

EXECUÇÃO PROVISÓRIA *

Cassio Scarpinella Bueno

SUMÁRIO: 1) Noções gerais; 2) A execução provisória e o sistema recursal; 3) O regime jurídico da execução provisória; 3.1) As novidades trazidas pela Lei n. 10.444/2002 para a execução provisória; 3.2) A responsabilidade do exequente provisório; 3.3) As conseqüências do provimento do recurso; 3.4) A prestação de caução; 3.4.1) A dispensa da caução; 4) Execução provisória contra a Fazenda Pública; 5) Propostas de alteração da execução provisória (Projeto de lei n. 52/2004); 6) Conclusões: Bibliografia

1) Noções gerais

A execução provisória pode ser entendida como a possibilidade de a sentença ou o acórdão serem executados, isto é, *cumpridos* antes de seu trânsito em julgado. Dito de outro modo: a execução provisória é a autorização para que uma decisão judicial surta efeitos concretos mesmo enquanto existem recursos pendentes de exame perante as instâncias superiores. A ela se referem expressamente, neste sentido, os arts. 521 e 587 do Código de Processo Civil.¹

Tradicionalmente, toda a temática relativa à “execução” atrela-se única e exclusivamente às decisões de mérito (sentenças e acórdãos que tenham referencial de conteúdo o art. 269 do CPC) ou, quando menos, a determinados *atos* ou *fatos* a elas equiparadas expressamente pelo legislador, os títulos executivos extrajudiciais de que dá notícia o art. 585 do CPC. Mais recentemente, mormente depois das profundas modificações pelas quais passou o Código de Processo Civil a partir dos meados da década de 1990, parece-me absolutamente possível e *desejável* que a execução passe a ser entendida como fenômenos mais amplo, que diga respeito a qualquer decisão jurisdicional, mesmo que não seja “final”. Assim, a realização concreta de uma decisão interlocutória que defere pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional ou que defere uma providência cautelar (“dentro” ou “fora” do “processo cautelar”) merece, a meu ver, ser tratada como um caso de *execução*. Nestes casos, justamente porque não se está diante de uma decisão *final*, o regime jurídico da efetivação da decisão deverá observar o da execução provisória. Neste sentido, aliás, é expresso o art. 273, § 3º, do CPC, quando disciplina a *efetivação* da tutela antecipada. E se lá se fala em *efetivação* e não,

*. Publicado originalmente em: LOPES, João Batista; CUNHA, Leonardo José Carneiro da (coord.). *Execução civil (aspectos polêmicos)*. São Paulo: Dialética, 2005, páginas 39-67.

¹. É a seguinte a redação dos dispositivos: “Art. 521. Recebida a apelação em ambos os efeitos, o juiz não poderá inovar no processo; recebida só no efeito devolutivo, o apelado poderá promover, desde logo, a execução provisória da sentença, extraindo a respectiva carta”. “Art. 587. A execução é definitiva, quando fundada em sentença transitada em julgado ou em título extrajudicial; é provisória, quando a sentença for impugnada mediante recurso, recebido só no efeito devolutivo”.

propriamente, em *execução*, isto só se justifica para ampliar a realidade que o dispositivo de lei regula. O fenômeno jurídico, contudo, não é diverso em um e em outro caso.²

Com esta breve ressalva, retomo as duas propostas de conceito com que abri o trabalho.

O termo “execução” deve ser entendido de forma mais ampla do que, tradicionalmente, lhe empresta a doutrina tradicional. Não há por que, com os olhos voltados ao sistema processual civil hoje vigente, atrelar-se efeitos *executivos* a uma determinada e específica classe de decisões jurisdicionais, qual seja, a de sentenças ou acórdãos de mérito *condenatórios*.³ Penso que também uma decisão declaratória, constitutiva, mandamental ou executiva, ao lado das decisões condenatórias, possam ser também objeto de uma “execução” e, se ainda pender algum recurso de exame, ser esta execução “provisória”. Também elas, penso, podem ser objeto de realização concreta independentemente de já terem se tornado “definitivas”; também os seus efeitos podem se fazer sentir fora do processo mesmo que ainda impugnáveis ou impugnadas pelo recurso cabível.⁴ E, neste sentido, o art. 588 do Código de Processo Civil deve ser observado, quando menos, como referencial destas *execuções* (ou *efetivações*) provisórias.⁵

Uma tal proposta de exame do instituto da execução provisória tem a vantagem de tratar de forma idêntica fenômenos que, do ponto de vista do processo, têm tudo para serem *idênticos*, não fosse o preconceito de parcela elevada da nossa doutrina e da nossa jurisprudência que ainda não querem ver o que é tão claro: o Código de Processo Civil só pode ser lido a partir da Constituição Federal e dos valores (princípios) que ela reserva *também* para o processo, dentre eles o que diz respeito mais de perto ao tema presente, o da *efetividade da jurisdição* (acesso à ordem jurídica justa), constante expressamente no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Sou daqueles, de resto, que vê na “novidade” do inciso LXXVIII do art. 5º, da mesma Carta, aí introduzido pela Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, uma razão a mais para se pensar em um processo mais célere e com resultados concretos e úteis para aquele que, perante o Estado-juiz, consegue se mostrar suficientemente merecedor da tutela jurisdicional que é, por definição, substitutiva da vontade das partes envolvidas no litígio no plano do direito material. A execução provisória, penso — e sempre pensei — é um dos tantos mecanismos que o processo civil concebeu para atingir esta finalidade.⁶ É papel da doutrina fazer as ligações necessárias entre os temas, ao invés de esperar por mudanças legislativas que são, muitas vezes, mais *literais* do que *substanciais* ou *sistemáticas*.

². A este respeito, v. as sólidas considerações de João Batista Lopes, *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*, pp. 98/103. Também me voltei ao assunto no meu *Tutela antecipada*, pp. 96/119.

³. Sobre esta específica discussão, v. o meu “Ensaio sobre o cumprimento das sentenças condenatórias”, esp. pp. 25/33.

⁴. Sobre o assunto, v. o meu *Execução provisória e antecipação da tutela*, pp. 163/172 e, mais recentemente, já sob a égide da Lei n. 10.444/2002, o meu *Tutela antecipada*, esp. pp. 99/102 e 113/119. V., também, Paulo Henrique dos Santos Lucon, *Eficácia das decisões e execução provisória*, pp. 364/379.

⁵. Em sentido mais ou menos conforme, v. Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, vol. IV, pp. 774/775.

⁶. A este respeito, v. meu *Execução provisória e antecipação da tutela*, pp. 9/17.

É, portanto, a partir desta *necessária* releitura *constitucional* do processo civil que certos temas podem e devem ser analisados. O da execução provisória — como, de resto, diversos outros tantos trazidos pela movimento da *Reforma do CPC* — é um deles. No embate entre *segurança* e *efetividade*, a execução provisória tende, consciente e expressamente para o segundo. E uma tal opção deve refletir-se em cada entendimento acerca do instituto. Entre aguardar que a decisão jurisdicional se torne imutável para produzir seus regulares e desejados efeitos e admitir que estes efeitos sejam experimentados mesmo enquanto há impugnações recursais pendentes de exame, a execução provisória representa a segunda opção.⁷ Até porque “coisa julgada” e “efeitos da sentença”, mesmo que, vez por outra, apresentem-se lado a lado não se confundem conceitualmente.⁸

O outro ponto que, a partir dos conceitos que apresentei logo de início e que me parece digno de esclarecimento diz respeito à palavra “provisória”. É que a *execução* que aqui analiso não é, propriamente, provisória, nem temporária. Estas duas palavras, usualmente associadas às tutelas de urgência em processo civil, dão a falsa impressão de que a execução, por ser provisória, sê-lo-ia porque aguardaria o pronunciamento de uma decisão futura que venha a substituí-la ou conformá-la.

Isto, creio, não pode ser levado às últimas conseqüências com relação ao instituto sobre o qual me debruço. Não pelo menos com relação à atividade *executiva* adjetivada de provisória. A execução provisória é muito mais uma execução *antecipada* do que, propriamente, provisória. Ela é muito mais — com os olhos voltados às opções assumidas desde sempre pelo direito positivo brasileiro — uma técnica de antecipação de atos procedimentos executivos e, mais recentemente, dos próprios efeitos jurisdicionais do que, propriamente, algo que tende assumir as vestes de provisório, não definitivo, temporário, portanto.

Ela, execução provisória, em si mesma considerada, nada tem de provisória. Seus efeitos serão sentidos, observados, com uma breve restrição imposta pela lei que, de resto, me afigura, do modo como sugerida, absolutamente inconstitucional (v. itens 3.4 e 3.4.1, *infra*). Mas não

⁷. Esta dualidade é expressa no direito brasileiro, como se pode verificar do art. 587 do CPC, texto transcrito na nota 1, *supra*.

