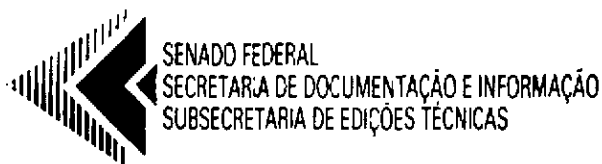


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 31 • n.º 123

julho/setembro — 1994

Editor:
João Batista Soares de Sousa



Custas processuais

ANTÔNIO DE SOUZA PRUDENTE

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Custas, no processo histórico. 3. Custas processuais - conceito amplo. 4. Custas processuais, na sistemática do nosso Código de Processo Civil. 5. Custas processuais, na Lei de Execução Fiscal - Orientação Jurisprudencial. 6. Taxa Judiciária - espécie do gênero custas. 7. Atividade jurisdicional do Estado e direito constitucional à jurisdição. 8. Da Imunidade Tributária, em matéria específica de Taxa Judiciária. 9. Da Responsabilidade pelo pagamento das custas processuais. 10. Conclusão.

1. Introdução

Neste momento histórico-nacional, em que se busca, com evidente atraso, a revisão e o aprimoramento da legislação ordinária, no propósito de afiná-la à sistemática constitucional vigente e, de forma emergencial, às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, expressos na Constituição Federal, impõem-se algumas considerações sobre o conceito de *custas processuais* e suas interferências em nosso ordenamento jurídico, a fim de se evitar o equívoco dominador dessa figura, que tanto gravita no exercício do direito de ação e na linha de desenvolvimento do livre acesso à Justiça pelo devido processo legal, com vistas a garantir a plena cidadania.

2. Custas, no processo histórico

Observa o processualista José de Moura Rocha, lembrando lições de Júlio Carril, que pela primeira vez a condenação em custas contra o demandado temerário, vencido em juízo, apareceu na *Lex I do Cod. Th. de fructibus et litis expensis* de Valenciano e Valéncio. Esta orientação foi mantida na lei do Imperador Leão, quando se admitia, em favor dos clérigos, a supressão da *Temeritas*, como requisito para a conde-

Antônio Souza Prudente é Juiz Federal - Diretor do Foro e Presidente do Centro de Estudos e Treinamento da Seção Judiciária do Distrito Federal.

nação em custas. Mas, na hipótese, exigia-se a *petitio non justa et legitima*, o que significou uma avançada e importante reforma na sistemática greco-germânica.

A Constituição de Zenão inovou na matéria ao estabelecer que “o juiz deve condenar nas custas o vencido”. No direito justinianeu fixou-se a noção objetiva da imposição das custas ao vencido, pela simples razão de sê-lo (vencido).

Na Idade Média, o direito germânico trouxe, em seu processo, algumas referências aos gastos judiciais, como a retribuição dos representantes em juízo, a remuneração às testemunhas, os direitos aos notários e aos chanceleres, além de gastos com traslados, dentre outros motivos.

A partir do século XI, os glosadores começaram a construir teorias sobre *custas*, partindo de interpretação dos textos romanos. Criou-se a teoria dominante do *vicius victori*, “pois o objeto da condenação nas custas não é o de castigar a derrota como tal, mas o dolo do litigante e com ele o litigante de boa-fé ficava isento do pagamento das custas. Como consequência disto e da análise do direito justinianeu, formularam-se as seguintes máximas: a) só está obrigado ao pagamento das custas quem litiga por calúnia ou temeridade, quer dizer, sem justa causa; b) fica isento de custas quem tem a seu favor *justa causa litiganti*; c) a justa ignorância é justa causa e absolve do pagamento das custas” (Júlio Carril).

Ao longo dos séculos XII, XIII e XIV, os leigos e canonistas construíram doutrina processual sobre custas, que teve predominância até o século XIX. A condenação em custas ao vencido era a regra, mas com grande quantidade de exceções. Ela era aplicada ao litigante que não tinha razão. Como castigo era aplicada ao litigante temerário, ao revel. Mas, havendo por parte do vencido, boa intenção ou motivo justificado para pleitear, ficava o vencido eximido da imposição de custas, ou seja, de sua condenação em custas¹.

Nos tempos atuais, de acordo com a doutrina alemã, as custas processuais são de duas espécies: *custas judiciais* e *extrajudiciais*. As *custas judiciais* (Kösten, Gerichtskosten) subdividem-se em dois grupos: I) as *taxas judiciais*, percebidas pelo Estado, e II) os *desembolsos* que o mesmo Estado realiza, para o cumprimento de diligências, pagamento de viagens a

funcionários judiciais, despesas com peritos e testemunhas, etc. As custas extrajudiciais são os honorários de advogado, de procuradores e despesas feitas pelo litigante, para a defesa de seus direitos. “Estas criam uma relação de direito privado”, conforme destacam Rosenberg e Goldschmidt.

Na França, constituem-se *custas* os gastos efetuados pelo advogado, no seu mister (selos, notários, etc.), tais como os direitos de registro de atos, os honorários dos oficiais judiciários, os gastos de viagens com o advogado, correspondências, consultas a algum jurista, sob a forma de parecer e mesmo fora da atuação propriamente judiciária.

No direito espanhol, são custas todos os gastos ocasionados na sustentação do pleito ou de qualquer assunto judicial, ou seja, os honorários, selos e despesas com auxiliares da justiça, nas atuações judiciais.

No processo mexicano, afirma Palhares que “por custas entendem-se os gastos que são necessários para fazer iniciar, tramitar e concluir um juízo. Hão de ter uma relação direta com o processo, de tal maneira que, sem elas, não possa este concluir-se legalmente”.

No Uruguai, ensina Eduardo J. Couture, que as *custas* ou *custos* constituem a indenização do vencido ao vencedor, quando o Juiz, por força da lei ou por apreciação da conduta daquele (o vencido), condena-o no ressarcimento dessa parte dos gastos causídicos².

Vê-se, pois, ao longo da história, a larga abrangência do conceito de custas, que não se compadece das restrições equivocadas, nos dias de hoje, tanto na doutrina quanto na seara da jurisprudência.

3. Custas processuais – conceito amplo

A palavra *custas* deriva do verbo latino *constāre* (constō, ās, āre), no sentido de ter o preço ou o valor, designando a *soma de despesas* ou o *dispêndio* que se tem no andamento de um processo.

São os *custos* do litígio, as despesas que necessariamente devem fazer os sujeitos da lide, para obter a atuação da lei, mediante a resolução judicial, que pretendem (Podétti, apud Júlio Carril).

Na lição de Giuseppe Chiovenda, compreendem-se no conceito de *custas*, além das taxas de selo e registro, relativas aos atos processuais

¹ ROCHA, José de Moura. *Custas Judiciais* – Enciclopédia Saraiva do Direito – v. 22 – pp. 158/162 – Editora Saraiva – 1979

² COUTURE, Eduardo J. *Vocabulário Jurídico* – Ediciones Depalma – Buenos Aires – 1988 – p. 187.

ais, também os *emolumentos* de cartório e dos oficiais de justiça, os honorários dos advogados, de procuradores, as despesas com testemunhas, peritos, diligências, a determinar conforme os casos, ou conforme as taxas legais referentes aos atos de que se trate, ou conforme a quantia efetiva da despesa considerada, ou conforme a avaliação do juiz.

Observa, ainda, o renomado processualista que “a taxação não compreende as despesas dos atos *reconhecidos supérfluos*”, sendo que a própria lei considera como supérflua a intervenção de mais de um procurador para representar várias pessoas que tenham interesse, por uma ação ou obrigação individual; assim como a assistência dos procuradores aos interrogatórios e a um juramento não realizados em audiência; bem assim, a viagem dos procuradores na causa, para assistirem atos realizados na jurisdição de um tribunal, que não aquele perante o qual corre o processo e junto ao qual desempenham o mandato³.

Não devem, ainda, ser considerados como custas os gastos desnecessários à tramitação processual, tais como os gastos proibidos pela lei e pela ética. Assim, as gorjetas e propinas, no intuito de alcançar favores de algum funcionário, obviamente, não se consideram custas, porque resultam de atividade criminosa (Código Penal, arts. 317 e 333).

