III. *Dos Tipos de Obrigação Contidas na Decisão Judicial*

Verifica-se, portanto, que dois distintos tipos de obrigações estão contidas no "decisum": a primeira, de *dar (pagar);* e a segunda, de *fazer (incorporar).*

A Universidade Federal do Pará está obrigada a pagar *(obrigação de dar)* aos substituídos pelo Sindicato-Autor o montante que vier a ser apurado em liquidação de sentença, acerca das parcelas vencidas e não-pagas desde a remuneração a ser reembolsada em abril/90, até a de novembro/93, inclusive. Estes meses se justificam pelo fato de que o IPC de março/90 deveria ter sido pago em abril/90 e não o foi, o que delimita o ponto inicial da "remuneração vencida". O ponto final da obrigação de pagar deve ser novembro de 1993, pelo fato de que o trânsito em julgado ocorreu no dia 30.11.93 (o último ato processual foi publicado em 29.10.93, sexta feira).

A segunda obrigação determinada pela decisão judicial diz respeito a obrigação de incorporar *(obrigação de fazer)* à remuneração dos substituídos pelo Sindicato-Autor o montante da inflação não-paga no mês de março/90. E a parcela "remuneração vincenda".

Aparentemente trata-se de "obrigação de dar" (pagar) uma vez que a Universidade está obrigada a desembolsar valores. Porém, na realidade, trata-se de uma "obrigação de fazer" (incorporar), uma vez que o objetivo principal não é o desembolso de uma parcela única, mas o refazimento dos cálculos da remuneração devida aos litigantes ativos na demanda. E uma obrigação mista, que ao mandar "fazer" gera um "dar".

Washington de Barros Monteiro ao analisar a distinção existente entre estes dois tipos de obrigação fornece-nos uma precisa aula sobre a matéria, "literis", com grifos apostos:

"Nas obrigações de fazer, a prestação consiste num ato do devedor, ou *num serviço deste.* Qualquer forma de atividade humana, lícita e possível, pode constituir objeto da obrigação." (Curso de Direito Civil, vol. IV. SP, Saraiva, 1979, 15ª, p. 86).

"Nas obrigações 'ad dandum' ou 'ad tradendum' a prestação consiste na entrega de uma coisa, certa ou incerta; *nas obrigações 'in faciendo', o objeto consiste num ato ou serviço do devedor".* (Ob. cit., p. 87).

"O *substractum* da diferença está em verificar se o *dar* é ou não dar conseqüência do fazer. Assim, se o devedor tem de dar ou entregar alguma coisa, não tendo, porém, de fazê-la previamente, a obrigação é de dar; todavia, *se, primeiramente, tem ele de confeccionar a coisa, para depois entregá-la, se tem ele de realizar algum ato, do qual será mero corolário o de dar, tecnicamente a obrigação é de fazer".* (Das Modalidades das Obrigações, dissertação de concurso, SP, 1959, p. 99, "apud" Silvio Rodrigues, Direito Civil, vol. 2. SP, Saraiva, 1989, 19ª ed., p. 35).

No mesmo sentido labora Caio Mário da Silva Pereira, que com sua peculiar precisão terminológica expõe:

"Será 'faciendi' a obrigação, quando a operação de entregar pressupõe o 'facere'." (Instituições de Direito Civil, vol. II. RJ, Forense, 1988, 9ª ed., p. 36).

Orlando Gomes, estipula como critério distintivo o "interesse do credor",

"porquanto as prestações de coisas supõem certa atividade pessoal do devedor e muitas prestações de fato exigem dação. Nas *obrigações de dar,* o que interessa ao credor é a coisa que lhe deve ser entregue, pouco lhe importando a atividade do devedor para realizar a entrega. *Nas obrigações de fazer, ao contrário, o fim é o aproveitamento do serviço contratado.* Se assim não fosse, toda obrigação de dar seria de fazer, e vice-versa". (Obrigações. RJ, Forense, 1986, 8ª ed, p. 47).