⁸. Justamente como decorrência desta dualidade de regimes jurídicos — os efeitos da sentença e a qualidade de imutabilidade que a sentença, como ato estatal, pode, em alguns casos, assumir —, é que tenho oportunidade de afastar uma injusta crítica que foi dirigida a conclusões a que cheguei, sobre esta mesma temática, no meu *Execução provisória e antecipação da tutela*, p. 161, por Araken de Assis (“Execução da tutela antecipada”, p. 52). Segundo o autor, eu teria, naquele trabalho, confundido aqueles dois planos, atrelando o fenômeno “execução” (mais amplamente: efeitos da sentença) à coisa julgada. Com o devido respeito, não foi o que eu escrevi; muito pelo contrário. Não é, de resto, o que penso sobre o assunto como o texto terá, uma vez mais, deixado transparecer, sem prejuízo do que, sobre isto, escrevi no meu *Tutela antecipada*, pp. 27/30. E, mais do que isto, não é o que se pode extrair das opções políticas feitas pelo direito processual civil brasileiro, ao menos como regra. Aqui, talvez resida o grande problema e a grande dificuldade sobre alguns temas. Aqui e acolá, poderíamos nos deixar levar pela imutabilidade do próprio fenômeno jurídico, esquecendo-nos que ele é uma criação do homem, que ele representa, necessariamente, um conjunto de opções políticas vigentes em determinado contexto político, social e econômico e que, por isto mesmo, podem mudar (e mudam) de tempos em tempos. Basta, para confirmar o acerto desta minha afirmação, analisar como o tema da execução provisória evoluiu (ou, como acho melhor, *involveu*) no que diz respeito à fazenda pública. Para estes casos, os *efeitos* da decisão dependem da coisa julgada, o que não quer dizer que estes mesmos efeitos sejam a coisa julgada ou vice-versa. Para este assunto, v. o item 4, *infra*.

serão propriamente *provisórios*. Eles são da mesma “qualidade” que os efeitos de uma execução que não fosse provisória. Assim, penso que uma melhor forma de compreender o instituto seria entendê-lo como execução *imediata* ou execução *antecipada*. Mas não provisória.

Certo que a “execução provisória” carece de uma confirmação ulterior — ela se processa sob condição resolutiva —, mas isto, pelas razões que acabei de expor, não a torna provisória. Nenhum ato jurisdicional posterior (o provimento ou o desprovimento do recurso) modificará, substancialmente, os atos praticados sob as vestes de uma execução provisória. Tais atos prosseguirão até seus ulteriores termos, no caso de confirmação do título executivo que enseja a execução ou, inversamente, à parte que os sofreu será reconhecido um outro título executivo para perseguir perdas e danos. Nisto, penso, não há nenhuma “provisoriedade” nos atos executivos mas, sim, bem diferentemente, uma *immediatez* ou *antecipação* dos efeitos executivos da decisão jurisdicional. Se há algo de *provisório* em uma tal execução, uma tal característica só pode ser do *título* que a fundamenta. Este sim, rigorosamente, é que depende de uma ulterior “confirmação” mercê do sistema recursal.⁹

Assim, por força destas considerações, a chamada “execução provisória” não é, propriamente, nem “execução” e nem “provisória”. Ela é — dentre tantas outras — técnica de *efetivação imediata* ou *antecipada* de decisões jurisdicionais ainda pendentes de uma ulterior confirmação mercê do sistema recursal do Código de Processo Civil.

De qualquer sorte, dado o caráter didático deste trabalho e a força da tradição sobre o instituto, não me proponho, nesta sede, propor uma radical alteração de nomenclatura. O que me interessa mais é a identificação de sua substância, de seu real “ser”. O mais são *nomes*.

2) A execução provisória e o sistema recursal

Mesmo do ponto de vista “tradicional”, isto é, a partir das reflexões que a doutrina e a jurisprudência fazem acerca da execução provisória, são diversos os rendimentos possíveis para o instituto. O primeiro deles que, nem sempre, parece-me suficiente destacado e analisado, é aquele que vê, na execução provisória, a contra-face do sistema recursal. Mais precisamente, como a consequência do recebimento de um recurso dirigido a uma dada decisão jurisdicional sem efeito suspensivo. É a diretriz que o próprio Código de Processo Civil reconhece expressamente em seu art. 521.

Por força da tradição atrelada ao instituto da execução provisória, contudo, ocupemo-nos, apenas, do sistema recursal relativo às sentenças e aos acórdãos que as confirmem. É que a efetivação de uma decisão interlocutória (e seu respectivo segmento recursal, o do agravo) não são tratados como casos de execução provisória (v. *supra*). É àquele primeiro fenômeno — e não ao segundo — que a temática da “execução provisória” tradicionalmente se refere. E é dele, por isto mesmo, de que me ocupo aqui.

⁹. A respeito, v. o meu *Execução provisória e antecipação da tutela*, pp. 160/163.

Este chamado “efeito suspensivo” pode ser entendido como a *suspensão* propriamente dita dos efeitos de uma dada decisão jurisdicional o que pressupõe, como a formulação já terá dado ensejo de perceber, que a própria decisão jurisdicional já tenha efeitos próprios e aptos para realização concreta. Poderá, contudo, ser entendido de forma diversa. Efeito suspensivo *também* é a impossibilidade de uma decisão jurisdicional surtir seus efeitos *antes* de interposto o recurso contra ela, antes de um tal recurso ser definitivamente julgado ou, quando menos, a inviabilidade de a decisão surtir quaisquer efeitos *antes* do transcurso *in albis* do prazo para interposição do tal recurso.¹⁰

A previsão de efeito suspensivo para um recurso pela lei tem o condão de afastar, por si só, a possibilidade de que, durante o prazo para interposição do recurso, e, se interposto, durante todo o tempo necessário para sua apreciação e julgamento, que aquela decisão surta quaisquer efeitos. É esta a regra que vige, entre nós, para o recurso de apelação (CPC, art. 520, *caput*).

Uma sentença que julga procedente a ação de cobrança de um mútuo não pago proposta por JBL em face de LJCC, por exemplo, não tem efeitos senão depois de escoado o prazo recursal sem a interposição da apelação ou, desde que interposta, senão depois de seu julgamento. Somente se poderia reconhecer que aquela sentença pudesse, desde logo, produzir efeitos concretos (isto é: ensejar *execução provisória*) se o recurso a ela dirigida não tivesse efeito suspensivo. Assim, apenas para ilustrar a afirmação, caso a ação fosse de alimentos (CPC, art. 520, II).

Daí que é fundamental, para se estudar a execução provisória verificar em que medida as decisões jurisdicionais em geral são impugnadas por recursos que tenham, ou não, efeito suspensivo.

A regra do sistema processual civil é que o recurso dirigido às sentenças (e este recurso, por força do que dispõe o art. 513 do CPC, só pode ser o de apelação) tem efeito suspensivo. É o que decorre do *caput* do art. 520. As exceções, isto é, aqueles casos em que o *mesmo* recurso *não tem* efeito suspensivo são aqueles previstos — de forma “taxativa”, costuma-se dizer tradicionalmente — nos hoje sete incisos daquele dispositivo legal.

Assim, não tem efeito suspensivo a apelação interposta da sentença que: “homologar a divisão ou demarcação; condenar à prestação de alimentos; julgar a liquidação de sentença; decidir o processo cautelar; rejeitar liminarmente embargos à execução; julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem e confirmar a antecipação dos efeitos da tutela”.¹¹

¹⁰. V. meu *Execução provisória e antecipação da tutela*, pp. 28/48.

¹¹. Para uma ampla discussão das hipóteses descritas nos incisos I a VI, v. o meu *Execução provisória e antecipação da tutela*, pp. 97/145. Para a hipótese hoje regulada pelo inciso VII do art. 520 (novidade trazida pela Lei n. 10.352/2001), v. o que escrevi no mesmo trabalho, às pp. 299/335 e, mais recentemente, com a atenção voltada especificamente para aquele dispositivo legal, o meu *Tutela antecipada*, pp. 72/92. Para os demais casos em que o próprio Código de Processo Civil aceita a “execução provisória” fora das hipóteses do art. 520, v. meu *Execução provisória e antecipação da tutela*, pp. 145/157.