Custas processuais são as despesas ou gastos necessários a se iniciar, desenvolver e terminar um processo, nos termos legais.

4. Custas processuais, na sistemática do nosso Código de Processo Civil

A nossa legislação processual civil, em matéria de custas, inspira-se na doutrina alemã e na italiana, com fulcro na responsabilidade objetiva do vencido.

Apregoa Chiovenda o princípio geral de que “a parte vencida é condenada ao pagamento das custas do processo” (art. 370). Se várias forem as partes condenadas, repartem-se proporcionalmente as custas, ou na medida de seu interesse na contenda. Se as partes forem condenadas por obrigação solidária, poderão as custas ser atribuídas a cada qual, solidariamente. Caso a sentença não dispuser sobre a reparação, far-se-á proporcionalmente (art. 371).

O fundamento dessa condenação é o fato

³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil* – v. III – Ed. Saraiva pp. 207/211.

objetivo da derrota; e a justificação desse instituto está em que a atuação da lei não deve representar uma diminuição patrimonial para a parte a cujo favor se efetiva; por ser interesse do Estado que o emprego do processo não se resolva em prejuízo de quem tem razão, e por ser, de outro turno, interesse do comércio jurídico que os direitos tenham um valor tanto quanto possível nítido e constante⁴.

O nosso Código de Processo Civil identifica o conceito de custas com o de despesas processuais, na dicção de que “as despesas abrangem não só as custas dos atos do processo, como também a indenização de viagem, diária de testemunha e remuneração do assistente técnico” (CPC, art. 20, parágrafo 2.º). O *etc.* está implícito, evidentemente, na extensão processual dessas despesas.

De lege ferenda, melhor seria a redação seguinte: “As custas abrangem não só as despesas dos atos do processo, como também a indenização de viagem, diária de testemunha e remuneração do assistente técnico, dentre outras necessárias e que tenham relação direta com o processo”.

Adotando, ainda, o conceito histórico e amplo de custas, o CPC estabelece que “as sanções impostas às partes, em consequência de má-fé, serão contadas como custas e revertirão em benefício da parte contrária; as impostas aos serventários pertencerão ao Estado” (art. 33).

De ver-se logo que tais custas não têm natureza tributária, pois, *de lege lata*, tributo é prestação pecuniária, que não constitua sanção de ato ilícito (CTN, art. 3.º). As custas impostas a serventários, com caráter punitivo e destinadas aos cofres do Estado, são meros *ingressos* a compor a receita pública, sem conotação tributária.

As custas processuais, na sistemática vigente, regem-se pelos princípios da *antecipação* ou do *adiantamento das despesas* e da *responsabilidade objetiva do vencido*, que deve arcar com todos os ônus da sucumbência.

Neste sentido, o CPC determina que “salvo as disposições concernentes à justiça gratuita, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento, desde o início até sentença final; e bem ainda, na execução, até a plena satisfação do direito declarado pela sentença

⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. Op. cit., p. 212.

ça" (art. 19, *caput*). "O pagamento de que trata este artigo será feito por ocasião de cada ato processual" (art. 19, parágrafo 1.º). "Compete ao autor adiantar as despesas relativas a atos, cuja realização o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público" (art. 19, parágrafo 2.º). "A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria" (art. 20, *caput*). E, ainda, "o juiz, ao decidir qualquer incidente ou recurso, condenará nas despesas o vencido" (art. 20, parágrafo 1.º).

A Lei n.º 4.215, de 27.4.63 (EOAB), que é contemporânea e da mesma hierarquia da Lei n.º 5.869, de 11.1.73, que instituiu o CPC vigente, ao cuidar dos honorários profissionais (Capítulo VI), determina que "a prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na Ordem o direito aos honorários contratados ou, na falta de contrato, aos que forem fixados na forma desta lei" (art. 96, *caput*), reconhecendo, assim, a validade jurídica dos honorários advocatícios contratados, *extra-autos*, além daqueles judicialmente fixados, na sentença, *intra-autos*, em benefício ressarcitório da parte vencedora, pois, diz, expressamente, que "na falta de estipulação ou de acordo, os honorários serão fixados por arbitramento judicial" (art. 97, *caput*), admitindo, inclusive, que "se o advogado ou o provisionado fizer juntar aos autos, até antes de cumprir-se o mandado de levantamento ou precatório, o seu contrato de honorários, o juiz determinará lhe sejam estes pagos diretamente, por dedução da quantia a ser recebida pelo constituinte, salvo se este provar que já os pagou" (art. 99, *caput*) e "tratando-se de honorários fixados na condenação, tem o advogado ou provisionado direito autônomo para executar a sentença nessa parte, podendo requerer que o precatório, quando este for necessário, seja expedido em seu favor" (art. 99, § 1.º).

Nesse contexto, orienta a jurisprudência, com acerto, que "mandando o art. 20 pagar honorários "ao vencedor" e não ao advogado do vencedor", segue-se que, "salvo previsão expressa do contrato, o advogado tem direito à verba honorária neste ajustada, não à do objeto da condenação, que pertence à parte vencedora" (TFR - 6.ª Turma - AC 78.387 - SP. Rel. Min. Torreão Braz. Julg. em 17.11.82. V. Unânime - DJU de 9.12.82, p. 12.731).

Fixando-se no princípio chiovendiano de que a atuação da lei não deve representar uma diminuição patrimonial para a parte vencedora, a cujo favor se efetiva, destaca-se a seguinte orientação pretoriana: "Tendo o advogado recebido, a título de honorários, parcela do valor judicialmente obtido, não lhe é lícito receber também a verba honorária resultante da sucumbência, salvo se houver pacto, nesse sentido, celebrado entre ele e seus constituintes. Os honorários e as despesas resultantes da sucumbência são, em princípio, destinados à parte, para compensar o vencedor do que despendeu com a contratação do seu advogado e com os gastos da causa" (STJ - 4.ª Turma. REsp. 15.338 - 0 - RJ - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo. V. Unânime - DJU de 8.6.92, p. 8.621). "Na ausência de convenção em contrário, os honorários da sucumbência constituem direito da parte e se destinam a reparar ou minimizar seus prejuízos, em função da causa ajuizada. Inexistindo avença, condiciona-se o direito autônomo do advogado, para postular, executivamente, em seu próprio nome, os honorários da sucumbência, ao não recebimento de remuneração do seu constituinte" (STJ - 4.ª Turma. REsp 16.489 - 0 - PR. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo. Julg. em 12.5.92. V. Unânime - DJU de 8.6.92, p. 8.622).

Com essa inteligência, vem decidindo, acertadamente, o colendo STJ, *in verbis*: "Honorários de advogado - Condenação - Direito autônomo à execução. Código de Processo Civil, art. 20 - Lei n.º 6.215/63, art. 99, § 1.º. O advogado tem direito autônomo a executar a sentença, na parte em que impuser condenação em honorários, se já não os tiver recebido de seu constituinte. Ser-lhe-á lícito, ainda, proceder à execução, na medida em que a condenação exceder o que percebeu, posto que não se destina a verba a enriquecer a parte, fazendo com que do processo resulte-lhe proveito maior que o reconhecimento integral de seu direito. Hipótese em que o advogado percebia pagamento mensal, fazendo jus, ainda, a percentual sobre o efetivamente recebido. Impossibilidade de execução autônoma dos honorários, sem antes proceder aos necessários ajustes, para que se saiba a quanto poderia ainda ter direito." (REsp. 1.973 - SP. Rel. Min. Eduardo Ribeiro. DJU de 28.5.90.)

De concluir-se, pois, que o advogado não tem direito a haver, além dos honorários ajustados, também a verba fixada na sentença, se não houver previsão expressa no contrato de honorários, *extra-autos*.

