

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE APRESENTADA NO PROCESSO N°  
053.96.414228-9

**Luiz Guilherme da Cunha Mello**

Procurador do Município

Departamento Judicial – JUD

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 7ª VARA DA FAZENDA  
PÚBLICA DA COMARCA DE SÃO PAULO

Autos do processo n° 053.96.414228-9  
Rito Ordinário

O **MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**, pelo Procurador que esta subscreve, na ação em epígrafe, ora em fase de execução, que lhe movem **MARIA LUIZA BRANCO RABELO E OUTROS**, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, apresentar **EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE**, nos termos que passa a expender.

A Municipalidade foi intimada de decisão proferida por este juízo monocrático, disponibilizada no Diário de Justiça Eletrônico em 13 de maio de 2010, com o seguinte teor:

*“Não houve oposição de Embargos à Execução. Requeiram os exeqüentes em termos de prosseguimento. Frisa-se que, tendo em vista o novo procedimento adotado por esta Vara quanto a expedição de ofícios requisitório de precatório ou de pequeno valor, e desnecessário o fornecimento de peças ao Cartório para a confecção dos mesmos. Nada sendo requerido, arquivem-se os autos.”*

A decisão, todavia, causou estranheza, haja vista que em 4 de março do corrente ano, a Urbe tempestivamente opôs embargos à execução, impugnando as contas ofertadas pelos exeqüentes.

Em seguida, de ofício, este mesmo juízo tornou sem efeito a decisão acima apontada. Confira-se:

*“Torno sem efeito a decisão de fl. 1237 dos autos principais. Os embargos são tempestivos. Recebo os Embargos do devedor para discussão. Manifestem-se os embargados em 15 dias, nos termos do art. 740 do CPC.”* (decisão disponibilizada em 18 de maio de 2010)

Impende, contudo levantar questão, cujo **conhecimento** deve ocorrer **de ofício** pelo juiz, e que deve ser apreciada neste momento processual, sob pena de gerar lesão ao Erário e enriquecimento sem causa por parte dos servidores.

Trata-se da necessidade de o juiz examinar o título a ser executado, verificando se os elementos fornecidos pelos exequentes correspondem fielmente às suas peculiaridades. Exige-se, nesse contexto, o debate dos limites da multa diária cominada em face da Fazenda e executada pelos servidores em cifra correspondente a cerca de **R\$ 700.000,00 (setecentos mil reais)**, por meio desta petição.

## **DO CABIMENTO DA PRESENTE MEDIDA PARA QUESTIONAR O INSTITUTO DAS ASTREINTES**

Antes de se adentrar propriamente nos meandros do tema, que devem ser enfrentados por este juízo, faz-se mister afastar quaisquer dúvidas a respeito da admissibilidade destas razões, mesmo após a oposição dos embargos à execução.

Conforme é cediço, a exceção de pré-executividade é instrumento processual forjado doutrinariamente, mas que ganhou rapidamente espaço na jurisprudência. Apesar de alguns autores fazerem distinção desde a nomenclatura, até o alcance deste incidente, é circunstância imaculada a possibilidade de se levantar questão sobre a qual recai o dever de manifestação de ofício do magistrado, como é o caso dos parâmetros de fixação das astreintes.

Nesse ponto, pode-se questionar o fato de já ter sido oposto embargos à execução, ou que, em verdade, ao juiz é facultado modificar as facetas da multa diária, na forma do artigo 461, § 6º do Código de Processo Civil.

Porém, o direito em debate na presente ação repercute sobre o Erário, ensejando enriquecimento sem causa aos servidores, além de se exigir controle jurisdicional sobre o confronto das contas dos exequentes com a decisão exequenda, especialmente em relação à multa diária.

Essa linha de raciocínio já foi trilhada pelo Superior Tribunal de Justiça, consoante se infere do excerto abaixo transcrito, confira-se:

“Como se sabe, a exceção de pré-executividade, fruto de construção pretoriana, é meio idôneo de defesa disponível ao executado, não prevista expressamente em lei, com cabimento nas hipóteses excepcionalíssimas e restritas de flagrante inexistência ou nulidade do título executivo, bem assim nas hipóteses referentes à flagrante falta de pressupostos processuais e/ou condições da ação. Outrossim, é cabível exceção de pré-executividade com objetivo de discutir matéria atinente ao excesso da execução, quando não dependente de dilação probatória, mas de simples análise do montante devido a título de *astreintes*, o que ocorre na espécie.

A esse respeito, esta Corte Superior decidiu ser cabível a utilização da exceção de pré-executividade quando a matéria nela versada não necessitar dilação probatória.

(...)

É certo que, no cumprimento de sentença, a impugnação é o meio correto de reação do devedor à execução injusta, é o veículo, pois, adequado para a arguição de alegações desse jaez, consoante se verifica do art. 475-L, V, CPC.