O que significa dizer, à luz de tudo o quanto já escrevi, que o recurso de apelação, naqueles casos, não tem efeito suspensivo? Que a *execução provisória* é, naquelas mesmas situações, admitida pela própria lei. Ela, a execução provisória, decorre da lei e, na medida em que o interessado queira instrumentá-la, é só requerê-la ao juízo prolator da decisão para que os trâmites legais (arts. 589 e 590 do CPC) sejam observados.¹² E mais: um tal pedido pode ser dirigido ao juízo independentemente do prazo para interposição da apelação porque, como disse, a decisão impugnada por recurso despido de efeito suspensivo já tem, desde o seu proferimento, condições concretas de modificar a realidade. Ela já tem *efeitos* e, mais do que isto, autorização legal para que estes efeitos sejam sentidos concretamente no plano material (extraprocessual, portanto), sejam eles declaratórios, constitutivos, condenatórios, mandamentais ou executivos. O que será diferente com relação a estes efeitos é o *modo* como eles se produzirão não, contudo, a possibilidade de eles serem experimentados. É disto — desta autorização — que se ocupa o presente trabalho.

Mas não só as hipóteses dos incisos do art. 520 do CPC admitem a execução provisória. Na legislação processual civil extravagante há vários casos em que o legislador preferiu retirar, expressamente, o efeito suspensivo das apelações dirigidas a diversas sentenças proferidas em “procedimentos especiais”. E quando o fez, admitiu, conseqüentemente, a execução provisória destas sentenças. Ausência de efeito suspensivo da apelação e execução provisória: face e contra-face de uma mesma moeda.

Apenas para ilustrar a afirmação do parágrafo anterior, é o que se dá com relação aos seguintes casos: mandado de segurança, *habeas data*, ação civil pública, ações reguladas pelo Código do Consumidor, ações de locação de imóveis urbanos juizados especiais cíveis; ações do estatuto da criança e do adolescente; alimentos e tantos outros.¹³

O que permite o estudo comum de todas as situações a que acabei de me referir é a circunstância de todas elas decorrerem *imediatamente* da lei, isto é, são casos em que a *execução provisória* é admitida porque a lei não previu efeito suspensivo aos recursos de apelação interponíveis da sentença em determinados casos. E o fez, certamente, por questões de ordem política cuja pesquisa iriam muito além dos limites de um trabalho jurídico. Pelo menos, deste trabalho. São, por assim dizer, execuções provisórias *ex lege*, porque expressamente admitidas pela lei. Ao interessado, nestes casos, basta verificar se a sua “sentença” encarta-se em um dos casos que o Código de Processo Civil ou a legislação processual civil extravagante autoriza a execução provisória e requerer seu início. O referencial é o mesmo, os artigos 589 e 590 do Código de Processo Civil.

¹². É a seguinte a redação daqueles dois dispositivos: “Art. 589. A execução definitiva far-se-á nos autos principais; a execução provisória, nos autos suplementares, onde os houver, ou por carta de sentença, extraída do processo pelo escrivão e assinada pelo juiz. Art. 590. São requisitos da carta de sentença: I - autuação; II - petição inicial e procuração das partes; III - contestação; IV - sentença exequenda; V - despacho do recebimento do recurso. Parágrafo único. Se houve habilitação, a carta conterà a sentença que a julgou.” Sobre o tema, com mais espaço, v. o meu *Execução provisória e antecipação da tutela*, pp. 291/297.

¹³. Para uma ampla discussão destes casos e de outros, v. meu *Execução provisória e antecipação da tutela*, pp. 231/291.

Mesmo que corretas todas as informações dos parágrafos anteriores, elas são insuficientes. Não só “sentenças” são executadas provisoriamente. Também acórdãos, assim entendidas as decisões colegiadas proferidas no âmbito dos Tribunais (CPC, art. 163), são “executados provisoriamente” na mesma medida em que sejam impugnados por recursos despídos de efeitos suspensivos.

Para o sistema processual civil brasileiro, não têm efeito suspensivo os recursos extraordinário e especial (CPC, arts. 497 e 542, § 2º). Assim, todo o acórdão, não obstante questionado por um recurso extraordinário e especial tem aptidão de produzir, desde logo, seus regulares efeitos e a *forma* pela qual estes efeitos poderão ser sentidos, concretizados, é a execução provisória.¹⁴

Assim, a interposição dos recursos extraordinário e especial, por não terem efeito suspensivo, não inviabiliza a promoção da execução provisória. Também aqui, não há necessidade de se aguardar, sequer a interposição do recurso ou o transcurso do prazo para sua interposição.¹⁵ Em tempos em que a interposição, a resposta e a admissibilidade de um recurso extraordinário ou especial pode levar alguns meses, a execução provisória do acórdão desde sua regular intimação parece ser um bom mecanismo para a tão desejada “aceleração” da prestação jurisdicional, hoje estampada com todas as letras no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal. E sem necessidade de alteração de nenhum texto de direito positivo!

Ainda há um terceiro grupo de considerações dignas de destaque.

Não só nos casos em que a lei expressamente retirar o efeito suspensivo é correto admitir-se a execução provisória. Penso que, desde as profundas alterações que a Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994, trouxe para o Código de Processo Civil, é lícito falarmos, todos, em uma execução provisória que não depende de uma expressa autorização da lei (execução provisória *ex lege*). Sustentei anteriormente e continuo absolutamente convencido do acerto daquele entendimento que o sistema processual civil brasileiro admite — e isto, pelo menos há dez anos — a execução provisória *ope judicis*, isto é, aquela que é aceita, presentes determinados pressupostos, em cada caso concreto, pelo próprio juiz sentenciador. É ele juiz — e não a lei — quem retira o *efeito suspensivo* da apelação abstratamente previsto pela lei e, com isto, admite a execução provisória do julgado.¹⁶

Sobre uma tal *forma* de se obter a execução provisória, manifestei-me anteriormente nos seguintes termos:

¹⁴. Admitir-se a execução provisória durante o processamento de embargos infringentes (CPC, art. 530) depende, única e exclusivamente, de se saber se aquele recurso tem, ou não, efeito suspensivo e em que casos. Para uma discussão do cabimento da execução provisória para a parte *unânime* do acórdão à luz da nova regra do art. 498 do CPC, v. Sérgio Shimura, *Título executivo*, pp. 174/175.

¹⁵. Para esta discussão, v. o meu *Execução provisória e antecipação da tutela*, pp. 149/154.

¹⁶. Parece ser contrário a este entendimento Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, IV, pp. 764/765.

“Questão que (...) também não foi resolvida pelo advento do inciso VII do art. 520, com a Lei 10.352/01, foi a relativa a servir a tutela antecipada como mecanismo para se *retirar* o efeito suspensivo de uma apelação já recebida pelo magistrado com esta nota e, pois, obstativa (ou impeditiva) da execução a ser promovida pelo vencedor da demanda.

Note-se que, uma coisa é o juiz, “na sentença” (ou por ocasião dela) reconhecer eficácia ao quanto ele decidiu. Outra, um pouquinho diferente, é calar-se o magistrado, ao proferir a sentença, sobre a antecipação de tutela — quiçá porque não havia pedido neste sentido (item 6) —, receber o recurso de apelação dela interposto observando a regra geral do art. 520, *caput*, e, depois, ser provocado pelo apelado (o autor, que ganhou a ação) para que ele, magistrado, “antecipe a tutela”, isto é, reconheça eficácia à sua sentença que, de outro modo, continuará a ser ineficaz.

Não há como não reconhecer ser isto possível e, mais do que isto, ser o magistrado prolator da sentença competente para apreciar o pedido. A circunstância de o Tribunal ter competência para apreciar cautelares depois da interposição do recurso (art. 800, parágrafo único) não afasta esta conclusão (v. item 11).

É o art. 518, parágrafo único, quem prevê que, apresentadas as contra-razões, pode o magistrado reapreciar o juízo de admissibilidade da apelação. A melhor doutrina não deixa de reconhecer que faz parte do “juízo de admissibilidade da apelação” os efeitos com que ela foi recebida. E mais: efeito suspensivo é sinônimo de ineficácia de qualquer decisão jurisdicional; no caso da sentença, isto já destaquei, é fator impeditivo de que seus efeitos regulares sejam sentidos. É um problema de ineficácia inerente ao nascimento do próprio ato jurisdicional. Assim, está, no prazo das contra-razões, uma excelente oportunidade para que o juízo prolator da sentença, reexaminando o juízo de admissibilidade da apelação, “retire” o efeito suspensivo.

‘Isto é violar o art. 520 e a regra do ‘duplo efeito’’, dirá alguém. Não, repondo. Isto é tutela antecipada. O art. 520 deve saber conviver com os demais dispositivos do CPC e, diz o art. 273, que, presentes uns dados pressupostos, o ato jurisdicional deve ser eficaz, deve fazer surtir seus efeitos típicos de imediato. Se o que impede a produção dos efeitos de uma sentença é o efeito suspensivo, ele deve ser retirado ou imunizado ou posto de lado.