A todo modo, a norma do art. 20, *caput*, do CPC, consagrando o princípio da responsabilidade objetiva do vencido pelas custas do processo (*custas judiciais e extrajudiciais*), a não se permitir que a parte vencedora sofra qualquer prejuízo patrimonial, quando não fora atingida pelos efeitos processuais da sucumbência, autoriza as partes, ainda, na fase de instrução do processo de conhecimento, a carreamento aos autos seus contratos de honorários, para serem acertados, na linha do amplo contraditório constitucional (CF, art. 5.º, incisos LIV e LV), com vistas na composição do título judicial-executivo (sentença/acórdão), que imporá ao vencido os ônus totais da sucumbência, com o peso, inclusive, da verba honorária previamente contratada. Somente, assim, o vencedor fará jus ao nome, porque sairá indene da batalha judicial. Do contrário, e como tem sido, a parte vencedora nunca deixa de sofrer as seqüelas financeiras do processo, como se, de alguma forma, fosse vencida.

Os honorários advocatícios, contratados com a parte para a realização do processo ou judicialmente fixados nos autos do processo, integram, sem dúvida, o universo das custas processuais, em sentido amplo, e devem ser pagos pelo vencido.

Observe-se, com Celso Agrícola Barbi, que tais princípios se aplicam não só ao processo de conhecimento e ao de execução, segundo a lei, mas, igualmente, têm aplicação no processo cautelar e nos procedimentos especiais, que não se excluem dessa disciplina legal, porque *ubi eadem ratio, ibi eadem jus dispositio*. Submetem-se a esse disciplinamento, no que couber, os procedimentos de jurisdição voluntária (CPC, art. 34)⁵.

De *lege lata*, tem-se, assim, a presença norteadora do princípio do *adiantamento das despesas* ou *custas processuais*, com ressarcimento imediato, que há de reger todas as causas judiciais, abrangendo o *processo de conhecimento* e o de *execução*, bem ainda o *cautelar* e o *especial*, até *plena satisfação do direito declarado pela sentença*.

A exceção legal ao princípio citado ampara, tão-somente, os *beneficiários da justiça gratuita*.

Ninguém ousaria afirmar, decerto, que a

⁵ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil* - v. I - t. I - p. 184 - Ed. Forense - 1.ª ed. - 1975.

União Federal, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias, ou o Ministério Público, são beneficiários da gratuidade de Justiça, posto que esse privilégio necessário é privativo das *pessoas pobres*, na forma da lei (CF, art. 5.º, inciso LXXIV), do *autor popular*, salvo comprovada má-fé (CF, art. 5.º, inciso LXXIII) e dos autores das ações constitucionais de *habeas corpus*, de *habeas data* e dos *atos necessários ao exercício da cidadania* (CF, art. 5.º, inciso LXXVII).

De ver-se, também, que a verba honorária, contratada pela parte, ou fixada pelo juiz, na sentença, ainda que não se submeta ao princípio da antecipação das despesas, se encarta, topograficamente, *de lege lata*, na Seção das despesas processuais, integrando o conceito amplo de custas.

O Código não adota como regra geral a responsabilidade solidária dos vencidos pelo pagamento das custas processuais, pois determina que "concorrendo diversos autores ou diversos réus, os vencidos respondem pelas despesas e honorários em proporção" (CPC, art. 23). Confirmam-se, nesta linha de determinação, o disposto nos arts. 21, 24, 25, 26, parágrafo 2.º, e 32 do CPC.

Apresentam-se como exceção ao princípio da responsabilidade objetiva da parte vencida, pelo pagamento das custas processuais, as normas dos arts. 22, 29, 31 e 35 do CPC, que afirmam a responsabilidade pessoal por culpa ou má-fé comprovada, nos autos. Por último, convém esclarecer que se as despesas dos atos processuais, efetuados a requerimento do Ministério Público ou da Fazenda Pública, serão pagas a final pelo vencido (CPC, art. 27), não se afasta, aqui, a aplicação do princípio da antecipação dessas despesas, por aqueles antes privilegiados, quando se apresentem indispensáveis ao desenvolvimento válido e regular do processo (v.g. despesas com perícias, diligências dos oficiais de Justiça, publicações de editais, etc.), posto não serem beneficiários da justiça gratuita (única exceção prevista no artigo 19, *caput*, do CPC), e, para tanto, devem incluir, em seus orçamentos verba própria para esses gastos processuais.

Nesse sentido, observa Theotônio Negrão que "dos arts. 27 e 19, § 2.º, combinados, resulta: - que o autor (mesmo que seja a Fazenda Pública: RJTESP 110/307) é obrigada a adiantar as despesas de atos determinados de ofício pelo juiz ou a requerimento do MP; - que a Fazenda

Pública, sendo autora, é obrigada a adiantar as despesas judiciais dos atos que requerer (contra: RT 632/105, maioria); sendo ré, o autor terá de adiantar as despesas dos atos por ela requeridos⁶.

Em reconhecendo que "a questão não é pacífica", anota, ainda, o citado autor que "se a autarquia requer perícia e o perito oficial pleiteia adiantamento para despesas necessárias, deve a requerente prover tais despesas" (TFR - 2.ª Turma - Ag. n.º 50.754/PR. Rel. Min. José Cândido - Julg. em 2.12.87 - Unânime - DJU de 26.2.87, p. 2.803). "As despesas de condução do perito devem ser adiantadas pelo expropriante, pois é inadmissível que tais gastos, pela sua amplitude, corram por conta de pessoas que apenas colaboram para atingir-se o objetivo da ação, sem exercerem cargo público, como é o caso do avaliador" (RTFR 102/25).

A colenda 4.ª Turma do egrégio TRF/1.ª Região, no julgamento do Agravo de Instrumento n.º 93.01.06124-4/DF, de que foi Relatora a eminente Juíza Eliana Calmon, confirmou, por unanimidade, decisão do Juízo Federal da Sexta Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, no entendimento de que "a Fazenda Pública em juízo deve responder antecipadamente pelas despesas da prova pericial, sendo inconcebível que o perito do Juízo seja pago após o término do processo e por precatório - art. 19, § 2.º, do CPC". Em sua lúcida votação, observou a ilustre Relatora que "a questão, polêmica sob o aspecto doutrinário e jurisprudencial, não resiste a um posicionamento firme, se visto sob o aspecto prático. E isto porque é impensável que possa o julgador valer-se de um bom profissional da sua confiança, o qual precisa, muitas vezes, efetuar despesas para desenvolver o *munus*, e deixar que a sua remuneração seja feita a final e por precatório. O privilégio que se queira outorgar à Fazenda, normalmente, como na hipótese dos autos, em que visa à obtenção de vantagem econômica, esbarra na impossibilidade de materialização do preceito".

Entendo, pois, à luz dos precedentes jurisprudenciais, em referência, que a interpretação literal e isolada da norma do art. 27 do CPC há de ser evitada por Juízes e Tribunais, a fim de que suas decisões não tenham efeitos paralísantes da dinâmica processual e da rápida distribuição da Justiça, posto que, no "Estado de-

mocrático de direito", ninguém *será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei* (CF, art. 5.º, inciso II).

O Estado-Juiz não deve, sem amparo na sistemática legal, obrigar o perito, que se dispôs a auxiliá-lo, no deslinde da causa, a retirar de seus vencimentos ou salários, necessários à sua subsistência, as despesas que haverá de ter, na realização da perícia, para ser ressarcido, ao final, pela Fazenda Pública (federal, estadual ou municipal e suas respectivas autarquias), através do instrumento injusto do precatório, com dilatado tempo, em parcelas.

5. Custas processuais na Lei de Execução Fiscal - Orientação Jurisprudencial

A Lei n.º 6.830, de 22 de setembro de 1980, que dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, determina que a "Fazenda Pública não está sujeita ao pagamento de custas e emolumentos. A prática dos atos judiciais de seu interesse independará de preparo ou de prévio depósito (art. 39, *caput*). Se vencida, a Fazenda Pública ressarcirá o valor das despesas feitas pela parte contrária" (art. 39, parágrafo único).