Se, ao magistrado, é facultado, nos termos do art. 461, §6º, do Código de Processo Civil, a modificação do valor da multa, de ofício, quer dizer, independente de manifestação das partes, não é razoável a rejeição da exceção de pré-executividade que pretende discutir, justamente, o montante das *astreintes*.

**Mostra-se, pois, perfeitamente possível o manejo da exceção de pré-executividade, independente do oferecimento de impugnação, quanto mais se a matéria poderia ser conhecida até mesmo de ofício.**

**Não convence, data venia, o argumento de que somente na impugnação ao cumprimento de sentença seria possível a discussão de eventual excesso no valor da multa diária.**

**Os dispositivos legais devem ser interpretados de forma sistemática. E, na espécie, se ao Juiz é possível a modificação inclusive de ofício, em razão de circunstâncias do processo - exorbitância ou caráter irrisório -, quanto o mais se provocado, seja por petição, ou mesmo, pela via da exceção de pré-executividade.**” (O original não possui destaque) (REsp nº 1.081.772-SE, Rel. Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, v.u., j. em 13/10/2009)

Logo, independentemente da oposição dos embargos à execução por parte da Municipalidade, perfeitamente viável a apresentação desta medida, ou até mesmo de petição inominada, no intuito de questionar os limites de fixação da multa diária, bem como sua desproporcionalidade em relação ao objetivo que pretendia atingir. **A matéria, inclusive, conforme aduzido, deve ser conhecida de ofício.**

De outra sorte, incumbe ao magistrado exercer controle sobre os parâmetros das contas dos exequentes, a fim de que seja resguardada a incolumidade do título executivo, respeitando-se as decisões judiciais prolatadas no processo.

Dessa feita, a apresentação dessas razões tornam-se indispensáveis, a fim de suscitar a manifestação deste juízo sobre as questões acenadas.

## **DA INCORREÇÃO E DOLO DOS AUTORES EM RELAÇÃO AO LAPSO TEMPORAL DE FLUÊNCIA DA MULTA DIÁRIA**

Insta ressaltar que não se pretende discutir a possibilidade ou não de cominação de multa em face da Fazenda, posto que esse tópico já restou impugnado no presente processo, recaindo a discussão sobre a possibilidade de redução do valor da multa, bem como combater a arbitrariedade e dolo na estipulação do termo final de incidência da multa, por parte dos exequentes.

Trata-se de duas questões sobre as quais não pode este juízo monocrático se omitir, consoante esposado no item anterior deste arrazoado, em razão da flagrante lesão ao Erário e do dever de repúdio ao enriquecimento sem causa dos servidores.

De início, cumpre asseverar que ao juiz cabe zelar pelos parâmetros que norteiam a imposição de multa diária para resguardar a efetividade das decisões judiciais.

Basta observar que o juiz, segundo preconiza as normas do artigo 461, § 4º, e 5º, do Código de Processo Civil, pode, **de ofício, independentemente de requerimento do autor**, aplicar as medidas necessárias no sentido de que seja respeitada determinada decisão judicial.

Na mesma esteira, compete ao juiz analisar os parâmetros da fixação da multa, seja porque se tornaram inoperantes, seja porque se demonstraram insuficientes ou excessivos, na forma do artigo 461, § 6º do mesmo diploma.

Sucedede que, **por essas mesmas razões deve o magistrado fiscalizar, outrossim, os termos, inicial e final, de aplicação da multa, pois, após essa abordagem, será possível, com maior precisão, reputá-la excessiva ou insuficiente ao fim que se destinou atingir.**

E essa medida somente se torna viável, especialmente pelo rito exigido quando a Fazenda ocupa o pólo passivo, no processo de execução da obrigação de pagar, por ser o momento em que se torna exequível a multa.

A excessividade de multa, no entanto, pode e deve ser repelida pelo magistrado a qualquer tempo, em qualquer fase processual.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é consolidado no sentido de inexistir coisa julgada material quanto à discussão do valor da multa diária, sendo a execução o momento processual oportuno para a discussão da matéria. Confira-se os excertos abaixo transcritos:

“PROCESSO CIVIL. MULTA. ALTERAÇÃO DE VALOR. INSUFICIENTE OU EXCESSIVO. NÃO CONFIGURADA COISA JULGADA.

1. **A multa prevista no art. 461, § 6º, do Código de Processo Civil não faz coisa julgada material, podendo ter seu valor alterado pelo juiz a qualquer tempo, desde que tenha se tornado insuficiente ou excessivo.**

2. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no Ag 957621/RJ, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, v.u., j. em 16/03/2010) O original não possui destaque

“PROCESSO CIVIL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. ASTREINTES. POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA MULTA COM BASE NOS CRITÉRIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. PRAZO INICIAL PARA A CONTAGEM DOS JUROS MORATÓRIOS. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO.

- **É lícito ao Julgador, a qualquer tempo, modificar o valor e a periodicidade da multa (art. 461, § 4º c/c § 6º, do CPC), conforme se mostre insuficiente ou excessiva. Precedentes.**

- A ausência da confrontação analítica dos julgados impede o conhecimento do recurso especial pela letra "c" do permissivo constitucional.