‘Mas’, dirá o outro, ‘o art. 520 é taxativo, só nos casos que ele autoriza é que a apelação deve ser recebida ‘só’ no efeito devolutivo e sua solução burlaria a taxatividade legal’. Não, este argumento não impressiona. É formalista e isolacionista demais. Aqui também é o sistema que oferece a solução diversa. A tutela antecipada é, decididamente, mecanismo para se retirar o efeito suspensivo da apelação *fora daqueles casos* que o próprio legislador, genérica e abstratamente, já assumiu, expressamente, o risco processual desta iniciativa. No caso do art. 273, esta é a única diferença, o legislador quis compartilhar este risco com o juiz que deverá, *caso a caso*, verificar

quando o autor, que tem seu direito devidamente reconhecido na sentença, possa levá-lo para casa e ser feliz desde logo.

Daí, tomando de empréstimo do que é comum ler-se na doutrina italiana, ser um bom nome para dar a esta situação a retirada *ope iudicis* do efeito suspensivo. É o juiz quem, em última análise, decide quais casos reclamam uma execução (ou efetivação) provisória (imediata) da sentença e quais casos em que isto não é possível ou, quando menos, não é desejável. A regra que decorre do art. 520, *caput*, com sua literalidade e rigidez, e a vedação de sua interpretação extensiva que, majoritariamente, são defendidas pela doutrina e jurisprudência devem ceder espaço ao sistema modificado do CPC e aos valores que, desde a Constituição Federal, devem ser protegidos e efetivados caso a caso. O efeito suspensivo *ope legis*, que decorre exclusivamente da “vontade da lei” cede espaço, hoje, ao efeito suspensivo *ope iudicis*, a ser retirado ou atribuído (caso do parágrafo único do art. 558, — v. itens 4.6 e 10.2.5) pelo juiz, consoante as *necessidades* do caso concreto.

Em função do que acabei de escrever é que sempre reputei e continuo reputando, rogando as vênias de estilo, insuficiente a “grande inovação” que comumente é atribuída ao inciso VII do art. 520. Lá não há nada de novo. É, apenas, uma constatação do que o sistema, desde 1994, com a introdução da tutela antecipada pela Lei 8.952 — e, para muitos, desde a Constituição de 1988, forte na palavrinha “ameaça” de seu art. 5º, XXXV —, já admitia. O mérito desta inovação legislativa mais recente — não deixo de reconhecê-lo — é deixar bem claro que já era assim. Para quem precisa ler, com todas as letras, está aí o inciso VII para ser lido, pelo menos para curar a específica situação fática nele retratada. Mas, justamente porque o inciso VII tratou de, apenas, *parte* do problema, é que esta retirada *ope iudicis* do efeito suspensivo merece maior reflexão da doutrina e da jurisprudência. Ela é imposição do sistema e se a tutela antecipada hoje é um *fato* comum no foro nada há de errado, muito pelo contrário, em, cada vez mais, admitir-se, caso a caso, que as sentenças, até porque fundadas em cognição jurisdicional mais intensa do que decisões antecipatórias da tutela, possam, desde logo, surtir seus regulares e desejáveis efeitos.”¹⁷

Por força destas considerações, quer me parecer que a nítida *insuficiência* da *letra* do art. 520, VII, do CPC, aí introduzido pela Lei n. 10.352/2001) deve ceder espaço para o *sistema processual civil* e, nestas condições, viabilizar que o instituto da tutela antecipada seja uma forma de *retirar* o efeito suspensivo da apelação naqueles casos em que a lei ainda o prevê — e esta é, ainda, a regra do sistema, vale frisar —, forte no entendimento de que circunstâncias específicas do caso concreto legitimam um tal proceder e, conseqüentemente, criar condições concretas de emprestar, àquele específico julgado, força executiva *imediata*. É neste contexto que sempre me pareceu possível relacionar os institutos da tutela antecipada e da execução provisória: a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional como uma das formas de conduzir, o

¹⁷. Extraído do meu *Tutela antecipada*, pp. 90/92.

interessado, à execução provisória da decisão que lhe favorecesse. Até porque, a se rejeitar esta solução *sistemática*, a força das decisões interlocutórias concedentes de antecipação de tutela será maior do que a das sentenças o que é inadmissível pelo grau de cognição nelas desenvolvida e pela ausência, em boa parte delas, da realização do contraditório.

3) O regime jurídico da execução provisória

A execução provisória, a exemplo de diversos outros institutos do Código de Processo Civil passou também por uma severa e radical alteração, mercê das diversas reformas que, desde o início da década de 1990, têm sido levadas a cabo.

A Lei n. 10.444, de 7 de maio de 2002, dentre outras questões, transformou por completo o fenômeno da execução provisória, tal qual o direito brasileiro o conhecia tradicionalmente quando, ao dar nova redação ao inciso II do art. 588 do CPC, passou a admitir uma “execução provisória-completa” embora, *como regra*, dependente de caução. Note-se que o *título* continua sendo *provisório* mas sua concretização já não é mais incompleta como, até então, era da tradição do nosso direito.¹⁸

Com efeito, na sua redação original, o art. 588 do Código de Processo Civil admitia, tão somente, uma verdadeira instrumentação da execução, isto é, dos atos executivos, mas não tolerava, como regra, nenhum ato de levantamento de dinheiro, de alienação de domínio ou, mais amplamente, de *satisfação* do exequente.

Para usar a nomenclatura usualmente empregada pela doutrina, a execução provisória ficava restrita às fases postulatória (petição inicial e formação da relação processual) e ao início da fase instrutória (penhora, avaliação do bem e preparativos para a hasta pública).¹⁹ Ela não alcançava a finalização da fase instrutória (hasteamento do bem) e a fase de “pagamento ao credor” ou “entregado do produto”), a mais importante, que é a de concreta satisfação do exequente, que se verifica com o levantamento do dinheiro, ou com a alienação do bem penhorado e a entrega do seu valor respectivo ao exequente ou, quando menos, com a sua *adjucação*.²⁰ Daí ser correto referir-me ao que acontecia *antes* da Lei n. 10.444/2002 como uma execução-provisória-*incompleta*. Na possibilidade de o exequente satisfazer-se mesmo antes de concluído e encerrado o segmento recursal, é que reside a principal modificação do regime da execução provisória no Código atual, mercê das inovações trazidas pelo referido diploma legal. É o que está estampado, com todas as letras, no inciso II do art. 588: “o levantamento de depósito em dinheiro, e a prática de atos que importem alienação de domínio

¹⁸. Para este ponto, v. o meu *Execução provisória e antecipação da tutela*, pp. 87/941.

¹⁹. No que diz respeito à fase “postulatória” da execução provisória, vale destacar que o executado tem a possibilidade de, atendidos os pressupostos legais, embargar a execução. O que me parece correto, contudo, é que uma eventual rejeição dos embargos à execução seguida da interposição do recurso de apelação não transforma uma execução que, até então, era definitiva em provisória. Sobre estes temas, v. o meu *Execução provisória e antecipação da tutela*, pp. 120/134.

²⁰. Sobre as “fases” lógicas do processo de execução, v. meus comentários ao art. 708 do CPC, em *Código de Processo Civil Interpretado*, pp. 2.060/2.061.

ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução idônea, requerida e prestada nos próprios autos da execução”.

Anteriormente, no meu *Execução provisória e antecipação da tutela*, já havia tido a oportunidade de sustentar uma tal possibilidade — de execução provisória *completa* —, forte na necessária interpretação constitucional do processo como um todo, inclusive o chamado “processo de execução”.²¹ Esta mesma diretriz, ao meu ver, autoriza, mesmo sob a égide da Lei n. 10.444/2002, interpretação mais ampla do que sugere a *letra* do § 2º do art. 588 no que diz respeito à necessidade de prestação de caução, assunto ao qual voltarei mais abaixo, no item 3.4.

3.1) As novidades trazidas pela Lei n. 10.444/2002 para a execução provisória

Alguns dos pontos modificados pela Lei n. 10.444/2002 no que diz respeito ao regime da execução provisória parecem ser, apenas e tão somente, de cunho terminológico.

Assim, por exemplo, no *caput* do dispositivo, substitui-se a palavra “princípios” por “normas” o que, rigorosamente, não faz qualquer diferença. Até porque, se formos rigorosos com a linguagem, o que está disciplinado no art. 588 do CPC são as *regras* relativas à execução provisória. Os princípios relativos ao instituto não estão *escritos* naquele dispositivo de lei e nem, tampouco, em qualquer outro lugar do Código de Processo Civil. Assim se dá, apenas para ilustrar a afirmação, com o “princípio do risco processual” para a exigibilidade da caução a que se refere o § 2º do art. 588. Tivesse nosso legislador observado os *princípios* regentes do instituto e, certamente, não o teria restringido de forma tão intensa como o fez com a *letra* do referido dispositivo.