A incorporação, portanto, reveste-se em clara obrigação de fazer, pois não se trata apenas de um pagamento, mas de um serviço. Obriga-se a Universidade a incluir na folha de pagamento mensal, a cada mês, os resíduos inflacionários determinados pela decisão. E uma determinação que se refere de forma imediata à área de pessoal e não à área financeira. Usando o tradicional cunho imperativo das decisões judiciárias, a incorporação não traduz um "pague-se", mais um "faça".

Ou ainda, utilizando a límpida linguagem de Silvio Rodrigues:

"Na obrigação de fazer o devedor se vincula a um determinado *comportamento,* consistente em praticar um ato, ou *realizar uma tarefa,* dando uma vantagem para o credor. Pode a mesma constar de um trabalho físico ou intelectual, *como também da prática de um ato jurídico."* (Direito Civil, vol. 2. SP, Saraiva, 1989, 19ª ed., p. 33).

Verifica-se, portanto, que "in casu", existem duas distintas obrigações a serem cumpridas pela Universidade:

a) de dar (pagar os resíduos inflacionários referentes às remunerações vencidas); e

b) de fazer (incorporar aquele percentual às remunerações vincendas).

Constata-se também que o mês divisor de águas entre remunerações vencidas e vincendas é novembro/93. Até esse mês, inclusive, encontram-se as parcelas vencidas; daí por diante estão as parcelas vincendas.

Sobre as parcelas que não estiverem sendo pagas desde dezembro/93, inclusive, incide a Súmula nº 9 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, verbis:"

"Incide correção monetária sobre os valores pagos com atraso, na via administrativa, a título de vencimento, remuneração, proventos, soldo, pensão ou benefício previdenciário, face à sua natureza alimentar."

IV. *Da Execução por Quantia Certa (Obrigação de Dar) Contra a Fazenda Pública*

O montante que vier a ser apurado em liquidação de sentença referente aos meses entre abril/90 a novembro/93 deverá ser pago através de sistemática dos precatórios, prevista no art. 100 da Constituição Federal e nos arts. 730 e 731 do Código de Processo Civil.

A Universidade Federal do Pará deverá incluir em seu projeto de orçamento os valores que o Tribunal Regional do Trabalho remeter referente ao precatório. Se esta inclusão se der até 1º de julho de 1994, os valores deverão ser pagos até 31 de dezembro de 1995, consoante a ordem de precedência dos precatórios. Caso a inclusão ocorra posteriormente àquela data, porém antes de 1º de julho de 1995, o prazo limite para pagamento será 31 de dezembro de 1996.

A inclusão destes valores no orçamento ocorre através de "moeda de conta" e não através de "moeda indexada". Logo, esta sistemática acarreta a existência de sucessivos precatórios, a fim de que o poder aquisitivo da moeda não se perca.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou a respeito por várias vezes, ainda no âmbito da Constituição Federal anterior. Ver, por todas, a seguinte ementa:

"O precatório deve traduzir uma importância líquida e certa a ser incluída no orçamento, não sendo possível a fixação de critérios variáveis no futuro. Feito o pagamento, haverá, como já se tem admitido, atualização dos valores decorrentes da mora." (Rel. Ministro Cordeiro Guerra, RTJ 117/885).

O Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região labora no mesmo sentido, *verbis*:

"Precatório Requisitório. Não se pode esquecer que a desvalorização da moeda em níveis assustadores atinge a todos, trabalhadores de empresas privadas e os que prestam serviços em órgão do poder público. Logo, cabível a atualização do valor da condenação nos processos de servidores de autarquias estaduais, após a expedição de precatório requisitório." (Rel. Juíza Lygia Simão Oliveira, LTr 50-3/337, "apud" Francisco Antonio de Oliveira, Comentários aos Enunciados do TST. SP, Ed. RJ, 1993, 2ª ed., p. 470).

O Tribunal Superior do Trabalho, inexplicavelmente, entende que os juros e a correção monetária somente podem ser calculados até a data de pagamento do valor principal da condenação. Esta posição, que vem sendo dilapidada, encontra-se inserta no Enunciado nº 193 daquela Corte.