Recurso especial da ré parcialmente conhecido e provido. Recurso especial adesivo não conhecido.” (REsp 1060293/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi Terceira Turma, v.u., j. em 04/03/2010) O original não possui destaque

“No sistema anterior à Lei nº 10.444/02, onde haveria a execução da sentença de obrigação de fazer, o juiz da execução poderia com fundamento no art. 644,

parágrafo único, reflexo atual do § 6º, do art. 461, aplicado pelo TJRN, alterar o valor da multa para mais ou para menos. Eis a redação do dispositivo:

*‘O valor da multa poderá ser modificado pelo juiz da execução, verificando que se tornou insuficiente ou excessivo.’*

**Percebe-se que a multa poderá, mesmo depois de transitada em julgado a sentença, ser modificada, para mais ou para menos, conforme seja insuficiente ou excessiva.**

**O dispositivo indica que o valor da astreinte não faz coisa julgada material, pois pode ser revista mediante a verificação de insuficiência ou excessividade.**

O excesso a que chegou a multa aplicada justifica a redução pelo TJRN.

Com a reforma do CPC, a multa fixada na sentença poderá ser alterada sempre que houver modificação das circunstâncias existentes ao tempo de sua fixação, mesmo porque não existe mais o processo de execução de sentença.

É essa a interpretação a ser dada ao § 6º, do Art. 461, do CPC.” (REsp 785053/BA, Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, v.u., j. em 18/10/2007)

O original não possui destaque

O Tribunal de Justiça não destoa desse entendimento, como se observa exemplificativamente da ementa abaixo citada *in verbis*:

“Agravos de Instrumento - Execução por Título Judicial - Cautelar de Exibição de Documentos - Cobrança da multa - Impugnação rejeitada - Pretendido descabimento da multa, havendo ainda enriquecimento sem causa do autor - Alegada inexistência de direito deste quanto ao período do Plano Bresser - Acolhimento parcial - Multa diária estabelecida de início, liminarmente, não objeto de impugnação adequada - Recursos de agravo e, posteriormente, de apelação não conhecidos - Valor exequendo, porém, excessivo, em razão das peculiaridades do caso - Possibilidade de redução - **Inexistência de coisa julgada material a respeito - Preliminar rejeitada e recurso parcialmente provido. Prescrevendo o art 461, § 6º, do diploma instrumental que o JUIZ poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva, ainda que haja sentença com trânsito em julgado fixando seus parâmetros, estes não fazem coisa julgada material, podendo ser modificados, em razão das peculiaridades do caso, tanto para mais, quanto para menos, a fim de adequá-la à realidade e à finalidade a que se destina. Não pode, portanto, o montante cobrado a esse título propiciar enriquecimento sem causa do credor,** não devendo, contudo, ser tão diminuto que não cumpra seu objetivo de coerção do devedor a cumprir a determinação judicial ou condenação.” (AI nº 7295677-9, Décima Primeira Câmara de Direito Privado, Rel. Vieira de Moraes, v.u., j. em 04/06/2009) O original não possui destaque

A doutrina também não vacila ao propor a mesma conclusão, como se pode extrair do ensinamento de Luiz Guilherme Marinoni. Confira-se:

“Também como conseqüência dos motivos que conduziram à quebra do princípio da tipicidade das formas executivas, da separação entre processo de conhecimento e processo de execução e da regra da congruência, conferiu-se ao juiz o poder de, na fase de execução, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa e alterar a própria modalidade executiva determinada na sentença.

**O novo § 6º do art. 461 do CPC é expresso no sentido de que o juiz pode**

**modificar o valor ou a periodicidade da multa, verificando que se tornou insuficiente ou excessiva. Essa modificação deve ser associada à necessidade de se dar efetividade à tutela, a qual evidentemente depende da fase executiva. Daí não existir qualquer motivo para estranhar a possibilidade de alteração da multa na fase executiva, isto é, depois do trânsito em julgado da sentença que a fixou.**” (As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva in Leituras Complementares de Processo Civil. Salvador: Jus Podivm. 7ª Ed. 2009, p. 365) O original não possui destaque

Assim, com o devido respeito, **a intervenção judicial, ainda que de ofício, torna-se obrigatória no caso em tela**, já que o termo final da multa diária foi delimitado de forma absurda pelos ora exeqüentes, apenas após o segundo cumprimento realizado pelo Município, comprovado em 14 de abril de 2009.

Lembre-se que se trata de ação movida por servidores públicos municipais que pleiteiam a condenação da Municipalidade de São Paulo ao pagamento de reajuste salarial para o mês de fevereiro de 1995, com base nas Leis nº 10.688/88 e 10.722/89, afastando-se a incidência da Lei nº 11.722/95, julgada procedente.