O extinto e sempre egrégio Tribunal Federal de Recursos, interpretando literalmente os dispositivos legais em tela, sumulou a matéria, nestas letras: "A Fazenda Pública, nas execuções fiscais, não está sujeita a prévio depósito para custear despesas do avaliador" (*Súmula n.º 99*) - Referências: Incidente de Uniformização de Jurisprudência n.º Ag. 42.260 - SP - Segunda Seção, em 10.11.81 - DJU de 5.2.82. CPC, art. 27. Lei n.º 6.830, de 22.9.80, art. 39 - Segunda Seção, em 17.11.81 - DJU de 24.11.81, p. 11.855.2 - "A Fazenda Pública, nas execuções fiscais, não está sujeita a prévio depósito para custear despesas do oficial de justiça" (*Súmula n.º 154*) - Referências: Ag. 44.759-SP. Segunda Seção, em 22.5.80. CPC, art. 27. Lei n.º 6.830, de 22.9.80, art. 39. Segunda Seção, em 22.5.84, DJU de 30.5.84, p. 8.512.

Nessa linha de convicção, o colendo Tribunal Regional Federal da 3.ª Região, sumulou, também, sua jurisprudência nesta matéria, *in verbis*: "A Fazenda Pública - nesta expressão incluídas as autarquias - nas execuções fiscais, não está sujeita ao prévio pagamento de despesas para custear diligência de oficial de justiça" (*Súmula n.º 04*). Referências: Incidente de Uniformização de Jurisprudência no AI n.º 3150/90 - SP (90.03.20242-7). Tribunal Pleno, em 8.8.91 - DJU de 26.8.91. Lei n.º 6.830, de 20.9.80, art.

⁶ NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor* - 24.ª ed. - 1993 - p. 90.

39, CPC, art. 27.

Não prevalecem, contudo, o entendimento das súmulas supracitadas, em face do sensível e acertado julgado do Supremo Tribunal Federal, nestes termos:

“DESPESAS PROCESSUAIS. PRIVILÉGIO DA FAZENDA PÚBLICA. TRANSPORTE DO OFICIAL DE JUSTIÇA PARA REALIZAÇÃO DE PENHORA. – No caso, o que pretende a Fazenda Estadual, com base nos arts. 27 do CPC e 39 da Lei n.º 6.830/80, é que o oficial de justiça financie as atividades, em última análise, de seu patrão. – Nenhum desses dispositivos determina que o serventuário da justiça retire de sua remuneração – que é paga pelo próprio Estado – as quantias necessárias ao pagamento das despesas com condução para o exercício de suas funções, e depois, ou as receba ao final do vencido, se a Fazenda for vencedora ou não as receba ao final de ninguém, se a Fazenda for vencida, certo como é que, neste último caso, em face dos termos do parágrafo único do art. 39, “se vencida, a Fazenda Pública ressarcirá o valor das despesas feitas pela parte contrária”, o que evidentemente não abarca as despesas feitas pelo oficial de justiça em diligência do interesse da Fazenda. – A questão não é, portanto, sequer de injustiça – que seria clamorosa –, mas de ausência de obrigação legal, a caracterizar a hipótese típica do princípio de que ninguém é obrigado a fazer ou não fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 153, parágrafo 2.º, da Carta Magna). – Se o privilégio da Fazenda for entendido na extensão por ela pretendida, deve o Estado consignar, no orçamento, verba própria para essas despesas, no que diz respeito aos cartórios oficializados, uma vez que, quanto aos não-oficializados, essas despesas sairão dos emolumentos a estes devidos, e que são receita pública, como fixado pela jurisprudência desta Corte. Recurso Extraordinário não conhecido” (Recurso Extraordinário n.º 108.845 – 1 – SP. Rel. Min. Moreira Alves – 1.ª Turma/STF – Unânime – DJU de 25.11.88, p. 31.067).

De ver-se, pois, na inteligência jurisprudencial do Alto Pretório, que a Fazenda Pública (União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas respectivas autarquias) não deve usar de

seus privilégios para dificultar ainda mais a situação aflitiva dos servidores públicos, de quem se não pode exigir o sacrifício extremo de empregar seus minguados vencimentos no cumprimento de diligências no interesse único do crário público, sem retorno.

Tais despesas não têm caráter tributário, mas sim indenizatório, e por isso se submetem ao princípio da antecipação e do ressarcimento imediato pela parte a quem aproveite a diligência requerida ou oficiada.

6. Taxa Judiciária – espécie do gênero *custas*

A natureza tributária da taxa judiciária já fora reconhecida e proclamada, por mais de uma vez, pelo Alto Pretório, na fala de que “as custas, conceituadas como espécie de taxa, ou com outra qualificação na órbita jurídica, constituem, sempre, não há negar, especial retribuição devida ao Estado, em razão de prestação de serviço público. Desde que não se qualificam como renda privada, infrutífera é a argüição de afronta às regras inscritas nos arts. 21, inciso IV, 18, § 2.º, e 21, § 2.º, inciso I, da Lei Magna” (Representação n.º 895 – GB. Rel. Min. Djaci Falcão – RTJ 67/327). No mesmo sentido, *inter plures*, pronunciou-se o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Representação n.º 1.074 – 1 – MT, de que, também, foi Relator o eminente Ministro Djaci Falcão (DJU de 7.12.84, p. 20.987) e no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 116.208–2–MG, de que fora Relator o douto Ministro Moreira Alves, nestas letras:

“Custas e emolumentos. Natureza Jurídica. Necessidade de lei para sua instituição ou aumento. – Esta Corte já firmou o entendimento, sob a vigência da Emenda Constitucional n.º 1/69, de que as custas e os emolumentos têm a natureza de taxas, razão por que só podem ser fixados em lei, dado o princípio constitucional da reserva legal, para a instituição ou aumento de tributo. – Portanto, as normas dos arts. 702, I, g, e 789, parágrafo 2.º, da Consolidação das Leis do Trabalho não foram recebidas pela Emenda Constitucional n.º 1/69, o que implica dizer que estão elas revogadas. Recurso Extraordinário conhecido e provido.” (DJU de 8.6.90).

Convém reparar-se, aqui, no entanto, o equívoco conceitual de *custas*, em que labora a Suprema Corte, tomando a espécie (taxa judiciária) como gênero, na convicção afirmada de que *custas* são espécie de *taxa judiciária*, quando,

em verdade, o fenômeno é inverso: *taxa judiciária é que se caracteriza e se apresenta, juridicamente, como espécie do gênero custas.*

Nessa inteligência, tenho visualizado a distinção entre *custas de natureza tributária (taxas judiciárias – espécie do gênero tributo) e custas não tributárias (despesas indenizatórias, contraprestacionais, multas processuais, etc).*

Observo, ainda, com honrosa vênua, que o Supremo Tribunal Federal não foi feliz ao considerar, indistintamente, todas as despesas do processo como taxas judiciárias, situando-as como contraprestação de serviço público específico e divisível, custeado pelo Estado.

De ver-se, assim, que aquela excelsa Corte já decidiu, noutra oportunidade, em sessão plenária, que

“em face das restrições constitucionais a que se sujeita a instituição de taxa, não pode o poder público estabelecer, a seu arbítrio, que, à prestação de serviço público específico e divisível, corresponde contrapartida sob a forma, indiferentemente, de taxa ou de preço público” (RE n.º 89.876 – RJ. Rel. Min. Moreira Alves – RTJ 98/230).

Há de se distinguir, como conseqüência, na composição de *preparo* dos feitos iniciais (CPC, art. 257) e dos recursos, que dele dependam (CPC, arts. 519, *caput*, 527 e respectivo parágrafo 1.º e 533, *caput*), as *custas tributárias* (taxas judiciárias) daquelas *não tributárias* (contraprestacionais, ressarcitórias e punitivas), tais como as decorrentes de diligências dos Srs. Oficiais de Justiça, de realização de perícias, de fotocópias para traslados e outras dessa natureza, bem ainda, as resultantes de penalidades processuais (CPC, arts. 488, inciso II, 529 e 538, parágrafo único).

Conforme De Plácido e Silva, nesta razão, praticamente, o *preparo* se revela em todas as diligências para a feitura ou facção da conta das despesas do processo, de um período a outro, ou de *partes dele*, e no *respectivo pagamento*, que se efetiva pela entrega da soma apurada pelo *contador do juízo* ou *escrivão do feito*, para que este, por sua vez, a distribua a quem de direito. O *preparo* pode ocorrer em várias contingências. Há, assim, o *preparo da ação*, o *preparo da apelação*, o *preparo do agravo*, etc. Cada um deles mostra a conta das custas relativas à parte do processo, a que corresponde, e o respectivo pagamento efetivado por uma das partes litigantes. E, em qualquer circunstância, o *preparo* é operação ou medida, a que se deve atender, para que o processo, salvo

exceções legais, prossiga em seu andamento, seja em primeira ou em segunda instância⁷.