O Tribunal Superior de Justiça já adotou posição mais consentânea com o crônico processo inflacionário brasileiro, entendendo que:

"A expedição do precatório não produz o efeito do pagamento, razão pela qual não elide a incidência dos juros moratórios, que serão computados enquanto não solvida a obrigação. O inconveniente de perenização da obrigação nas execuções contra a Fazenda há de ser obviada por esta, mediante, v.g., a praxe de atualizar os créditos orçamentários, postos à disposição da Justiça, para atendimento dos precatórios, como faz com as demais verbas, mormente as de custeio, de molde a permitir que os encargos sejam solvidos por inteiro, dentro do próprio exercício para o qual foram relacionados." (Rel. Ministro Ilmar Galvão, *DJU*, I, 04.06.90, p. 5.05.5, "apud" Francisco Antonio de Oliveira, ob. cit., p. 471).

Portanto, as obrigações de dar (pagar) deverão obedecer a regra dos precatórios para que possam vir a ser recebidas por parte dos substituídos pelo Sindicato-Autor.

E, verifica-se desta forma, que os sucessivos precatórios serão imprescindíveis para cumprir integralmente a decisão, pagando "in totum" os valores devidos.

V. *Da Execução de Obrigação de Fazer Contra a Fazenda Pública*

A execução das obrigações de fazer não obedece a regra dos precatórios, uma vez que tanto a Constituição Federal em seu art. 100, quanto o Código de Processo Civil em seus arts. 730 e 731 tratam apenas das obrigações de dar.

As normas jurídicas que regem a matéria são os arts. 738, IV e 632 a 641 do Código de Processo Civil. Não existem privilégios a favor da Fazenda Pública no que se refere ao cumprimento das obrigações de fazer.

Neste sentido, já decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, "verbis":

"Tratando-se de obrigação de fazer, os embargos à execução à sentença, manifestados pela Fazenda Pública devem obedecer ao art. 738, nº IV, do Código de Processo Civil." (Rel. Desemb. Oliveira Lima. 1ª CCiv. do TJESP. RT 509/94).

Este entendimento decorreu de um processo anterior no qual a decisão foi no sentido de incorporar à remuneração dos autores diversas vantagens pecuniárias, o que demonstra uma situação semelhante à que ora se encontra sob análise.

Desta maneira, a Universidade deverá ser citada para que incorpore à remuneração dos autores o percentual deferido pela decisão judicial, no prazo que o juiz assinalar (art. 632, CPC). O prazo de embargos é de 10 dias, na forma do art. 738, IV, CPC, e a matéria em discussão deve se restringir àquela especificada no art. 741 da mesma codificação.

Assim, não embargada, ou mesmo julgados os embargos favoravelmente ao Sindicato-Demandante, a Universidade deverá efetuar a incorporação no prazo assinalado pelo juiz.

Este procedimento atende à diversas peculiaridades do ordenamento jurídico-positivo, uma vez que os créditos a serem incorporados à remuneração vincenda são mensais e sucessivos, em percentual idêntico para todos os demandantes-substituídos.

Imaginar o sistema de precatório requisitório para o pagamento de cada qual destes valores mensais será o mesmo que condenar "ad infinitum" os demandantes a um processo judicial, tal qual Prometeu acorrentado. Lide sem fim, sem término, sem arquivamento. Processo "fantasma" a arrastar correntes nos sonhos até dos autores já aposentados e dos que virão a se aposentar daqui a muitos anos.

Indubitavelmente a tese do precatório para cumprimento da incorporação não pode nem mesmo ser cogitada.

Observe-se que, caso adotada esta hipótese, os diversos, sucessivos e infinitos precatórios iriam se referir ao valor principal anualizado, além de juros e correção monetária. E não apenas à correção monetária das parcelas, tal como no pagamento das obrigações de dar, conforme acima exposto.

Haveria, então, uma dívida artificialmente adiada, o que não se coaduna com a idéia de Estado Democrático de Direito (Constituição, art. 1º) e com o Princípio da Legalidade (Constituição, art. 5º, "caput" e inciso II; e art. 37, "caput"), que deve nortear toda a atividade da Administração Pública.