Em sede de apelação (nº 428.294-5/0-00, julgada pela 5ª Câmara de Direito Público) dos embargos à execução restou afastada a pretensão fazendária de se aplicar a Lei nº 12.397/97 ao cumprimento da obrigação de fazer, tendo sido a Municipalidade intimada pessoalmente para comprovar o referido cumprimento, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de multa diária de R\$ 900,00 (novecentos reais), sem prejuízo de responsabilidade por improbidade (fls. 788).

A mencionada intimação foi recebida por esta Procuradoria em 31 de janeiro de 2007, quarta-feira.

Os exeqüentes, nesse ponto, desrespeitaram a norma do artigo 241, II, do Código de Processo Civil, a qual condiciona o início do prazo, na hipótese de a intimação se dar por oficial de justiça, tal como ocorreu no vertente caso, a partir da juntada do mandado de intimação.

Em afronta a esse dispositivo, claramente se denota ter sido considerado o dia 1º de fevereiro de 2007, quinta-feira, um dia após o recebimento da intimação, como o marco inicial do prazo de 15 (quinze) dias concedido pelo juízo monocrático para cumprir a determinação judicial, sem a incidência do encargo previsto.

Nessa linha, os exeqüentes indicaram o termo inicial da multa diária como o dia 16 de fevereiro de 2007, uma sexta-feira.

Porém, o prazo inicial jamais poderia ter sido considerado este, por ter sido a intimação feita por oficial de justiça, por meio de mandado. Logo, sob pena de se fulminar a regra do artigo 241, II, do Código de Processo Civil já citada, o prazo de 15 (quinze) dias somente poderia ter início após a juntada do mandado de intimação.

Nessa toada, o marco inicial da multa, considerado nos cálculos dos exeqüentes, está absolutamente equivocado, pois deveria corresponder ao décimo sexto dia, desde que útil, após a referida juntada. Ou seja, a juntada do mandado ocorreu no dia 2 de fevereiro de 2007, uma sexta-feira. Portanto, o prazo de 15 (quinze) dias concedidos na decisão se iniciou em 5 de fevereiro de 2007 e se encerrou em 19 de fevereiro.

**Assim, o termo inicial de fluência da multa é o dia 20 de fevereiro de 2007, isto é, o 16º dia após o início do prazo concedido pela decisão, apurado na forma do artigo 241, II, do Código de Processo Civil.**

Frise-se, apenas para se contextualizar a discussão de acordo com o trâmite desenvolvido pelo processo à época, que a Urbe interpôs recurso de agravo de instrumento (nº 631.625-5/7-00, julgado pela 5ª Câmara de Direito Público) da decisão em debate, ao qual foi negado provimento sem concessão de efeito suspensivo, não tendo sofrido qualquer interrupção a fluência da multa.

Contudo, em 13 de abril de 2007, o Município comprovou o cumprimento da obrigação de fazer, nos moldes definidos pelo v. acórdão da apelação, ou seja, afastando-se a Lei Municipal nº 12.397/97 e aplicando-se o índice de 82,51% para o mês de fevereiro de 1995, com respeito ao limite orçamentário para despesas com pessoal previsto na norma do artigo 4º, § 3º, da Lei Municipal nº 11.722/95 a repercutir de março em diante, haja vista que somente a retroatividade dessa Lei foi julgada inconstitucional.

Com efeito, este é o termo final do lapso temporal em que a multa diária teve fluência, ou seja, 13 de abril de 2007, e não 14 de abril de 2009, data em que se comprovou provisoriamente o recumprimento da obrigação de fazer, com afastamento do artigo 4º, § 3º da Lei Municipal nº 11.722/95.

Nessa data, 13 de abril de 2007, a determinação judicial foi atendida, interrompendo-se a aplicação da multa, **ainda que posteriormente tenha sido proferida nova decisão para determinar o cumprimento, sem a aplicação do limite orçamentário previsto no artigo 4º, § 3º da Lei Municipal nº 11.722/95, para os meses posteriores a fevereiro de 1995.**

Isso porque a multa foi cominada justamente para a Urbe cumprir a obrigação de fazer, o que foi feito.

Em momento algum, imprescindível apontar, a r. decisão de fls. 788 delimitou qualquer índice a ser aplicado.

**Não se pode olvidar ainda que não há decisão definitiva sobre o afastamento do limite orçamentário previsto no dispositivo da Lei Municipal em destaque, tendo sido interposto recurso especial suscitando violação aos artigos 468, 474 e 475-G do Código de Processo Civil, além de divergência jurisprudencial em relação a entendimento já adotado nas instâncias superiores.**

Ademais, o cumprimento da obrigação de fazer não se deu apenas no intuito de interromper a incidência das multa diária, mas sim porque a Administração reputava e reputa insofismável a necessidade de respeito aos limites orçamentários previstos no artigo 4º, § 3º da Lei Municipal nº 11.722/95.

Trata-se, inclusive, como acenado, de tese amplamente aceita nos Tribunais Superiores.