7. *Atividade jurisdicional do Estado e direito constitucional à jurisdição*

No campo das atribuições essenciais do Estado de direito, a atividade jurisdicional assume proeminência, configurando-se, para os cidadãos, a *garantia-matriz* de todas as demais, conforme nos ensina José Afonso da Silva, nestas letras:

“A máxima garantia dos direitos humanos, no Estado democrático – aquela que pode ser chamada *garantia-matriz*, porque, sem ela, as outras nada significam – está na existência de órgãos jurisdicionais dotados de independência e imparcialidade, com capacidade, de fato e de direito, para solucionar conflitos de interesses interindividuais, e, especialmente, os que se manifestem entre a pessoa e o Estado”⁸.

A nossa Constituição Federal, em vigor, “assegura a todos, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos poderes públicos, em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder” (art. 5.º, inciso XXXIV, alínea *a*), apregoando, definitivamente, o princípio maior da segurança jurídica, na fala determinante de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5.º, inciso XXXV).

A Carta Magna nos garante, assim, em termos amplos, o direito público-subjetivo, coletivo e difuso de ação, como manifestação efetiva do direito de petição aos poderes públicos, dentre os quais se destaca o Poder Judiciário.

Com o banimento da justiça privada e a assunção do monopólio do exercício da força pelo Estado, a decisão quanto aos conflitos de interesse, entre os indivíduos e entre estes e o poder público, passou a ser condição essencial da própria concepção do Estado de direito.

No pensar de Couture, se o exercício da força não está originariamente (salvo casos excepcionais, como, por exemplo, o desforço possessório, a legítima defesa, o estado de necessidade e a violência praticada no estrito cumprimento do dever legal), em mãos dos particulares, para a solução dos conflitos de interesses, eles são

⁷ E. SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico* – Ed. Forense – vv. III/IV – RJ/1982 – 7.ª ed. – p. 429.

⁸ DA SILVA, José Afonso. *Ação Popular Constitucional* – Ed. Revista dos Tribunais, p. 84.

obrigados a recorrer ao Judiciário, para verem satisfeitos seus direitos. O recurso ao Judiciário, portanto, se apresenta como algo inarredável, a ser atendido, obrigatoriamente, se alguém pretende fazer valer, no plano fático, os direitos de que é titular.

Para o reconhecimento e a defesa dos direitos e interesses privados, coletivos e difusos, dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, quando contestados ou violados, só existe um caminho, que é o do exercício do direito de petição ao Poder Judiciário, o qual se manifesta, efetivamente, através da instrumentalidade do devido processo legal, em que se materializa o direito público-subjetivo de ação, de que nos fala Enrico Túlio Liebman.

Se o governado optar por outro caminho-exercício arbitrário das próprias razões – incorre em crime contra a Administração da Justiça (Código Penal, art. 345).

Como bem observa José Afonso da Silva, considerando que está vedada a Justiça privada, no Estado moderno, e um órgão do Poder Público se instituiu para substituí-la, não se pode negar a ninguém o direito subjetivo de deduzir, em Juízo, sua pretensão, contra aquele que a ela opõe resistência.

Adotamos, aqui, a tese de Juan Couture, na fala de que o Poder Judiciário não tem por que ser excluído dos órgãos e autoridades, ante os quais os particulares podem exercer o direito de petição. Este direito começou a perder sua identidade, e alterou suas formas originárias, quando o governo representativo começou a subministrar novos instrumentos de petição indireta, mediante deputados e senadores. De outro lado, porém, foi fortalecendo-se, paulatinamente, perante o Judiciário, em razão da existência de leis processuais, cada vez mais aperfeiçoadas, que regulam seu exercício e asseguram sua eficácia.

Tanto que esse direito, exercido ante o Poder Legislativo, tem perdido boa parte de sua eficácia por força do sistema parlamentar-representativo, e tenha debilitada sua importância, perante o Executivo, em razão de não existir uma lei regulamentadora do mesmo que criasse um dever correlativo de apreciação por parte do poder administrador-executivo, que sua significação, perante o Judiciário, tem crescido consideravelmente.

Com isto, o direito de petição assume uma característica particular. Enquanto, perante os

outros poderes, configura somente uma relação entre o particular e a autoridade, ante o Poder Judiciário, envolve um terceiro, que se vê, assim, ainda, que contra sua vontade, vinculado à petição.

Esta circunstância explica que, tradicionalmente, ainda muitíssimo antes que o direito de acesso ao Tribunal fosse elencado entre os direitos de petição, o debate forense tenha sido regulamentado através da lei processual e tenha criado de parte do poder público um dever jurídico de pronunciar-se a respeito da pretensão.

A existência de uma lei regulamentadora, como é a lei processual, de caráter instrumental, e o dever jurídico de decidir a controvérsia, que foi sempre o correlativo de parte do poder público, foram sempre as notas dominantes do ato jurisdicional. A existência dessa mesma lei regulamentadora e da sentença, como ato de pronunciamento do poder público foram, provavelmente, as razões decisivas, para que a ação civil tivesse, historicamente, uma força muito maior que a petição, perante o Poder Legislativo e o Poder Executivo.

A tese que sustentamos, aqui, consiste em que a lei processual constitui a norma regulamentadora do direito de petição. Pretendemos afirmar, assim, porque nos parece óbvio, que o direito de ação constitui uma forma típica do direito constitucional de petição. Este é o gênero, de que a ação é espécie.

O direito de petição foi, em sua formulação originária, um direito privado (*private bill*). Logo adquiriu, em notórios textos de direito constitucional, um caráter de garantia (*right of petition*).

Quando o direito de petição apareceu formulado, como um direito individual, no *Bill of Rights* de 1689, a estrutura dos poderes não havia chegado ainda à conformação que a aguardava, posteriormente, em especial, a partir do século XVIII, sobre a base de uma nítida distinção entre Legislativo, Executivo e Judiciário. O Rei era, simultaneamente, legislador, governante e juiz. Toda outra forma de autoridade emanava dele, por delegação. Os exemplos de autoridade popular foram, ao largo da história, verdadeiros momentos de exceção até o século XVIII.

O direito de petição se exerceu, pois, originariamente, perante quem reuniria em si todas as faculdades da autoridade.

Quando o princípio da divisão de poderes, arquitetado por Montesquieu e preconizado por

Aristóteles, na Grécia, começou a desenvolver-se, o direito de petição se desdobra e assume caracteres específicos, perante cada um desses poderes. As velhas formas processuais se mantêm, porém troca-se a condição dos juizes a quem elas se dirigem.

O dever de pronunciamento, por parte do Juiz, é de tal modo rigoroso, ante o exercício do direito de ação, que sua omissão configura causa de responsabilidade judicial⁹.

Em nosso ordenamento jurídico-processual, "o juiz não se exime de sentenciar ou despachar, alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide, caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito". (CPC, art. 126).

8. Da imunidade tributária, em matéria específica de Taxa Judiciária

Leciona Hugo de Brito Machado que *imunidade é obstáculo decorrente de regra da Constituição à incidência de regra jurídica de tributação. O que é imune não pode ser tributado. A imunidade impede que a lei defina, como hipótese de incidência tributária, aquilo que é imune*¹⁰.

Ives Gandra Martins mostra quatro formas desonerativas da tributação, a saber: *imunidade, isenção, não-incidência e alíquota zero. Na imunidade não nascem, nem obrigação, nem crédito tributário, por absoluta vedação constitucional; na não-incidência não nascem ambos, por omissão legislativa ordinária; na isenção nasce a obrigação, mas não nasce o crédito, por vedação imposta pela lei complementar e veiculada por lei ordinária; e na alíquota zero nascem ambos, reduzidos à expressão nenhuma*¹¹.