No inciso I do art. 588, substitui-se a palavra “credor” por “exequente” e “devedor” por “executado”. A modificação, certamente, levou em conta crítica de abalizada doutrina que reclamava de um certo sincretismo no emprego indistinto muitas vezes das palavras “credor” e “devedor” no plano do processo porque, em verdade, nem sempre aquele que se *afirma* credor é mesmo o credor.²² Basta, para confirmar o acerto desta afirmação, imaginar que embargos à execução ou alguma “exceção de pré-executividade” seja acolhida. O que alguém que se *afirma* credor é, no plano do processo, é *exequente*. Aquele que se afirma ser o devedor, de seu turno, é *executado*. Daí a modificação da lei.

No inciso I do art. 588, outrossim, acrescentou-se a expressão “se a sentença for reformada” que, de qualquer sorte, estava subentendida no inciso III e no § 1º do mesmo dispositivo na sua redação original. Nada se fala, expressamente, quanto à hipótese de a

²¹. *Execução provisória e antecipação da tutela*, pp. 9/17.

²². É a lição de Cândido Rangel Dinamarco, *Execução civil*, p. 360. Referindo-se, especificamente neste sentido à luz da Lei n. 10.444/2002, v. Marcelo Abelha Rodrigues, *A nova reforma processual*, p. 242; William Santos Ferreira, *Aspectos polêmicos e práticos da nova reforma processual civil*, p. 258, e Cleanto Guimarães Siqueira, *As novíssimas alterações no Código de Processo Civil*, pp. 268/269.

sentença ser *anulada* mas, com certeza, coisa diferente não pode ser na medida em que esta anulação destrua o título executivo que embasava a execução provisória.²³

No inciso III do art. 588 substitui-se “sentença” por “acórdão”. Também aqui a Lei n. 10.444/2002 deixou de aventar outras possibilidades cada vez mais presentes no cotidiano forense, qual seja, a de que se dê provimento a uma apelação por ato monocrático do relator (CPC, art. 557) ou que um acórdão modifique uma interlocutória com caráter executivo (uma decisão que antecipara os efeitos da tutela jurisdicional, por exemplo) ou, ainda, um acórdão que modifica outro acórdão, assim na hipótese de se dar provimento a um recurso extraordinário ou especial. Não há, contudo, como deixar de reservar a todas estas hipóteses — e a tantas outras que se possa conceber —, o *mesmo* regime previsto expressamente pela lei.

No inciso III do art. 588 há uma modificação que, embora possa parecer meramente literal, parece ser de *substância*. De real substância aliás, a mais importante das novidades e inovações trazidas, para a execução provisória, pela Lei n. 10.444/2002.

Lá se alterou a palavra “coisas” pela palavra “partes”. Aqui, diferentemente das demais alterações que indiquei nos parágrafos anteriores, parece que a melhor interpretação para esta modificação é a de que o legislador quis regram *diferentemente* o que ocorre na hipótese de se dar provimento ao recurso interposto pelo executado e, mercê da admissibilidade da “execução provisória-completa”, constatar-se que o bem penhorado está em mãos de um terceiro.

Como são as *partes* que devem retornar ao *status quo ante* e não as *coisas*, uma interpretação que parece correta e que, particularmente, parece-me a mais acertada é a de que o dispositivo quer, coerentemente com a admissão da “execução provisória-completa”, *preservar* a alienação de bem já realizada. Porque as “coisas” não voltam mais a seu estado anterior mas apenas as “partes”, é dizer “exeqüente” e “executado”, para empregar a “nova” nomenclatura do inciso I do dispositivo. Ao assunto voltarei, com maior profundidade no item 3.4, *infra*.

A última alteração “redacional” trazida pela Lei n. 10.444/2002 atingiu o § 1º do art. 588, antigamente parágrafo único. O “n.” então redigido foi alterado por “inciso”. Dispensamo-nos de quaisquer comentários.

3.2) A responsabilidade do exeqüente provisório

A execução provisória corre por conta do exeqüente que responderá por perdas e danos (inciso I do art. 588), na medida em que o título executivo seja modificado ou anulado (inciso III do art. 588) e na medida em que o for (§ 1º do art. 588). Estas perdas e danos serão liquidados “no mesmo processo” (inciso IV do art. 588) e, consoante o caso, renderão ensejo à

²³. William Santos Ferreira, *Aspectos polêmicos e práticos da nova reforma processual civil*, pp. 259/261, voltou-se, especificamente, a esta pesquisa, defendendo que a utilização de *reforma* é proposital na medida em que a *anulação* da sentença não significará, necessariamente, a fixação do dever de indenizar do exeqüente. Mesmo que anulado o título que fundamenta a execução provisória, outro poderá ser proferido no *mesmo* sentido, pelo que uma eventual responsabilização não se justificaria, por este fundamento.

formação de incidentes processuais. Assim, por exemplo, se houver necessidade de o executado arbitrar o valor de sua indenização ou o que parece mais provável, provar fato *novo*. Deverão ser observados, nestes casos, o que o Código de Processo Civil reserva para os “processos de liquidação” por arbitramento e por artigos.²⁴

Não há espaço para duvidar de que uma tal responsabilidade afeta não só os casos de *reforma* da sentença (como textualmente refere-se o inciso I do art. 588 do CPC) mas também os casos de *anulação* da sentença.

A doutrina e a jurisprudência são absolutamente pacíficas quanto à circunstância de a responsabilidade do exequente ser *objetiva*, isto é, independe de sua culpa ou dolo para se concretizar.²⁵ Bastante a prova do fato objetivo da insubsistência total ou parcial do título executivo, que fundamenta a execução provisória, os danos e o nexo causal entre eles e a execução provisória. Não vejo como afastar destes danos a indenização, a cargo do exequente, de eventuais danos *morais* que consiga o executado demonstrar que tenha sofrido.²⁶

A Lei n. 10.444/2002, modificando o sistema anterior passou a admitir expressamente que tais danos sejam liquidados “no mesmo processo” — isto é: nos mesmos autos em que se deu a execução provisória ou, ainda, nos mesmos autos do processo “principal”, já que a execução provisória tende a ser documentada à parte (carta de sentença) —, colocando por terra, com isto, ampla discussão existente na doutrina e na jurisprudência.²⁷

3.3) As conseqüências do provimento do recurso

Se execução provisória é aquela que é admitida enquanto há recurso pendente de apreciação — tanto que é absolutamente correto falar-se em que o que é *provisório* é o título que fundamenta a execução e não, propriamente, a execução (v. item 1, *supra*) —, nada mais pertinente do que se perguntar o que ocorre quando se dá provimento ao recurso interposto pelo exequente da decisão exequenda. Assim, pertinentemente, pergunto: e o que ocorre com a execução provisória quando se dá provimento ao recurso interposto pelo executado?

Enquanto não houver nenhuma transformação no mundo exterior, isto é, enquanto a execução provisória significar, apenas e tão somente, adiantamento de atos executivos, a questão é facilmente respondida. Tudo volta, com naturalidade, ao *status quo ante*, desconsiderando-se os atos jurisdicionais até então praticados. Como não há, nesta hipótese, nenhuma transformação exterior, por obra do processo, nenhuma dificuldade advirá nesta

²⁴. Neste sentido: Cândido Rangel Dinamarco, *A reforma da reforma*, p. 259 e Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, *Breves comentários à nova sistemática processual civil*, pp. 361/362.

²⁵. Esta é a diretriz segura da doutrina como busquei demonstrar no meu *Execução provisória e antecipação da tutela*, pp. 191/196. Para uma reflexão sobre o tema depois da Lei n. 10.444/2002, v. José Rogério Cruz e Tucci, *Lineamentos da nova reforma do CPC*, pp. 146/147.

²⁶. Neste sentido, expresso, é o entendimento de Teori Albino Zavascki, *Processo de execução*, p. 442.

²⁷. A respeito, v. o meu *Execução provisória e antecipação da tutela*, pp. 193/196.

desconsideração. Se, de qualquer sorte, destes meros atos procedimentais advier algum prejuízo para o executado, o caminho da responsabilização do exequente estará, inquestionavelmente aberto. Basta, para ilustrar a hipótese, pensar que o bem penhorado pelo exequente fique depositado nas suas mãos e não nas do executado.