O próprio Supremo Tribunal Federal, que proclamou a inconstitucionalidade da retroatividade da Lei Municipal nº 11.722/95, explicitamente se manifesta por sua aplicabilidade no que diz respeito ao período posterior a sua entrada em vigor, ou seja, de

março de 1995 em diante. Confira-se excerto do julgamento da Agr. Reg. no AI nº 247.597-7/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, v.u., j. em 18/05/2004:

“Quanto aos efeitos da Lei nº 11.722/95, não há omissão por sanar, uma vez que nos precedentes invocados se proclamou a coexistência de todos os elementos constitutivos do direito subjetivo dos servidores ao reajuste pleiteado nos termos das Leis nº 10.688/95 e nº 10.722/95, à entrada em vigor daqueloutro diploma legal. **Não há, pois nenhuma dúvida de que os critérios fixados pela Lei nº 11.722/95 somente são aplicáveis a partir de março de 1995.**” (O original não possui destaque)

Trata-se de premissa já encampada igualmente pelo Superior Tribunal de Justiça em casos idênticos, ou seja, em ações que visam ao recálculo de vencimentos para o mês de fevereiro de 1995, com base nas Leis Municipais nº 10.688/88 e nº 10.722/89. Não se afasta a aplicação da Lei nº 11.722/95 para os meses posteriores a fevereiro de 1995. Observe-se, a decisão proferida no REsp nº 466.800-SP:

*“Ocorre, todavia, que, como se demonstrou, **a pretensão executória diz respeito tão-somente ao critério de reajuste a ser aplicado no mês de fevereiro de 1995, pouco importando, para esse fim, a definição da forma de reajustamento implantado a partir de 1º de março de 1995 pela Lei nº 11.722/95, cuja incidência foi afastada pelo ‘decisum’ exequendo.** É de se ressaltar, ainda, que a eventual compensação com reajustes posteriormente deferidos pelas Leis 11.722/95 e 12.397/97, a partir de março de 1995, deverá ser buscada na via processual adequada, pena de se submeter a execução do julgado, que já dura 4 anos, a tempos sociais prescritivos, denegatórios do direito à tutela jurisdicional.”* (Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª T., v.u., j. 04/08/2003) O original não possui destaque

Em outras palavras, ficou decidido no Recurso Especial nº 466.800 - SP que a Lei Municipal nº 11.722/95 deve ser afastada do cálculo do reajuste de fevereiro de 1995 (o qual deve ser calculado nos termos das Leis nº 10.688/88 e 10.722/89), mas deve incidir no cálculo dos meses subsequentes a fevereiro de 1995, porque para esses outros meses NÃO ocorre aplicação retroativa da Lei nº 11.722/95, uma vez que o título exequendo apenas decidiu que era inconstitucional sua aplicação retroativa.

Por sinal, em mais uma oportunidade, especificamente no julgamento do no EDcl no EDiv no REsp nº 696.548-SP (Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 3ª Seção, v.u., j. 13/05/2009), o Superior Tribunal de Justiça se manifestou exatamente no mesmo sentido já mencionado, qual seja, o da aplicação da Lei nº 11.722/95, de forma não retroativa, posteriormente a fevereiro de 1995. No v. acórdão do Resp (Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª T., v.u., j. 22/02/2005), ao qual foi dado provimento, restou consignado:

“Na instância *a quo*, também consignou a municipalidade, ao se deparar contra a estipulação do índice de 93,46% (fl. 184):

*‘Cumprir deixar claro que esta ação instaurou-se em virtude da alegação de que não poderia a Lei 11722/95 retroagir para atingir o percentual de reajuste aplicável ao mês de fevereiro de 1995, sob pena de violação do direito adquirido. E, nestes termos, foi julgada procedente a demanda, observando-se para o cálculo do percentual de fevereiro de 1995 a legislação anterior (Leis nºs 10688/88 e 10722/89).*



*Uma vez fixado e aplicado o percentual para fevereiro de 1995, está valendo para março do mesmo ano em diante as disposições da Lei 11722/95 que, no mais, não teve suas disposições impugnadas ou afastadas pelo r. julgado executando.*

*E não se pode perder de vista que a lei em vigor tem aplicação imediata e geral, sendo o seu comando genérico, aplicando-se a todos os que são alcançados por seus ditames, indistintamente.'*

Lembro que, a respeito da questão de fundo, já tive oportunidade de relatar casos análogos, nos quais assim restou decidido:

*'Dessa forma, constatada a alegada afronta ao direito adquirido, nos termos da LICC, art. 6º, é de se conhecer do presente recurso, dando-lhe parcial provimento no sentido de que se assegure, aos autores/recorrentes, o cálculo de reajuste ditado pelas Leis 10.688/88 e 10.722/89 até o mês de fevereiro/95, devendo a Lei 11.722/95 passar a vigorar somente a partir de março/95, nos termos do que restou decidido nos Embargos Declaratórios no RE nº 258.980-2/SP, que declarou a inconstitucionalidade da expressão "retroagindo os efeitos do disposto no art. 1º a 1º de fevereiro de 1995".'* (RESP 262030/SP, DJ 23.08.04)

Realmente não há qualquer imposição da decisão singular quanto aos reais índices a serem utilizados, mas somente a determinação de se recalcular o padrão dos vencimentos dos autores, em observância à legislação em vigor anteriormente à Lei nº 11.722/95." (O original não possui destaque)

Por meio da leitura dessas linhas se depreende que o julgamento se deu em recurso que debatia questão idêntica a dos presentes autos, qual seja, a aplicação da Lei nº 11.722/95, para os meses posteriores a 1995. Adotou-se, com efeito, a tese da Municipalidade.