Logo, além de anti-jurídica, é completamente despropositada a utilização do precatório para pagamento das obrigações de fazer. A Universidade deve cumprir a ordem judicial e incorporar os valores determinados. Há, de uma banda, o *dever* de incorporar; e de outra, a *oportunidade e a conveniência administrativa* em fazê-lo.

VI. *Da Hipótese de Inexistência de Recursos Orçamentários Para Cumprir a Obrigação de Fazer*

O descumprimento de ordem judicial acarreta prisão, conforme o art. 330 do Código Penal Brasileiro.

Todavia, uma vez que a obrigação de incorporar implica, em seu consectário, em uma obrigação de dar (pagar), pode ocorrer que não existam recursos disponíveis no orçamento da pessoa jurídica de direito público envolvida.

É sabido que a Constituição Federal veda a realização de despesas que excedam os créditos orçamentários (art. 167, II). Ademais, cumpre lembrar que o art. 169 da Carta impede a concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração pelos órgãos e entidades da administração direta e indireta, sem que haja prévia e suficiente dotação orçamentária.

Estes preceitos, contudo, apenas de forma aparente é que se traduzem em óbices à incorporação.

No que se refere ao art. 169, verifica-se que a disposição é aplicável apenas às majorações espontâneas, aos aumentos levianamente concedidos pelas autoridades administrativas. Não é o caso presente, pois não se está frente a uma "concessão", mas de "imposição" através de ordem judicial. Há ordem judicial determinando a incorporação dos valores e não uma concesso "sponte propria". Assim sendo, o possível óbice indicado pelo art. 169 encontra-se transposto.

Resta, ainda, o disposto no art. 167, II, da Carta, impeditivo da realização de despesas que excedam os créditos orçamentários.

Duas considerações distintas devem ser apresentadas à esta hipótese.

A *primeira* é constatar que a decisão judicial não concedeu ao Sindicato-Autor nenhuma parcela trabalhista ou gratificação adicional, mas apenas resíduos inflacionários não pagos. Ou seja, não existe o pagamento de itens acima da inflação, mas apenas e tão-somente a *reposição* à remuneração do que foi corroído pela inflação.

Nesta linha de pensamento enquadra-se a questão dos 147% que o Supremo Tribunal Federal deferiu aos aposentados e pensionistas do INSS, no ano de 1991. Existiam parcelas vencidas e vincendas. O art. 195, § 5º, da Carta estabelece que nenhum benefício poderá ser majorado sem a correspondente fonte de custeio total. Eros Roberto Grau, com sua conhecida acuidade, assim dirimiu a questão em muito bem fundamentado parecer, *verbis*:

"A atualização monetária destes benefícios e serviços não correspondem a aumentos efetivos (reais) deles. Apenas se poderia cogitar de aumentos reais, no caso, quando e se os benefícios e serviços sofressem majorações além do montante de inflação medido em determinado período.

Assim, tenho que *a majoração nominal, que não importe aumento real dos benefícios e serviços da seguridade social, não está abrangida pela regra inscrita no § 5º do art. 195 da Constituição de 1988; aumentos nominais não consubstanciam majoração de tais benefícios e serviços, porém e tão-somente atualização de seu referencial monetário".*

(Despesa Pública — Princípio da Legalidade — Decisão Judicial. *In:* RDA 191/315-331. RJ, Ed. Renovar e FGV, jan/mar-93, p. 317).

Uma vez que se verifica similitude entre a norma constante do art. 195, § 5º e do artigo 167, II, ambos da Constituição, pode-se muito bem utilizar as considerações acima à análise deste presente caso.

Assim, uma vez que somente foi deferida a reposição de resíduos inflacionários, e não efetivo acréscimo de valores, descabe se falar de majoração para os efeitos do art. 167, II, da Constituição.

Além disso, e em *segundo* lugar, constata-se que a norma do art. 167, II, CF, contempla a possibilidade de ser coberta majoração de tais despesas — se desta forma vier a ser enquadrado este caso —, através da abertura de créditos adicionais, entendidos como "autorizações de despesa não computadas ou insuficientemente dotadas na Lei de Orçamento" (art. 40, Lei nº 4.320/64).