A questão ganha maior relevância, contudo, naqueles casos em que a execução provisória já ocasionou transformações extrínsecas ao processo o que, de resto, é, desde a Lei n. 10.444/2002, autorizado pelo que chamei, no item 3, *supra*, de execução provisória-completa.

Imagine-se a seguinte situação. Fulano executa provisoriamente Ciclano e, por isto mesmo, penhora bens de sua propriedade, avalia-os, leva-os a praça pública, ocasião em que Beltrano os adquire legitimamente, arrematando-os. Pago o valor da arrematação, levantado o dinheiro por Fulano — e, para não polemizar com outro assunto neste momento, Fulano prestou a caução a que se refere o inciso II do art. 588 do CPC —, advém acórdão do Tribunal competente dando provimento à apelação que Ciclano havia interposto da sentença que julgara a ação procedente. *Quid iuris?*

O art. 588, III, na redação que lhe deu a Lei n. 10.444/2002, dispõe que as “*partes*” devem ser restituídas ao estado anterior e não mais as “*coisas*”, como se dava até então. Nestas condições, será que eventual alienação de domínio a terceiro (hoje permitida) pode vir a ser desfeita ou o executado só terá ação de perdas e danos contra o exequente? No exemplo: Beltrano deverá “devolver” o bem para Ciclano?

Penso que o sistema atual *não* permite que uma alienação realizada em sede de execução provisória — desde que legitimamente realizada, evidentemente —, possa ser desfeita pelo simples fato de o título em que a execução se fundamentava ter sido alterado, total ou parcialmente. Até como forma de garantir uma maior eficácia no sucesso dos leilões ou praças públicas é que deve o terceiro, adquirente do bem, estar *immune* ao que vier a ocorrer no plano do processo. Por isto, acredito, deve prevalecer a interpretação presa à *letra da lei* — aqui é um dos poucos casos em que uma mudança *literal* tem um significado bastante profundo e correto — e não qualquer outra. No exemplo que imaginei, Beltrano é e continuará sendo o legítimo proprietário do bem que arrematou em praça pública.²⁸ A insubsistência do título que fundamentou a execução provisória não é causa para nulidade ou anulação da arrematação por ele efetivada.

Certo que o art. 686, V, do CPC, continua a exigir que conste do edital de hasta pública, como elemento indispensável de sua validade, a existência de recursos pendentes sobre o bem hasteado o que poderá levar alguém a imaginar que para que um tal aviso tenha alguma

²⁸. O art. 447 do Código Civil de 2002 refere-se, expressamente — inovando com relação ao anterior — à possibilidade de ocorrência de evicção em casos de hasta pública. Não me parece, contudo, que a hipótese analisada no texto possa ser subsumida ao conceito de evicção na exata medida em que sustento que a arrematação não deve ser desfeita com o provimento do recurso interposto pelo executado. Para uma discussão quanto à interpretação daquele dispositivo de lei (sem levar em conta o art. 588, II, do CPC), v., com proveito, os seguintes trabalhos: Alexandre Freitas Câmara, “Evicção do bem arrematado em hasta pública”, esp. pp. 32/35, e Fredie Didier Jr., “O Código Civil de 2002 e as novas regras para a arrematação”, esp. pp. 99/101.

utilidade é porque se for dado provimento ao recurso, o terceiro adquirente precisará “devolver” o bem ao executado. Não me parece que assim seja, contudo. Não nego que o art. 686, V, do CPC, faça a exigência que ele faz — basta ler o dispositivo. Não sou comodista ao ponto de dizer que o legislador de 2002 “esqueceu-se” de modificá-lo para afiná-lo à admissão da execução provisória- completa o que, pela sua própria lógica, torna aquele dispositivo menos útil (para evitar o emprego da palavra supérfluo).

O que me parece ocorrer, entretanto, é que o dispositivo está a exigir que se advirta todos e quaisquer interessados que se trata de uma execução provisória e que, por isto mesmo, podem haver questionamentos típicos de uma execução provisória, mesmo que ela, hoje, possa ser completa, isto é, possa satisfazer o exequente. Assim, por exemplo, a necessidade de caucionamento para levantamento do dinheiro a cargo do exequente — que não se confunde com o dever de o arrematante oferecer caução com relação ao ato de arrematar (CPC, art. 690, § 2º),²⁹ a possibilidade de uma impugnação da arrematação por parte do executado provisório e assim por diante.

A exigência do art. 686, V, do CPC, contudo, não parece ser óbice ao que é novo na lei, que a execução provisória é *completa* e, no caso de haver *arrematação do bem a terceiro*, uma tal situação dever ser preservada.³⁰ Ao devedor, neste caso, restará a possibilidade de perseguir o *valor* do bem em face do ex-exequente — e todas as perdas e danos que se entender credor —, o que poderá fazer “no mesmo processo” (CPC, art. 588, IV). Mas não poderá reaver o bem penhorado. A alienação judicial, repito, não sofre qualquer mácula no seu plano de validade ou de eficácia pelo desfazimento do título que fundamentava a execução provisória.³¹ Se, por outro motivo, houver razão para o executado questionar a alienação — algum defeito durante o procedimento de pracemento ou lance por preço vil, por exemplo —, a questão é diversa. Não se tratará, contudo, de qualquer questão relativa ao regime jurídico da execução provisória.

As conclusões a que cheguei não se aplicam, contudo, na hipótese de ser o próprio exequente o arrematante ou aquele que adjudica o bem ou os bens penhorados.³² Nestes casos,

²⁹. Sobre o assunto, v. meus comentários ao dispositivo em *Código de processo civil interpretado*, pp. 2.025/2.026. n. 1. Para uma discussão da influência do Novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002) na hipótese, que, no inciso V do art. 1.489, prevê que o imóvel arrematado fica hipotecado em prol do exequente, v. Fredie Didier Jr., “O Código Civil de 2002 e as novas regras para a arrematação”, pp. 102/103.

³⁰. Para uma discussão mais ampla sobre o art. 686 do CPC, v. os meus comentários àquele dispositivo in *Código de processo civil interpretado*, pp. 2.011/2.016, esp. n. 10.

³¹. No mesmo sentido, manifestou-se preponderantemente a doutrina. Assim, v.g.: Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, *Breves comentários à nova sistemática processual civil*, pp. 352/356; Sérgio Shimura, *Título executivo*, pp. 155/156; William Santos Ferreira, *Aspectos polêmicos e práticos da nova reforma processual civil*, pp. 261/262; Teori Albino Zavascki, *Processo de execução*, pp. 442 e 446; Carlos Alberto Carmona, comentários ao art. 588 do CPC em *Código de Processo Civil interpretado*, pp. 1.804/1.805, n. 4; e Ricardo Hoffmann, *Execução provisória*, pp. 135/137. Em sentido contrário: Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, vol. IV, pp. 768/769 e Allan Helber de Oliveira, *A segunda reforma do CPC*, p. 238/240, este último sem negar possa o executado preferir perseguir não o bem que lhe foi penhorado mas o seu equivalente monetário.

³². Sobre o regime jurídico da arrematação pelo exequente e da adjudicação, v. meus comentários aos arts. 690, esp. n. 3, e 714, esp. n. 3, do Código de Processo Civil, respectivamente (*Código de processo civil interpretado*, pp. 2.007 e 2.074/2.075).

como as *partes* devem retornar ao estado anterior, a alienação judicial deve ser desfeita. Não verifico, nesta hipótese, a margem de segurança que o art. 588, III, do CPC, quis reconhecer aos terceiros em geral.

3.4) A prestação de caução

O inciso II do art. 588, preservando a diretriz que já constava do texto original do Código de Processo Civil, embora a tenha ampliado, vincula o levantamento de dinheiro, a alienação ou prática de quaisquer atos que possam causar danos ao executado à prestação de caução. O dispositivo, na atual redação, esclarece que a caução pode ser prestada nos próprios autos, eliminando, no particular, questão sobre a qual doutrina e jurisprudência divergiam.³³

Tais atos de *satisfação* do exequente, contudo, passaram a ser admitidos o que representa o grande avanço trazido ao sistema da execução provisória pela Lei n. 10.444/2002 (v. item 3, *supra*). A vinculação à prestação da caução, contudo, não foi eliminada. Correta a afirmação, diante disto, de que a execução provisória é completa na dependência da caução. Somente excepcionalmente, a caução pode ser dispensada. É o que a *letra* do § 2º do art. 588 do CPC dispõe.