Percebe-se, dessa forma, que o cumprimento realizado pelo Município naquele momento respeitava por completo a decisão judicial prolatada até então, com embasamento no posicionamento dos Tribunais Superiores.

Ora, somente após o cumprimento realizado nesses moldes é que se iniciou a discussão a respeito da aplicação do dispositivo legal apontado (artigo 4º, § 3º da Lei Municipal nº 11.722/95).

Logo, não há meios de se cogitar não ser o cumprimento, comprovado em 13 de abril de 2007, como o termo final da fluência da multa. A Administração, a partir desse marco, não se encontrava mais em "mora" com o Poder Judiciário, pois cumpriu a decisão judicial.

A decisão que determinou o cumprimento, cominando a multa, foi atendida.

Vale dizer, a multa diária foi arbitrada, a fim de constranger a Administração a cumprir a obrigação de fazer, o que foi efetivamente realizado pela Urbe, na forma do v. acórdão da apelação nº 428.294-5/0-00.

Se, a partir desse momento, se passa a questionar os parâmetros do procedimento adotado pela Municipalidade, não há mais que se falar em multa, pois a finalidade desta era justamente constranger a realização do cumprimento.

Reitere-se ainda, corroborando essas alegações, que a decisão de fls. 788 não

determinou o índice pelo qual a obrigação deveria ser cumprida, sendo de todo razoável, de acordo com a explanação realizada, o cumprimento nos moldes empreendidos pelo Município.

Uma vez comprovado o cumprimento, respaldado juridicamente, como visto, a decisão judicial restou atendida, não havendo mais o que ser cumprido, exaurindo-se o objeto da cominação da multa diária, até que nova decisão judicial determine a complementação do procedimento que efetiva a obrigação de fazer.

Pelo exposto, salta aos olhos a necessidade de se fulminar o dolo dos exequêntes quanto à delimitação do lapso temporal de fluência da multa diária, de modo a reconhecer que seu marco inicial se deu, em consonância ao disposto no artigo 241, II, do Código de Processo Civil, no décimo sexto dia, desde que útil, após a juntada do mandado de intimação da determinação de comprovação do cumprimento da obrigação de fazer (fls. 788) e que seu marco final corresponde a 13 de abril de 2007, data na qual a Administração comprovou o cumprimento da obrigação de fazer, em atenção à r. decisão que cominou a multa.

### **DA FALTA DE PROPORCIONALIDADE E DO EXCESSIVO VALOR DA MULTA APLICADA À FAZENDA**

Sem prejuízo da argumentação desenvolvida no tópico anterior, cumpre ressaltar a desproporcionalidade demonstrada pelo valor da multa diária arbitrada em R\$ 900,00 (novecentos reais), a qual, com a devida vênia, deve ser afastada, lançando-se mão da norma do artigo 461, § 6º, do Código de Processo Civil.

A cifra mencionada é por demais excessiva, o que pode ser constatado pelas próprias contas equivocadas dos exequêntes, as quais dão margem à noção do prejuízo que se pode causar no Erário, **cerca de R\$ 700.000,00 (setecentos mil reais)**.

Por certo que, de acordo com todas as assertivas já lançadas, os termos inicial e final do interregno de tempo de incidência da multa foram arbitrária e dolosamente manipulados pelos exequêntes, mas podem fornecer a dimensão do enriquecimento sem causa a beneficiar os servidores e seu patrono, em total aviltamento dos recursos públicos.

De outra sorte, fere-se de morte a proporcionalidade que deve inspirar todos os atos jurídicos, também discrepando muito de outras decisões judiciais que infligiram multa à Municipalidade.

Ora, o princípio ou postulado normativo da proporcionalidade, guarda, segundo a doutrina, tripla faceta: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Sobre o tema, leciona Humberto Ávila:

“O exame da proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade. Nesse caso devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame da adequação), de a medida ser a menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame da necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito).” (Teoria dos princípios. São Paulo: Malheiros. 6ª ed., 2006, p. 150)

Segundo a lição, adequação significa que a medida a ser utilizada deve ser hábil a se atingir a finalidade pretendida.

Quanto a essa nuance nada há a questionar, apesar de a Fazenda defender a tese da impossibilidade da cominação de multa em face da Administração, essa medida é estabelecida para constranger o ente ao adimplemento da decisão judicial.