Diz, ainda, o ilustre Professor que a imunidade é o mais relevante dos institutos desonerativos. Corresponde à vedação total ao poder de tributar. A imunidade cria área colocada, constitucionalmente, fora do alcance impositivo, por intenção do constituinte, área necessariamente de salvaguarda absoluta para os contribuintes nela hospedados. A relevância é de tal ordem que a jurisprudência tem entendido ser impos-

sível a adoção de interpretação restritiva a seus comandos legais, sendo, obrigatoriamente, a exegese de seus dispositivos, ampla. Na imunidade, não há nem o nascimento da obrigação fiscal, nem do conseqüente crédito, em face de sua substância fática estar colocada fora do campo de atuação dos poderes tributantes, por imposição constitucional. Independe, portanto, das vontades legislativas das competências outorgadas pela Lei Maior.

No julgamento do RE 101.441 – RS, o Supremo Tribunal Federal consagrou a interpretação extensiva para a imunidade, mantendo restritiva, nos termos do art. 111 do CTN, para as demais formas desonerativas.

A nossa Constituição Federal, em vigor, trata da imunidade tributária, em matéria de impostos, na Seção específica "Das limitações do Poder de Tributar" (art. 150, inciso VI, alíneas a, b, c e d e respectivos parágrafos 1.º, 2.º, 3.º e 4.º).

Se a Carta Magna de 1967, com a Emenda 1/69, cuidava de imunidades tributárias, tão-somente, no que tange a impostos, já a nova Lei Maior, de 1988, cria, também, imunidade tributária, em matéria de *taxas*, inclusive *judiciárias*, com estas letras:

"Art. 5.º, inciso XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos, em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;"

Trata-se, aqui, sem dúvida, de imunidade tributária, com relação às *taxas judiciárias*, que são espécies de *custas processuais*.

A norma do art. 5.º, inciso XXXIV, alínea a, de nossa Constituição Federal é auto-aplicável, como o são todas as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, nela inseridas (CF, art. 5.º, inciso LXXVII, parágrafo 1.º).

No Fórum de debates, realizado pelo Centro de Estudos Judiciários do egrégio Conselho da Justiça Federal, nos dias 4 e 5 de março do ano corrente (1994), sobre o tema "A Justiça Federal e sua Importância Política", foi acolhida proposição de nossa autoria, no subitem "A Questão do Acesso à Justiça", com esta redação:

"Ressaltar aos órgãos judiciários superiores a necessidade e urgência de um reestudo das regras de custas, a fim de que possam os Juizes dar plena eficácia ao disposto no art. 5.º, XXXIV, a, da Constituição Federal".

⁹ COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos Del Derecho Procesal Civil* – 3.ª ed. (póstuma) – Depalma – 1988 – pp. 74/79.

¹⁰ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário* – Forense – 1992 – p. 151.

¹¹ MARTINS, Ives Gandra. *Sistema Tributário na Constituição de 1988* – Ed. Saraiva – 1989 – p. 149.

O direito público-subjetivo de ação, que identificaram os estudos de Enrico Túlio Liebman, e que se exercita, na lição magnífica de Eduardo J. Couture, como a espécie mais expressiva do amplo direito de petição aos poderes públicos, apresenta-se, historicamente, desde a Carta Magna da Grã-Bretanha de 1215, como exercício de liberdade dos homens livres.

Observa Couture que “a Suprema Corte dos Estados Unidos tem dito que a idéia de governo republicano implica a possibilidade de que os cidadãos possam reunir-se, pacificamente, para pedir ao poder público a reparação dos agravos. Porém, na realidade, o direito dos cidadãos é mais amplo. Não se trata somente de tutela efetiva, diante do agravo recebido, senão do direito de expor qualquer petição”¹².

Quando o direito de petição se exerce perante o Poder Judiciário, sob a forma de ação civil, este poder jurídico não só resulta virtualmente coativo, para o demandado, que tem de comparecer e defender-se, se não deseja sofrer as conseqüências prejudiciais da *ficta confessio*, senão que também resulta coativo para o magistrado, que deve pronunciar-se, de uma ou de outra forma, sobre o requerimento que lhe é dirigido.

O direito de ação tem sede no dispositivo constitucional que assegura a todos o direito de petição aos poderes públicos (art. 5.º, inciso XXXIV, alínea *a*), como garantia do direito fundamental à liberdade (art. 5.º, *caput*), pelo livre acesso à Justiça, que se oferece, no devido processo legal.

A nossa Constituição Federal garante o *direito à jurisdição*, na voz de que a “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5.º, inciso XXXV).

Em sendo assim, o conceito de jurisdição, como poder, é insuficiente, porque a jurisdição é poder-dever. Com a faculdade de julgar, o juiz tem o dever de fazê-lo (CPC, art. 126).

O direito de petição, quando se instrumentaliza perante o Poder Judiciário sob a forma de ação, adquire maiores garantias a seu titular ou titulares, face ao instituto da *coisa julgada*, que, em sua configuração material, nosso Código de Processo Civil define como sendo a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário, especial ou extraordinário (art. 467).

Entre a autoridade da coisa julgada e a efetiva vigência do direito há uma relação de meio

e fim. A coisa julgada se concebe como meio de desfazer a incerteza do direito e como forma de fazê-lo coativo, nos casos de resistência ou omissão de seu cumprimento.

A coisa julgada e sua eventual coercibilidade são inerentes à jurisdição. O caráter de invisibilidade que dá às decisões judiciais a autoridade da coisa julgada não aparece em nenhum dos outros modos de atuação do poder público.

A função jurisdicional, pois, não tem preço. A jurisdição, conforme já visto, é direito de todos e dever do Estado.

Já vai longe o tempo em que o rei vendia jurisdição, como denuncia André Maurois¹³.

Neste passo, vale a observação de Hamilton Dias de Souza e Marco Aurélio Greco, na voz de que

“para superar essa concepção de que as partes “pagavam” a Justiça, ou desembolsavam um “preço” para obter a manifestação real, é que se busca, *através da Magna Carta, a verdadeira institucionalização da função jurisdicional*. Esta é a razão pela qual figura de maneira enfática a seguinte disposição da Carta Magna da Grã-Bretanha de 1215: *To no one will we sell, to no one deny or delay right or justice*”.

Notem-se os termos usados: “a ninguém venderemos (*Will we sell*) direito ou justiça”¹⁴.

O Estado não deve vender o exercício da função jurisdicional, nem tributar, mediante taxas, essa função pública que lhe é inerente, como dever constitucional.

Ninguém pagará tributo (taxa) para ter acesso pleno à Justiça.

Esta conclusão não afasta, contudo, a responsabilidade processual das partes pelas custas ou gastos gerados no interesse direto ou indireto do processo, de acordo com a regulamentação legal, sem caráter tributário.

A Constituição Federal de 5.10.88, já não repete a norma contida no art. 8.º, inciso XVII, alínea *e*, da Carta Magna de 1967, com a redação equivocada da Emenda Constitucional n.º 7, de 1977, na dicção de que competia, exclusivamente, à União legislar sobre “*taxa judiciária*, custas e emolumentos remuneratórios dos serviços forenses, de registros públicos e notariais”

¹³ MAUROIS, André. *História da Inglaterra* – p. 79 – Ed. Irmãos Pongetti – RJ.

¹⁴ DIAS DE SOUZA, Hamilton e GRECO, Marco Aurélio. *A Natureza Jurídica das Custas Judiciais* – Ed. Resenha Tributária – 1982 – p. 72.

¹² COUTURE, Eduardo Juan. Op. cit., p. 77.

(sic), mas, agora, sem o equívoco conceitual cometido, anteriormente, diz que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar, concorrentemente, sobre "custas dos serviços forenses" (art. 24, inciso IV).

O conceito constitucional de *custas*, agora, é bem mais amplo, como historicamente o fora, sem abranger, evidentemente, a "taxa judiciária", cuja cobrança, a *imunidade* declarada na alínea *a* do inciso XXXIV do art. 5.º de nossa Lei Fundamental, afastou, definitivamente, para garantir mais ainda o efetivo *acesso à Justiça*, de que nos falam Mauro Cappelletti e Bryant Garth, perplexos com os dados colhidos nos Relatórios Alemão e Norte-Americano para o Projeto de Florença, onde se noticia que uma causa de valor correspondente a oito meses de salário na Alemanha, envolvendo duas instâncias, terá um custo de aproximadamente metade do montante da controvérsia¹⁵.

