

Execução de Antecipação de Tutela Contra o Estado

Humberto Gomes de Barros

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Em primeiro lugar, pretendo deixar claro meu inconformismo com o nome que se emprestou ao adiantamento de prestação jurisdicional: *antecipação de tutela*. Tutela, no dizer de Orlando Gomes é o encargo conferido a alguém para proteger a pessoa e administrar os bens dos menores que não se acham sob o pátrio-poder.¹ A transposição desta palavra para o âmbito do direito processual, além de esgarçar-lhe o poder semântico, parece traduzir postura autoritária de quem enxerga o cidadão como incapaz, subordinado ao Estado todo-poderoso. Tal postura não encontra agasalho em nosso Ordenamento Jurídico. Nele, assegura-se às pessoas o direito potestativo de ação, cujo exercício torna quem o exerce credor do Estado. Este, de sua parte, transforma-se em devedor de um provimento jurisdicional capaz de extinguir o litígio entre o autor e seu adversário. Assim, o Estado acionado, longe de ser tutor é devedor.² Se assim ocorre, mais correto seria falar-se em prestação jurisdicional antecipada. Não enxergo sentido em tomar-se de empréstimo o velho termo do Direito de Família, para acrescentar-lhe mais uma significação. Tanto mais quando em toda ciência é fundamental uma segura e correta terminologia.

Esse, é, contudo, um protesto solitário, partido de um leigo. A grande maioria dos cientistas processuais utiliza o vocábulo *tutela*, para referir-se ao resultado da função jurisdicional.

¹ - GOMES, Orlando. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 297.

² - CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 203, et seq.

1. Antecipação e Medida Cautelar

O Art. 273 do Código de Processo Civil prevê a antecipação da chamada tutela, quando:

- a) a prova dos autos torne verossímil a alegação do autor e;
- b) exista fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou;
- c) o réu esteja abusando do direito de defesa ou manifeste propósito protelatório.

Sob o enfoque pragmático, o adiantamento de tutela em pouco difere do velho instituto processual, traduzido na expedição de medidas cautelares.

Em primeiro lugar, anote-se que tanto o adiantamento de tutela, quanto a medida cautelar constituem medidas provisórias³, ambas revogáveis, suscetíveis de alterações e capazes de se tornarem definitivas, uma vez confirmadas em sentenças.

Com efeito, o exercício do poder cautelar judicial subordina-se, em suma, à conjunção de dois requisitos:

- a) aparência de bom direito e
- b) perigo de lesão irreversível.

De sua parte, repito, o adiantamento de tutela requer

- a) verossimilhança da alegação e
- b) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Malgrado tente acompanhar os admiráveis exercícios semânticos desenvolvidos pelos comentadores, não consigo encontrar diferença ontológica entre esses dois pares de expressões. Com efeito:

- a) o direito só é aparentemente bom, se as razões de quem o alega são verossímeis;
- b) há inegável sinonímia entre as expressões “perigo de lesão irreversível” e “fundado receio de dano irreparável”.

Tampouco, enxergo diferença teleológica. O argumento de que a cautelar visa garantir o resultado útil do processo, ao passo que a antecipação

³ - CPC, art. 273, § 4º.

de tutela adianta os efeitos pretendidos com a sentença de mérito⁴ não convence. A meu sentir, ele traduz inútil jogo de palavras. Realmente, “os efeitos pretendidos com a sentença” correspondem exatamente ao “resultado útil do processo”.

Em verdade, a tutela antecipada constitui uma espécie de provimento cautelar provisório, cujo escopo é assegurar a eficácia da decisão jurisdicional. Tanto quanto as medidas cautelares **strictu sensu**, as antecipatórias são precárias, tendem a assegurar a eficácia de uma decisão futura e resultam de cognição sumária.⁵

Não é, pois, acertado condicionar o adiantamento de tutela à materialização de prova absoluta. É que, em havendo prova suficiente, o juiz deve julgar antecipadamente a lide⁶.

Ora, se em presença de prova cabal é possível julgar definitivamente a lide, o adiantamento provisório da prestação jurisdicional seria manifesta inutilidade.

Se não depende de prova absoluta, o adiantamento de tutela só se pode contentar com a verossimilhança, vale dizer: com a aparência de bom direito.

Em substância, antecipação e sentença, guardam nítidas diferenças. Ao contrário da sentença, a decisão antecipatória não soluciona a lide, nem lhe põe fim. A diferença entre os dois provimentos aparece bem nítida nos processos de ação condenatória. Assim como a cautelar, a medida antecipatória não condena o réu. Sua eficácia é mandamental.

Tomo de empréstimo a feliz observação de José Roberto Bedaque, a dizer que:

“Nessa linha, as tutelas provisórias devem ser reunidas e receber o mesmo tratamento. Inexiste razão para a distinção entre a tutela cautelar conservativa e a antecipação dos efeitos da tutela de mérito. Ambas são provisórias e instrumentais, pois voltadas para assegurar o resultado final. São técnicas processuais com idêntica finalidade e estrutura. Não há por que distingui-las”⁷.