Necessidade, por sua vez, significa que deve ser manejado apenas o meio menos gravoso à finalidade que se pretende atingir, de forma a ferir o mínimo possível a esfera de direitos da pessoa atingida. Ora, nesse diapasão, a multa não pode ser considerada o meio menos gravoso de compelir o ente político a cumprir uma determinação, nem mesmo o valor de R\$ 900,00 (novecentos reais) pode ser considerado como o montante mínimo a forçar a pessoa jurídica de Direito Público a cumprir determinada decisão judicial, conforme se exemplificará a seguir, com a citação de decisões que fixam valores proporcionais.

Já a proporcionalidade em sentido estrito revela um sopesamento entre o gravame imposto e a finalidade pretendida, ou melhor, os ônus relacionados à limitação do direito não podem exceder as vantagens relacionadas ao atingimento do objetivo visado.

Com relação a esse último ponto, o peso do gravame estabelecido se revelou muito maior do que a vantagem que sua imposição de fato trouxe, **haja vista que a medida foi cumprida em menos de 2 (dois) meses e levando em consideração o alto valor do montante atingido pela multa, acrescido do consequente enriquecimento sem causa dos exeqüentes e lesão aos recursos públicos.**

Colocadas essas premissas, denota-se claramente que nem de longe esse roteiro foi respeitado, nesse momento, de execução da multa, revelando-se esta atentatória à proporcionalidade e sujeita a ter seu valor reduzido pelo magistrado, em atenção à proporcionalidade.

Vale dizer, a Urbe cumpriu a decisão judicial da forma mais célere possível, tendo em vista o trâmite interno adotado para os cumprimentos, não tendo em momento algum se furtado à responsabilidade de tornar concreto o *decisum*. De outra sorte, o cumprimento foi realizado, com respaldo jurídico, inclusive, na posição dos Tribunais Superiores, não tendo a decisão de fls. 788 determinado qualquer índice, razões pelas quais a partir da comprovação, em 13 de abril de 2007, a decisão foi cumprida.

Com relação ao lapso temporal para a decisão ser cumprida, deve-se ter em mente o procedimento adotado para o cumprimento da obrigação de fazer, enumerando-se abaixo alguns dos atos administrativos necessários:

- Após ciência da decisão determinando o cumprimento, o Departamento Judicial da Procuradoria Geral do Município estabelece os parâmetros de cumprimento estipulados no julgado;
- Os parâmetros são remetidos ao Departamento de Recursos Humanos (DRH), da Secretaria Municipal de Gestão, que profere decisão administrativa determinando o cumprimento da decisão judicial;
- Com a publicação dessa decisão no Diário Oficial do Município, os históricos de pagamento e inúmeros outros dados funcionais de cada um dos co-autores da ação são levantados, de modo que as diversas seções do DRH possam realizar as seguintes providências:
- apostilamento do título judicial junto ao prontuário do servidor;

- inclusão em folha de pagamento de eventuais diferenças dos percentuais apurados;
- elaboração de planilhas das diferenças e demonstrativos **mensais** para o período;
  - Na seqüência, os dados são compilados em CD-ROM;
- Finalmente, estas informações são remetidas ao Departamento Judicial, onde, previamente ao encaminhamento do CD-ROM para o juízo da execução, é elaborado ofício contendo todos os apontamentos relevantes para que os autores elaborem sua conta de liquidação (períodos de licenças e afastamentos, esclarecimentos do não cumprimento em relação a determinados cargos ocupados posteriormente ao período de reajuste, etc.).

Diante desse contexto, em caso similar, a MM. Juíza da 1ª Vara da Fazenda Pública, Dra. LUCIANA PRADO BRESCIANI, acolheu embargos à execução opostos pela Municipalidade, autuados sob. o n.º 053.96.411555-9, albergando este entendimento:

VISTOS. A MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO ofereceu EMBARGOS À EXECUÇÃO que lhe movem ELIAS PEREIRA MACHADO E OUTROS, alegando, em síntese, que houve indevida inclusão no demonstrativo de débito da multa diária fixada por atraso no cumprimento integral da obrigação de fazer, atingindo o elevado valor de R\$ 565.600,00, o que resulta em enriquecimento sem causa. DECIDO. Trata-se de embargos opostos à execução, contrariando a inclusão no demonstrativo de débito da multa diária imposta para o atraso no cumprimento da obrigação de fazer, com a apresentação das planilhas de forma correta e em consonância com a decisão exequenda. De fato, a questão relativa ao valor da multa e a pertinência da fixação está alcançada pela preclusão. Tal não equivale, no entanto, a não se admitir a limitação, considerando expressa previsão legal, a imposição em face do Estado, as discussões travadas nos autos, inclusive com desistência dos embargos anteriormente opostos e habilitação de sucessores nos autos principais.