O conceito constitucional de *custas* afina-se, agora, com o de despesas dos atos que as partes realizam ou requerem, no processo, desde o início até sentença final e, bem ainda, na execução, até a plena satisfação do direito declarado pela sentença (CPC, art. 19, *caput*), abrangendo não só as custas dos atos do processo, como também a indenização de viagem, diária de testemunhas, remuneração de assistente técnico (CPC, art. 20, § 2.º), além de outros gastos necessários ao processo, sem incluir, contudo, as taxas judiciárias, por força da imunidade tributária, constitucionalmente declarada, na espécie.

9. Da Responsabilidade pelo pagamento das custas processuais

A resolução formal dos litígios pelo Poder Judiciário, mesmo sem a taxa judiciária (espécie do gênero custas), continua muito dispendiosa no Brasil e na maior parte das sociedades modernas.

Como observa Mauro Cappelletti, se é certo que o Estado paga os salários dos juízes e do pessoal auxiliar e proporciona os prédios e outros recursos necessários aos julgamentos, os litigantes precisam suportar a grande proporção dos demais custos necessários à solução de uma lide. O alto custo para as partes é particularmente óbvio, sob o "Sistema Americano", que não obriga o vencido a reembolsar ao ven-

cedor os honorários despendidos com seu advogado. Mas os altos custos também agem como uma barreira poderosa, sob o sistema, mais amplamente difundido, que impõe ao vencido os ônus da sucumbência, tais como ocorre na Austrália, na Áustria, na Bélgica, no Canadá, na Inglaterra, na França, na Alemanha, na Holanda, na Suécia e Brasil, dentre outros. Nesse caso, a menos que o litigante em potencial esteja certo de vencer – o que é de fato extremamente raro, dadas as normais incertezas do processo –, ele deve enfrentar um risco ainda maior do que o verificado nos Estados Unidos. A penalidade para o vencido em países que adotam o princípio da sucumbência é aproximadamente duas vezes maior – ele pagará os custos de ambas as partes¹⁶.

Pondera, de outro lado, Eduardo Couture, no sentido de que o direito de petição (ação) não pergunta, antecipadamente, ao autor se tem razão ou não para movimentar a jurisdição. O autor tem um direito, que ninguém pode discutir, que é o de dirigir-se à autoridade; esta, que não pode, por força do ordenamento vigente, recusar a demanda aparentemente infundada, *in limine litis*, não tem mais que prolongar o estado de incerteza conatural ao litígio, durante o tempo necessário para chegar até a coisa julgada. Porém, quem suportará as conseqüências desse estado de incerteza? Quem fará frente aos gastos que o litígio envolve e aos danos e prejuízos que são sua conseqüência?

Para que a ação possa funcionar na ampla medida de liberdade que lhe assegura a Constituição, é preciso que a lei estabeleça, com certa severidade, a carga do autor carente de razão, as conseqüências patrimoniais de sua liberdade. É preciso repetir, uma vez mais, que liberdade sem responsabilidade é anarquia e responsabilidade sem liberdade é opressão.

Também, no processo, se faz necessária a liberdade. Se o direito tivesse encontrado uma forma que permitisse rechazar a demanda infundada, desde o dia de sua propositura, a responsabilidade de acionar seria mínima. Porém, essa fórmula não foi ainda encontrada. Faz-se mister, em conseqüência, que a responsabilidade seja tão efetiva, que ninguém tenha a tentação de pôr em jogo, maliciosamente, este precioso instrumento de liberdade civil. A Constituição o dá em salvaguarda do próprio direito e não em prejuízo do direito do próximo. Tudo

¹⁵ CAPPELLETI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça* - Tradução de Ellen Gracie Northfleet - Ed. Sérgio Antônio Fabris - 1988 - pp. 15/16.

¹⁶ CAPPELLETI, Mauro e GARTH, Bryant. *Aut. cit. op. cit.*, pp. 16/17.

quanto se faça para usá-lo em defesa de um direito efetivo, será mover-se dentro das suposições naturais da ordem constitucional: tudo quanto se faça para exercê-lo em prejuízo alheio, será, também, usá-lo contra as suposições naturais da ordem constitucional.

Visto deste ângulo, todo o tema da responsabilidade processual adquire um novo sentido. Não somente o tema de condenação em custas se apresenta como um fenômeno de responsabilidade de direito político, senão, também, que as teorias da responsabilidade objetiva e da responsabilidade por culpa assumem uma especial coloração institucional. A fórmula de que "aquele que perde, paga" não seria senão a paráfrase de sentido político-processual do princípio geral da responsabilidade que põe a cargo de cada um as conseqüências de sua própria conduta. Aquele que tem assegurada sua liberdade de requerer a proteção da autoridade assume naturalmente os riscos que esse fato comporta. A liberdade que supõe poder conduzir a demanda infundada até o fim do debate, paga-la-á o que goza dessa liberdade. Quando se põe em jogo essa máquina tão delicada que é a justiça civil, enfrenta-se o risco de que os resultados sejam contrários ao interesse daquele que a move¹⁷.

Não se deve olvidar, aqui, portanto, dos deveres das partes e de seus procuradores, na realização do processo judicial, sendo obrigados, por lei, a expor os fatos em juízo conforme a verdade; a proceder com lealdade e boa-fé; a não formular pretensões, nem alegar defesa, ciútes de que são destituídas de fundamento; e a não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito (CPC, art. 14, incisos I a IV), pois responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente, deduzindo pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; alterando a verdade dos fatos; usando do processo para conseguir objetivo ilegal; opondo resistência injustificada ao andamento do processo; procedendo de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo e provocando incidentes manifestamente infundados (CPC, arts. 16 e 17, incisos I a VI).

A responsabilidade pelo pagamento das custas decorrentes de sanções impostas a quem

age de má-fé, na condução do processo, há de ser pessoal, pois é princípio e garantia fundamental que "nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido" (CF, art. 5.º, inciso XLV).

Nesse sentido, dispõe corretamente a nossa lei processual civil, ao determinar que "as despesas dos atos que forem adiados ou tiverem de repetir-se ficarão a cargo da parte, do serventário, do órgão do Ministério Público ou do juiz que, sem justo motivo, houver dado causa ao adiamento ou à repetição" (CPC, art. 29) e que "as sanções impostas às partes em conseqüência de má-fé serão contadas como custas e reverterão em benefício da parte contrária; as impostas aos serventários pertencerão ao Estado" (CPC, art. 35).

O nosso Código de Processo Civil, contudo, nega vigência ao princípio constitucional da responsabilidade pessoal do infrator (CF de 1967 c/c a Emenda 1/69, art. 153, § 13, e CF de 1988, art. 5.º, inciso XLV), quando determina que

"o réu que, por não argüir na sua resposta fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, dilatar o julgamento da lide, será condenado nas custas a partir do saneamento do processo e perderá, ainda que vencedor na causa, o direito a haver do vencido honorários advocatícios" (CPC, art. 22); que "as despesas dos atos manifestamente protelatórios, impertinentes ou supérfluos serão pagas pela parte que os tiver promovido ou praticado, quando impugnados pela outra" (CPC, art. 31); que o autor da ação rescisória depositará a importância de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, a título de multa, caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível ou improcedente" (CPC, art. 488, II); que "se o agravo de instrumento não for conhecido, porque interposto fora do prazo legal, o tribunal imporá ao agravante a condenação, em benefício do agravado, no pagamento do décuplo do valor das custas respectivas" (CPC, art. 529) e, ainda, "quando forem manifestamente protelatórios, o tribunal, declarando expressamente que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa, que não poderá exceder de 1% (um por cento)

¹⁷ COUTURE, Eduardo Juan. *Estudios de Derecho Procesal Civil* - T. III - Ediciones Depalma - Buenos Aires - Tercera Edición - 1989 - pp. 338/339.

sobre o valor da causa" (CPC, art. 538, parágrafo único).