A caução pela redação do texto, depende de pedido expresso do *executado* para ser prestada pelo exequente.³⁴ Ela não pode, por isto mesmo, ser exigida de ofício. Trata-se, inequivocamente, de medida de contra-cautela, que visa a assegurar o executado e que, por isto mesmo, depende de pedido expresso dele. Um tal pedido e a pesquisa relativa ao valor da caução e a sua suficiência, contudo, são objeto do próprio processo de execução (provisória), dando-se ensejo a um incidente mas não a um novo processo com uma nova ação. Qualquer decisão relativa à caução, destarte, deve ser impugnada por agravo de instrumento.³⁵

Dúvida que sempre afligiu a doutrina e a jurisprudência diz respeito ao *momento* de prestação da caução.³⁶ Parece-me (e sempre me pareceu) que a melhor interpretação é que a caução deve ser prestada consoante surja concretamente, para o executado, iminência do risco de algum dano.³⁷ Clara, neste sentido, a atual redação do inciso II do art. 588 do CPC, ao

³³. Sobre o assunto, v. o meu *Execução provisória e antecipação da tutela*, pp. 172/187.

³⁴. Expressa neste sentido é a lição de Cândido Rangel Dinamarco, *A reforma da reforma*, p. 257 e, mais recentemente, em *Instituições de direito processual civil*, vol. IV, p. 772. Ricardo Hoffmann, *Execução provisória*, p. 134, entende que ao executado cabe exigir a caução somente nos casos em que ele estiver na iminência de sofrer algum dano. Nos casos de alienação do bem penhorado ou levantamento de dinheiro, a caução deveria ser prestada pelo próprio exequente, sem necessidade de “pedido” do executado.

³⁵. Para uma discussão sobre o que pode ou o que não pode ser oferecido como caução, v. o meu *Execução provisória e antecipação da tutela*, pp. 187/191.

³⁶. Sobre o assunto, v. o meu *Execução provisória e antecipação da tutela*, pp. 172/187. É neste contexto que o Superior Tribunal de Justiça desenvolveu muito do que pode ser chamado de “risco processual”.

³⁷. No mesmo sentido: Cândido Rangel Dinamarco, *A reforma da reforma*, p. 258; Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, *Breves comentários à nova sistemática processual civil*, p. 360; Sérgio Shimura, *Título executivo*, p. 157, e Cleanto Guimarães Siqueira, *As novíssimas alterações no Código de Processo Civil*, pp. 269/271.

vincular a prestação de caução não só aos casos de levantamento de depósito em dinheiro, mas também à prática de atos que importem alienação de domínio e, mais especificamente, à prática de qualquer ato que “... possa resultar grave dano ao executado”. Esta última expressão, norma de encerramento, como se refere Cândido Rangel Dinamarco,³⁸ é que, a meu ver, viabiliza uma maior flexibilização quanto ao instante procedimental em que a caução deve ser prestada. A caução, decisivamente, vincula-se à idéia de *risco processual* e não à pura prática de um ato abstratamente considerado ao longo do procedimento.

Assim, poderá haver modificação do instante procedimental que a caução passa a ser exigível, em cada caso concreto a ser devidamente apreciada pelo magistrado oficiante.³⁹ Por isto mesmo, acredito, robustece a *necessidade* de o executado requerer que a caução seja prestada pelo exequente, demonstrando a iminência de algum prejuízo ou de algum risco que está a sofrer. A caução, contudo — e esta diretriz já era suficientemente segura antes mesmo do advento da Lei n. 10.444/2002 —, não pode ser exigida para o *início* da execução provisória porque deste fato não decorre, para o executado, qualquer prejuízo.⁴⁰

3.4.1) A dispensa da caução

O § 2º do art. 588, do CPC, novidade trazida pela Lei n. 10.444/2002, fala em “dispensa da caução” nos casos de “crédito de natureza alimentar, até o limite de 60 (sessenta) vezes o salário mínimo, quando o exequente se encontrar em estado de necessidade”.

Do dispositivo seguem algumas questões dignas de destaque.

Crédito de natureza alimentar deve ser entendido não só como aquele decorrentes do direito de família mas também aquele proveniente de qualquer ato ilícito. Sou partidário — para ampliar o alcance desta regra, do § 2º — de defender a mais ampla noção possível de seus pressupostos.⁴¹

³⁸. *A reforma da reforma*, p. 257.

³⁹. Com a solução do texto, não sobra espaço para questionamentos acerca do exato instante em que o *risco processual* far-se-á presente. Será quando do início da execução provisória? Da citação do devedor para pagamento? Quando da penhora de parcela de seu patrimônio? Da avaliação do bem penhorado? Da publicação dos editais de praça? Antes da arrematação? Depois dela? Antes do depósito do valor, que pode ser pago à vista ou em 3 dias, de acordo com o art. 690, *caput*? Há necessidade de caucionar se a hipótese for de *adjudicação* ou de usufruto de imóvel ou de empresa? Todas estas questões, friso, só encontram necessidade caso a caso. E mais: se, apesar de todas estas variáveis não houver concreto risco de dano, não haverá porque caucionar.

⁴⁰. Para antes da referida lei, v. o meu *Execução provisória e antecipação da tutela*, pp. 172/176 e Paulo Henrique dos Santos Lucon, *Eficácia das decisões e execução provisória*, pp. 415/416. Para depois, expressos quanto ao ponto, v. José Rogério Cruz e Tucci, *Lineamentos da nova reforma do CPC*, p. 149; Cândido Rangel Dinamarco, *A reforma da reforma*, p. 255; Joel Dias Figueira Jr., *Comentários à novíssima reforma do CPC*, p. 213, e Teori Albino Zavascki, *Processo de execução*, p. 444.

⁴¹. Contra, excluindo do dispositivo os alimentos derivados de ato ilícito, v. Marcelo Abelha Rodrigues, *A nova reforma processual*, p. 244. Interessante questão acerca da natureza alimentar “de direito de família” destes créditos é posta por William Santos Ferreira (*Aspectos polêmicos e práticos da nova reforma processual civil*, p. 265). Para ele, por serem os alimentos irrepetíveis, não haveria sentido na exigência da caução. Segundo sua interpretação, de qualquer sorte, o dispositivo não está a transformar a natureza jurídica de tais alimentos, tornando-os repetíveis nos casos do § 2º do art. 588.

Acredito que o art. 100, § 1º-A, da Constituição Federal, na redação da Emenda Constitucional n. 30/2000, porta, a este respeito, um referencial seguro: “Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado”.⁴²

Admitindo-se que os “alimentos” referidos pelo § 2º do art. 588 sejam alimentos de direito de família, surge questão interessante relativa ao seu preavalecimento diante da regra do art. 732, parágrafo único, do CPC, que sempre admitiu uma execução provisória *completa* sem caução nos casos de alimentos — e, de resto, de embargos à execução *sem* efeito suspensivo. Em se tratando de execução de alimentos, não há como duvidar que deve prevalecer a regra específica.⁴³ Até porque ela é mais afinada às premissas constitucionais que, *in casu*, buscam tutelar o exequente, vale sempre lembrar, aquele que já conseguiu demonstrar exaustivamente que é credor no plano do direito material perante o Poder Judiciário.

Os 60 salários mínimos referidos pelo § 2º devem ser entendidos como a referência do direito federal ou, nos casos, em que existe, o do salário mínimo de referência regional ou local? Mesmo que a lei processual seja de caráter federal, não vejo porque, regionalmente — onde houver uma tal referência —, serem adotados os índices locais.⁴⁴ Até porque, em geral, eles são mais elevados que o salário mínimo federal e, nestas condições, oferecem um parâmetro mais seguro (objetivamente seguro) de maior efetividade da jurisdição.

Penso que os 60 salários devem corresponder ao valor da própria execução e não ao valor da causa ou da liquidação, mesmo que monetariamente corrigido.

É possível que a caução seja dispensada na execução provisória até 60 salários e que haja caução somente para o restante do valor? É possível “abater” a diferença entre o valor perseguido e os 60 salários a título de caução?

O art. 100, § 4º, da Constituição Federal, ao se referir à dispensa do precatório, veda uma tal iniciativa. Ou se abre mão do teto constitucional e recebe-se sem precatório ou opta-se pelo recebimento do integral e todo o valor será pago por precatório. O mesmo regime jurídico é reservado, pelo art. 17, §§ 3º e 4º, da Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001, para os Juizados Especiais Cíveis Federais.

Sérgio Shimura, enfrentando a questão, responde-a pela negativa. Para ele, a execução provisória acima de 60 salários mínimos deverá ser caucionada por inteiro e não apenas na parte que sobejar o limite fixado pela lei.⁴⁵ A lei, nestas condições, não estaria a criar uma

⁴². Nesta linha de argumentação mais ampla manifestaram-se expressamente José Rogério Cruz e Tucci, *Lineamentos da nova reforma do CPC*, p. 150; Cândido Rangel Dinamarco, *A reforma da reforma*, p. 259, e Alexandre Jamal Batista, “A execução provisória na segunda etapa da reforma do Código de Processo Civil”, p. 371.