⁴ - NEGRÃO, Theotônio. (Org.). *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. nota 3 ao art. 796. p. 749.

⁵ - BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada, tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 284.

⁶ - CPC, art. 330.

⁷ - *op. cit.*, p. 286

A grande inovação trazida com o adiantamento de “tutela” está na possibilidade de a providência acautelatória acontecer nos próprios autos em que se discute o pedido definitivo. Os reflexos desta possibilidade na economia processual são notáveis.

2. Execução do Adiantamento

Consciente da identidade substancial entre cautelar e antecipatória, o Legislador remeteu a execução desta aos dispositivos que presidem a execução daquela.

O Ministro Athos Gusmão Carneiro põe em evidência a circunstância de que o Legislador propõe se troque, no § 3º do Código de Processo Civil, o termo *execução* do provimento antecipatório, por *efetivação*. É que, à semelhança do que ocorre na Itália, a efetivação pode ser obtida mediante a expedição de mandado, dispensando a propositura de ação autônoma e não admitindo a oposição de embargos.⁸

Tudo isso decorre, a meu sentir, do caráter mandamental inerente aos provimentos cautelares.

3. Execução

Peço licença para repetir o que escrevi, em outra oportunidade, a respeito do processo de execução⁹:

“O vitorioso em ação condenatória, para superar a inércia do sucumbente, vale-se da ação executiva.

Em sua etimologia, o termo executar - como lembra Paulo Furtado - significa ir até o fim.”¹⁰

O beneficiário da sentença condenatória (ou de outro título que a Lei equipare à sentença), pode demandar execução. Vale dizer: cobrar providência que leve a condenação às últimas conseqüências, dando-lhe eficácia pragmática.

A prestação jurisdicional executiva abrange diversas espécies de condenação. Aqui, somente nos interessa aquela,

⁸ - CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação da tutela no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 55.

⁹ - SEMINÁRIO DE DIREITO DO SINDICATO DOS PROCURADORES DO DISTRITO FEDERAL. 1., 1998, Brasília. *Temas de direito: homenagem ao Ministro Humberto Gomes de Barros*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 59.

¹⁰ - FURTADO, Paulo. *Execução*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 3.

cujo escopo é a obrigação de pagar quantia certa. Liebman a denomina execução 'por expropriação',¹¹.

Este tipo de execução efetiva-se mediante a expropriação de bens pertencentes ao devedor. Tais bens podem ser (CPC - Arts. 646 e seqs.):

a) alienados a terceiros, para que o preço respectivo seja utilizado no pagamento ao credor;

b) adjudicados, e transferidos ao patrimônio do devedor;

c) entregues em usufruto.

A desapropriação inicia-se com a penhora - ato que se traduz na constituição de ônus real sobre determinado bem.¹²

O bem penhorado tende a ser alienado ou entregue em usufruto.

A penhora constitui ato essencial ao processo de execução.

Paulo Furtado registra, com segurança: 'não há execução sem penhora',¹³.

4. Execução Contra o Estado

Novamente rogo licença para reportar-me ao que disse, no artigo a que acabo de me referir, a propósito de execução contra o Estado:

"Quando se pretende executar condenação imposta ao Estado, apresenta-se uma dificuldade: a impenhorabilidade é um dos atributos do patrimônio estatal.

Ora, se não há execução sem penhora, como falar em execução contra pessoa cujo patrimônio está imune à constrição judicial?

Em verdade, a sentença que condena o Estado ao pagamento de quantia certa é inexecutável.

Se assim ocorre, estamos diante de impossibilidade: o Direito Brasileiro não admite execução contra o Estado.

¹¹ - LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 6.

¹² - MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1976. v. 4, p. 147, et seq.

¹³ - *op. cit.*, p. 203

No entanto, o Código de Processo Civil, ao cuidar do processo de execução, reserva um capítulo ao que denomina 'Execução contra a Fazenda Pública' (Arts. 730 e seg.).

O Art. 730 sofre de duas imperfeições:

a) trata como processo o procedimento destinado à satisfação do credor, pelo Estado devedor;

b) denomina execução, algo que, em verdade, conduz ao pagamento espontâneo.

Com efeito, o Art. 646 define como execução, o processo destinado à expropriação de bens, para satisfação do credor.

Ora, se o devedor não é expropriado, como falar em execução?

Por outro lado, o termo 'processo' reserva-se à sucessão de atos em que o Estado exerce a função jurisdicional. Através dele, o Poder Judiciário substitui a vontade de uma das partes.¹⁴

Na 'execução contra a Fazenda Pública' não existe substituição de vontade - salvo quando ocorre o incidente dos embargos previstos no Art. 730. Tudo se resume em orientar-se a cronologia de gastos, envolvendo verbas afetadas pelo devedor, ao pagamento de créditos judiciais.