Como é sabido, são três os tipos de créditos adicionais: os suplementares, os especiais e os extraordinários. Os primeiros servem para as quais não haja dotação orçamentária; os segundos são destinados a despesas para as quais não haja dotação orçamentária específica; e os terceiros, visam atender a despesas urgentes e imprevistas (art. 41, Lei nº 4.320/64).

"In casu", os créditos adicionais a serem abertos devem ser suplementares, pois, repete-se, a decisão em comento foi tão-somente para reposição de resíduos inflacionários.

Cumpre observar que a solicitação para abertura de crédito adicional suplementar deve objetivar o reforço de dotação orçamentária com respeito à rubrica "pessoal" e "encargos" e não especificamente para atender à decisão judicial em apreço, até mesmo porque depende de autorização legislativa.

Por outras palavras: só deverá haver o pedido de suplementação caso os ítens orçamentários estejam por se esgotar, e não para pagamento dos valores consignados na decisão judicial.

Enfim, descabe o pedido de autorização legislativa para abertura de créditos adicionais quaisquer caso existam recursos orçamentários na rubrica própria.

Pode ocorrer ainda da incorporação de valores nem mesmo alterar a previsão orçamentária inicial para as rubricas "pessoal" e "encargos", face a existência de demissões, aposentadorias, redução de regime de trabalho, redução de horas extraordinárias e noturnas etc. Nesta hipótese, a suplementação orçamentária nem mesmo seria necessária.

Caso haja necessidade de serem abertos tais créditos adicionais suplementares é imprescindível a existência de recursos disponíveis, que são (§ 1º, art. 43, Lei nº 4.320/64): "superavit" financeiro; excesso de arrecadação; anulação parcial ou total de dotações orçamentárias ou créditos adicionais; ou ainda o produto de operações de crédito.

As duas hipóteses mais prováveis são o excesso de arrecadação, pois as receitas tributárias são indexadas e as despesas, orçamentariamente, não o são; e a anulação de dotações orçamentárias, através do remanejamento de verbas alocadas nas diversas rubricas.

Assim sendo, a Universidade, caso tenha recursos suficientes na rubrica orçamentária "pessoal" e "encargos" deverá atender de imediato a ordem judicial de incorporar os valores deferidos na decisão transitada em julgado, inclusive arrimada em sua autonomia de gestão financeira, insculpida no art. 207 da Constituição Federal.

VII. *Conclusões e Respostas*

Assim sendo, compilando todas as diversas considerações acima mencionadas, e certos de que desta forma estamos respondendo à questão formulada, podemos concluir afirmando que:

a) A decisão judicial transitada em julgado impõe à Universidade dois distintos tipos de obrigação: de dar (pagar) e de fazer (incorporar);

b) A de dar (pagar) abrange os resíduos inflacionários referentes às remunerações entre abril/90 a novembro/93, inclusive, obedecida a sistemática de precatórios judiciais;

c) A de fazer (incorporar) deve se referir ao período posterior ao trânsito em julgado da ação, ou seja, de dezembro/93 em diante. So-

bre os valores não pagos na data correta, deve incidir correção monetária, mesmo na via administrativa, conforme Súmula nº 9 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região;

d) A execução das obrigações de fazer contra a Fazenda Pública não são cumpríveis através do sistema de precatórios, pois esta sistemática refere-se tão-somente ao cumprimento das obrigações de dar;

e) A Universidade possui autonomia de gestão financeira, conforme o art. 207 da Carta, o que lhe permite imediatizar a incorporação judicialmente determinada, caso hajam recursos financeiros nas rubricas "pessoal" e "encargos";

f) Se e quando a rubrica financeira de "pessoal" e de "encargos" ficar próxima ao esgotamento, deverá haver pedido de crédito adicional suplementar.

E o que nos parece, salvo melhor juízo.

Belém, 26 de janeiro de 1994. *Fernando Facury Scaff* — Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor da Universidade Federal do Pará. Advogado.