**De fato, o juiz pode, de ofício, modificar o valor e a periodicidade da multa, caso verifique que ficou insuficiente ou excessiva, atentando para a equidade que deve pautar todas as decisões judiciais Imperativo, pois, a limitação a dez dias, considerando o valor nominal de R\$ 1.000,00, o que hoje corresponde a R\$ 1.142,74, com atualização pela Tabela Prática vigente, resultando, portanto, em R\$ 11.427,40, o que mostra-se compatível com o espírito da norma,** além de não resultar em renovação da apreciação da questão ou descon sideração da coisa julgada. Isto posto, e considerando o que mais dos autos consta, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os embargos para o fim de limitar a execução da multa a dez dias, ou seja, o valor hoje equivalente a R\$ 11.417,40, determinando que, apresentado o demonstrativo em retificação, com cópia para juntada aos autos principais, seja expedido o ofício requisitório. Tendo havido sucumbência recíproca, cada parte arcará com os honorários de seu advogado e as custas que dispendeu. P.R.I. São Paulo, 27 de junho de 2007.” (O original não possui destaque)

No mesmo sentido, o juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública, reduziu o valor da multa diária em caso análogo, observe-se:

“No entanto, a quantia apurada pelos embargados, no valor de R\$ 474.000,00, é superior ao próprio crédito principal dos vencedores e, no caso dos autos, revela-se elevada demais e fora do âmbito típico de sua função de concreta realização da ordem judicial não cumprida, ganhando colorido de desproporcionalidade e dando

ensajo, por força de sua elevada proporção, a um juízo alheamento com a relação jurídico-processual e pode representar fomento à falta de moralidade pública, o que pode e deve ser evitado.

(...)

**Impõe-se, na peculiaridade dos autos, portanto, a bem da equidade e justiça processual, sua concreta redução, também para evitar o enriquecimento sem estrita adequação com a causa.**

**Por isso, também com o foco da teoria do processo de resultados (BEDAQUE, pág. 231), reduzo o total da multa diária para a quantia de R\$ 100.000,00, pormenor processual que também converge em favor do princípio da efetividade da jurisdição.**” (Proc. nº 053.08.107374-8, Município de São Paulo x Jaisa Barbosa da Silva, j. em 08/09/2008) O original não possui destaque

Verifica-se, assim, por todos esses motivos, a disparidade do valor da multa determinada nestes autos em relação ao montante determinado pelos demais juízos e no que pertine às peculiaridades do caso concreto (**não ter havido em momento algum recalitrância da Administração em cumprir a ordem judicial, bem como o atendimento da determinação em menos de dois meses**), de modo que, por isso, a Municipalidade requer, subsidiariamente, seja diminuído o valor da multa imposta.

Dessarte, **a Municipalidade roga a Vossa Excelência, sem prejuízo dos argumentos expostos no tópico anterior, que reduza o valor da multa, haja vista que essa importância, ainda mais nos moldes executados, compromete as finanças do Município de São Paulo e gera enriquecimento sem causa aos exequentes.** Além disso, ela onera de maneira excessiva a Fazenda Pública, e, por conseguinte, a sociedade paulistana que vai arcar com seu custo, isso em favor dos autores e seus advogados, ferindo, pois, o princípio do não enriquecimento sem causa e o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

Assim, aguarda-se, mesmo na remota hipótese de serem mantidos os absurdos termos inicial e final da multa, tal como indicados pelos exequentes, seja reduzido o valor da multa, inclusive sua periodicidade, de maneira a não ultrapassar 5% do valor final das astreintes executado.

## **DA CONCLUSÃO**

Diante de todo o exposto, requer-se seja a presente petição recebida, a fim de que, a teor do artigo 461, § 6º, do Código de Processo Civil, seja considerado o **termo inicial de fluência da multa seja 20 de fevereiro de 2007**, correspondente ao 16º dia, da juntada do mandado de intimação, desde que útil, bem como o **termo final no dia 13 de abril de 2007**, quando a Municipalidade atendeu a decisão de fls. 788, comprovando o cumprimento da obrigação de fazer, eliminando-se o dolo dos exequentes e o conseqüente enriquecimento sem causa.

Sem prejuízo do requerimento acima, requer-se a redução do valor da multa diária a patamares mais proporcionais, em respeito às peculiaridades do caso.

De outra sorte, na mais remota hipótese de não serem acolhidas as premissas relacionadas aos termos inicial e final de incidência da multa, requer-se a redução do valor da multa ou até mesmo de sua periodicidade, a fim de não ultrapassar o percentual de 5% do montante executado a título de astreintes.

Por fim, requer-se que as publicações relativas ao presente feito sejam procedidas **em nome do subscritor das presentes razões**, bem como em nome da procuradora **ALINE ROCHA GORGA, OAB/SP n° 219.482**, com expressa menção à unidade lotação JUD-21, para fins de intimação dos atos processuais.

Termos em que, pede deferimento.

São Paulo, 7 de junho de 2010.

LUIZ GUILHERME DA CUNHA MELLO  
Procurador do Município – JUD 21  
OAB/SP n° 291.265