Não se instaura um processo jurisdicional. Forma-se mero procedimento administrativo, destinado ao pagamento dos credores por sentença judicial.

No Brasil, este procedimento ganhou dignidade constitucional.

O Artigo 100 da Constituição Federal diz:

À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

¹⁴ - CINTRA, *op. cit.*, p. 247

§ 1º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, data em que serão atualizados seus valores, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte.

§ 2º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias respectivas à repartição competente, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento, segundo as possibilidades do depósito e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de preferência, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito.'

O sistema de vinculação dos pagamentos à ordem de apresentação dos precatórios constitui grande conquista democrática, em favor da moralidade pública e da igualdade entre os credores do Estado.

No entanto, a forma pela qual foi consagrado no Brasil tem desviado o sistema de sua verdadeira finalidade.

É que os pagamentos ocorrem na exata medida das verbas previstas no orçamento.

Em não havendo verba, não ocorrerá pagamento.

Se não há pagamento, menor será a despesa da Administração, no exercício.

Como pagar dívida não dá placa, nem rende votos, os governantes, reduzem ao mínimo a previsão orçamentária, deixando os credores à míngua.

Com semelhante expediente, o administrador transfere a quem o sucede no governo, o encargo de pagar a dívida passiva judicial."

Pergunta-se, então: em não existindo execução de sentença contra o Estado¹⁵, como executar o adiantamento de tutela?

Ora, tutela inexecutável é tutela inexistente. Negar execução ao adiantamento contrário ao Estado equivale a dizer que contra o Estado não

¹⁵ - A assertiva de que não há execução contra o Estado é contraditada por muitos doutrinadores. Veja-se, a propósito:
DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Execuções contra a Fazenda Pública*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 58.

existe antecipação de tutela. Luiz Guilherme Marinoni, ao comentar o tema, observou:

"Dizer que não há direito à tutela antecipatória contra a Fazenda Pública em caso de fundado receio de dano' é o mesmo que afirmar que o cidadão pode ser lesado quando a Fazenda Pública é ré.

Por outro lado, não admitir que tutela antecipatória fundada em abuso de direito de defesa contra a Fazenda Pública significa aceitar que a Fazenda pode abusar do seu direito de defesa e que o autor que demanda contra ela é obrigado a suportar, além da conta, o tempo de demora do processo."¹⁶

Hoje, substancial maioria da doutrina admite a concessão de tutela antecipada contra o Estado. Em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça proclamou:

"Afora a exceção restritiva prevista na Lei nº 9.494, de 10.9.97, é admissível a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, em circunstância que demonstre a presença de fumus boni iuris."¹⁷

No que respeita à execução, a doutrina abriga substancial divergência. Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva leva em conta a natureza da ação para distinguir a forma de execução. Para o ilustre magistrado, a antecipação nas ações declaratórias constitutivas e mandamentais dispensam processo autônomo de execução. Nestas hipóteses – afirma – é possível cogitar em "atuação da tutela". Contudo, em se tratando de ação condenatória a execução requisitará autos apartados.¹⁸

Peço vênica para discordar, parcialmente. Concordo com a assertiva de que nos processos de natureza constitutiva ou mandamental a efetivação resulte de simples cumprimento de mandado. Discordo, porém da exigência de processo autônomo, para dar eficácia à antecipação ocorrida no processo condenatório.

Tenho para mim que submeter a antecipação aos percalços de um processo seria reduzi-la à inutilidade.

¹⁶ – MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 211.

¹⁷ – BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida Cautelar nº 1.794/PE. Relator: Ministro Franciulli Netto. Brasília, 22 de fevereiro de 2000. DJU de 27.3.2000.

¹⁸ – SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 149.

É que, a meu sentir, o provimento antecipatório tem, sempre, natureza mandamental. Nada importa a natureza do processo em que ele foi adotado.

Se assim ocorre, deve o juiz emitir mandado determinando a efetivação do provimento antecipado. Evidentemente, o cumprimento da ordem judicial terá como limite o ponto de não retorno (CPC, Art. 273, § 2º).

Mesmo em se tratando de causa contra o Estado, o limite é a inserção do precatório na linha de espera. Vale dizer: o juiz emite o precatório, que é inscrito. Se, antes de ocorrer o trânsito em julgado da decisão condenatória, chegar o momento de o precatório antecipado ser pago, o dinheiro respectivo ficará à disposição do juízo, até solução final do processo.

Esta solução, acredito, respeitando o sistema de precatórios, evita que o credor sofra os danos resultantes da demora.¹⁹

¹⁹ – Esta solução é admitida por Luiz Guilherme Marinoni, *op. cit.*, p. 213.