Ora, em todos esses casos como em outros similares, a litigância de má-fé é obra exclusiva do advogado e não da parte material ou processual, que será representada em juízo por advogado legalmente habilitado (CPC, art. 36), sendo certo que a procuração geral para o foro, conferida por instrumento público ou particular assinado pela parte, habilita o advogado a praticar todos os atos do processo e não a abusar do processo, pois o seu Código de Ética Profissional lhe impõe, como dever fundamental, "além da defesa dos direitos e interesses que lhe são confiados, o zelo do prestígio da sua classe, da dignidade da magistratura, do aperfeiçoamento das instituições de Direito e, em geral, do que interessa à ordem jurídica" (CEP, Seção I, item I), devendo o advogado informar o cliente dos riscos, incertezas e demais circunstâncias que possam comprometer o êxito da causa, evitando tudo o que possa induzir o cliente a demandar, ressalvado o esclarecimento de seus direitos e recusando o patrocínio da causa que considere ilegal, injusta ou imoral, cumprindo-lhe, salvo impedimento relevante, motivar a recusa, quando o cliente o solicite (CEP, Seção II, item I, alíneas d, e e g), sob pena, inclusive, de responsabilidade disciplinar (Lei n.º 4.215/63, art. 103, incisos I, VII, XV e XVI).

Nesse contexto, sem dúvida, "o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei" (CF, art. 133).

Destacam-se, no ponto, da obra clássica do renomado Eduardo Couture, os termos do 4.º mandamento do Advogado, *in verbis*: "Teu dever é lutar pelo direito; porém, quando encontrares o direito em conflito com a justiça, luta pela justiça".

Em comentários explicitantes do referido mandamento, observa o eminente processualista que o direito não é um fim, mas um meio. Na escala dos valores, não aparece o direito. Aparece, no entanto, a justiça, que é um fim em si, e a respeito da qual o direito é tão-somente um meio para atingi-la. A luta deve ser, pois, a luta pela justiça.

As questões não se dividem em pequenas ou grandes, mas em justas ou injustas. Nenhum advogado é demasiadamente rico para recusar causas justas porque sejam pequenas, nem tão pobre para aceitá-las, quando injustas, por se-

rem grandes.

Muitos advogados por confundirem os meios com o fim, mesmo de boa-fé, crêem aplicável ao litígio fadado ao insucesso a máxima médica que aconselha prolongar a todo o custo a vida do enfermo, à espera de que se produza um milagre.

Os incidentes protelatórios, assim como os recursos infundados, constituem uma subversão de valores. Poderão todos esses ardis forenses ser eficazes em alguma oportunidade; entretanto, muito raramente serão justos. Em algum caso, poderão significar uma vitória ocasional; mas na luta o que importa é ganhar a guerra e não simples batalhas. E se, em determinado caso, algum advogado haja vencido a guerra mediante ardil, que não esqueça que, na vida de um advogado, a guerra é sua própria vida, e não efêmeras batalhas.

A confusão dos fins e dos meios poderá passar inadvertida em algum caso profissional. Porém, ao longo de toda a vida de um advogado não pode passar despercebida.

A verdadeira prova para o advogado surge quando lhe é proposto um caso injusto, economicamente vantajoso, e que, além disso, sua simples propositura alarmaria de tal modo o demandado que lhe proporcionaria uma imediata e lucrativa transação. Nenhum advogado será plenamente tal, senão quando saiba recusar este caso, sem encenação e sem alarde. Mais grave ainda é a situação em que nos coloca nosso melhor cliente, aquele rico e ambicioso, cuja amizade é para nós fonte segura de proveitos, quando nos propõe uma causa sem fundamento. O advogado necessita, ante essa situação, de absoluta independência moral. Só então poderá constatar que seu verdadeiro valor como advogado não foi adquirido na Faculdade ou no dia do juramento profissional: sua autenticidade como advogado revela-se no dia em que pode dizer a esse cliente, com a dignidade de sua profissão e com a simplicidade afetuosa de sua amizade, que a causa é indefensável.

Até esse dia, ele terá sido apenas um aprendiz e, se esse dia não chegar, terá sido como o aprendiz da balada imortal, que sabia provocar tempestades, porém não sabia como contê-las¹⁸.

10. Conclusão

Com estas considerações, pedimos vênias às

¹⁸ COUTURE, Eduardo Juan. *Os Mandamentos do Advogado* - Tradução de Ovidio A. Baptista da Silva e Carlos Otávio Athayde - Sérgio Antônio Fabris Ed. - Porto Alegre - 1979 - pp. 40/42.

opiniões contrárias, para concluir, nestas letras:

I – A compreensão exata do conceito amplo de custas, na sistemática de nosso ordenamento jurídico, é de fundamental importância para o exercício pleno do direito de ação, na linha de desenvolvimento do livre acesso à Justiça, mediante a garantia do devido processo legal, para a plenitude da cidadania.

II – Historicamente, a larga abrangência do conceito de custas não se compadece das restrições conceituais, em manifesto equívoco, nos dias de hoje, tanto nas cogitações da doutrina quanto na seara da jurisprudência, por força mesmo dos equívocos e contradições legislativas.

III – *Custas processuais* são as despesas ou gastos necessários a se iniciar, desenvolver e terminar um processo, nos termos legais, até a resolução definitiva da causa.

IV – As custas processuais, na sistemática processual vigente, regem-se pelos princípios da *antecipação ou do adiantamento das despesas e da responsabilidade objetiva do vencido*, que deve arcar com todos os ônus da sucumbência.

V – Os honorários advocatícios, contratados com as partes, para a realização do processo, ou judicialmente fixados, nos autos do processo, e, em qualquer caso, com eles relacionados, integram o universo das custas processuais, em sentido amplo, e devem ser pagos pelo vencido.

VI – A exceção legal ao princípio do adiantamento das custas processuais favorece, tão-somente, os beneficiários da justiça gratuita, em cujo rol não se incluem as entidades integrantes do conceito de Fazenda Pública (União, Estados, Municípios, Distrito Federal e respectivas Autarquias) nem o Ministério Público.

VII – Até a vigência da Constituição Federal vigente, as custas processuais, na disciplina de nossa legislação processual civil, classificavam-se em *custas tributárias* (taxas judiciais, como espécie do gênero tributo) e *custas não tributárias* (despesas indenizatórias, contraprestacionais e decorrentes de multas processuais).

VIII – A nossa Constituição Federal, em vigor, “assegura a todos, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos poderes públicos, em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder” (art. 5.º, inciso XXXIV, alínea *a*), apregoando o princípio maior da segurança jurídica, na fala determinante

de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5.º, inciso XXXV).

Tais *normas-princípios* são *auto-aplicáveis*, como o são todas as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais inseridas na Lei Fundamental.

IX – A função jurisdicional não tem preço. Após a Carta Magna da Grã-Bretanha de 1215, vigora o princípio de que “a ninguém vendemos direito ou Justiça”. O Estado não deve tributar, mediante taxas, o serviço público decorrente do exercício da função jurisdicional, que lhe é inerente, como dever constitucional e direito de todos.

X – O conceito amplo de *custas processuais* já não admite a incidência de *taxas judiciais*, em face da imunidade tributária, na espécie, que resulta da norma auto-aplicável do inciso XXXIV, alínea *a*, do art. 5.º de nossa Carta Magna. Falecem, assim, sem eficácia os dispositivos da legislação ordinária, enunciativos de isenções legais, em matéria de custas (evidentemente tributárias). Por força dessa imunidade direcionada às taxas judiciais, já não há espaço no conceito de custas para essas taxas, cuja existência a Lei Maior proíbe ao legislador comum.

XI – O exercício do direito de ação, como espécie do direito constitucional de petição, perante o Judiciário, se apresenta como um fenômeno de responsabilidade de direito político, que põe a cargo de cada um as consequências de sua própria conduta.

XII – A responsabilidade pelo pagamento das custas processuais, decorrentes de sanções impostas a quem age de má-fé, na realização do processo, com atos atentatórios à dignidade da Justiça, há de ser *peçoal* (CF, art. 5.º, inciso XLV), a não se permitir que a parte material ou processual sofra as consequências patrimoniais das ações antiéticas de seu advogado e bastante procurador, cuja atividade legal é indispensável à administração da Justiça (CF, art. 133).”