⁴³. No mesmo sentido, v. Sérgio Shimura, *Título executivo*, p. 154.

⁴⁴. Contra manifestaram-se Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, *Breves comentários à nova sistemática processual civil*, p. 362.

⁴⁵. *Título executivo*, p. 154.

“alforria” de execução provisória sem caução, apenas dando uma diretriz de que toda a execução até aquele valor — desde que presentes os demais pressupostos referidos neste § 2º —, está autorizada sem a prestação da caução.

Particularmente, não vejo razão para tratar uma dívida que não é, do ponto de vista da caução, indivisível como se ela fosse. Prefiro a interpretação que cria, para todo e qualquer caso, uma dispensa de caução para os valores até 60 salários mínimos. É como se dissesse que, no direito processual civil brasileiro, a execução provisória prescinde de caução até 60 salários.⁴⁶

Por fim, tendo como referencial de exposição o mesmo § 2º do art. 588 do CPC, resta saber o que pode ser entendido por “estado de necessidade”. Conceito vago que, por definição, pressupõe concreção à luz das circunstâncias de cada caso concreto, quero crer que um referencial seguro para sua inteligência é entendê-lo como a *contra face* dos “atos dos quais possa resultar grave dano ao executado”.⁴⁷ Caberá ao juiz, de cada caso concreto, verificar qual é o “melhor” direito e reconhecer qual dos direitos, do executado ou o do exequente devem ser satisfeitos em primeiro lugar, mesmo que em detrimento do outro. Se for o exequente quem tiver maior urgência (maior *necessidade*) na satisfação de seu direito (reconhecido em título executivo), a caução deve ser dispensada.

A redação do § 2º do art. 588 do CPC, não há como negar isto, basta lê-lo, quer que as exigências que acabei de discutir sejam “cumulativas”, isto é: haverá dispensa de caução se e somente se (na dicção legal) for caso de crédito alimentar que não ultrapasse 60 salários mínimos e desde que o exequente (aquele que se afirma credor) esteja em estado de necessidade. Que a lei quer isto, não tenho dúvidas.⁴⁸

A questão é saber se a lei poderia querer, poderia criar uma cumulação de exigências que, pensadas dentro da sistemática da execução provisória tornam-na menos efetiva do que ela seria, não fosse a necessidade de caução. Por que alguém executaria alguém *provisoriamente* se, para satisfazer-se, precisa se privar de parcela de seu patrimônio, oferecendo-o como caução? E se não houver, por qualquer razão, condições de prestar caução? Não se executa? Pura e simplesmente aquele que detém um título executivo, que lhe reconhece como credor no plano do direito material, espera, sem qualquer espécie de satisfação o julgamento do recurso interposto pelo executado?

⁴⁶. Em sentido mais ou menos conforme, Allan Helber de Oliveira, *A segunda reforma do CPC*, p. 243. Alexandre Jamal Batista, “A execução provisória na segunda etapa da reforma do Código de Processo Civil”, p. 373 admite que a execução provisória se dê a cada limite de 60 salários mínimos sem prestação de caução e que ela é possível desde que o exequente demonstre encontrar-se em estado de necessidade.

⁴⁷. Elogiando o dispositivo pelo emprego de um conceito vago, v. Carlos Alberto Carmona, comentários ao art. 588 do CPC em *Código de Processo Civil interpretado*, p. 1.804, n. 3.

⁴⁸. Expressos quanto a serem, tais pressupostos, cumulativos manifestaram-se: Cândido Rangel Dinamarco, *A reforma da reforma*, p. 258; William Santos Ferreira, *Aspectos polêmicos e práticos da nova reforma processual civil*, p. 264; Cleanto Guimarães Siqueira, *As novíssimas alterações no Código de Processo Civil*, p. 272, e Allan Helber de Oliveira, *A segunda reforma do CPC*, p. 242.

A minha resposta para as indagações do parágrafo anterior é no sentido de que a forma escolhida pela lei para dispensar a caução é inconstitucional ou, pelo menos, deve receber interpretação conforme aos valores constitucionais.⁴⁹ Ela agride, estou absolutamente convencido disto, o princípio da efetividade da jurisdição, justamente porque sua *letra* dá a entender que os pressupostos de dispensa são necessariamente cumulativos e, nesta condição, tendem a *estreitar* a efetividade da execução provisória que, de outro modo, seria mais interessante para o exequente.⁵⁰ De que adianta a *lei* passar a autorizar uma execução provisória-completa se a real satisfação do exequente depende que ele desfaça-se de parte de seu patrimônio?

Melhor seria, penso, que não houvesse a regra do § 2º do art. 588. Melhor prestigiar a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, bem construída mesmo antes do advento da Lei n. 10.444/2002, no sentido de que a caução — se é que ela é exigível — dependeria da análise de cada caso concreto, com a consideração esmerada de cada peculiaridade, de cada questão.⁵¹ No máximo, que as descrições trazidas no § 2º do art. 588 fizessem as vezes de um *referencial* para o magistrado. Que o magistrado pudesse levar em conta para decidir sobre a possibilidade da admissão da execução provisória com ou sem caução algumas características do caso concreto como, por exemplo, a circunstância de o crédito ser, ou não, de natureza alimentar, o valor envolvido na execução provisória e o real estado de necessidade (*periculum in mora*) do exequente na satisfação de seu direito.⁵²

Mais ainda, permito-me acrescentar, quando o assunto em pauta é a execução provisória. Não se trata aqui, não me canso de repetir, de uma decisão fundada em cognição sumária, fruto, quiçá, de um juízo de valor realizado por um magistrado premido pelo tempo. Aqui, execução provisória, o título que a fundamenta, posto que dependente de uma ulterior confirmação em grau recursal, é fruto de cognição exauriente, de amplo debate entre as partes (e com o próprio juiz), em respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Tais diferenciais, penso, deveriam ter sido levadas em conta adequadamente pelo § 2º do art. 588. Como não foram, ele bate de frente com o modelo constitucional do processo. Não deve, da forma como redigida, prevalecer podendo ser afastado pelo juiz em cada caso em que seja provocado a discutir a incidência daquela regra.

Até porque, a se pensar diferentemente, estaríamos a incidir no mesmo óbice que tem sido muito bem enfrentado pela doutrina e, ainda que em menor escala, pela jurisprudência. Quem, por hipótese, não pudesse caucionar nos termos da lei não estaria legitimado a executar

⁴⁹. Também conclui desta forma, com argumentos mais ou menos coincidentes, Joel Dias Figueira Jr., *Comentários à novíssima reforma do CPC*, p. 213.

⁵⁰. Já havia me manifestado neste mesmo sentido anteriormente, em meu *Tutela antecipada*, pp. 114/115. Contra, sustentando a necessidade de o § 2º do art. 588 do CPC receber, necessariamente, interpretação *restritiva*, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil Comentado*, pp. 1.077/1.078, n. 8.

⁵¹. A respeito, v. o meu *Execução provisória e antecipação da tutela*, pp. 183/187.

⁵². Em sentido mais ou menos conforme, forte no que chamei de *dinâmica* da norma jurídica e no princípio da proporcionalidade, v. William Santos Ferreira, *Aspectos polêmicos e práticos da nova reforma processual civil*, p. 266. Também Ricardo Hoffmann, *Execução provisória*, pp. 152/154.

provisoriamente? Mas poderia pedir tutela antecipada, flexibilizada a regra do proporcionalidade constante do art. 273, § 2º?⁵³ Penso que, da mesma forma que, para os casos de tutela antecipada, o perigo de irreversibilidade de quem *sofre* suas conseqüências deve ceder espaço ao “melhor direito” da parte contrária ou, até mesmo, a uma maior *necessidade* de quem pleiteia em juízo, a solução, para a execução provisória, não pode ser diversa.⁵⁴

Também sou — e sempre fui — bastante liberal no que diz respeito ao que pode ser oferecido como caução (pelo exeqüente e pelo executado). Penso, até mesmo, que o próprio bem penhorado pode fazer estas vezes, quando há ânimo de o exeqüente vir a adjudicá-lo ou, mais ainda, quando ele o adjudicar e, somente a partir daí, cogitar-se da necessidade da prestação de caução. O mesmo com relação a verbas salariais⁵⁵ e similares.⁵⁶

4) Execução provisória contra a Fazenda Pública

Sempre há espaço para tecer alguns comentários, mesmo que breves, sobre o “direito processual público”, isto é, sobre as situações em que se verifica a presença de algum ente público em juízo. Aqui, a exemplo do que o conhecedor do sistema processual civil já pode desconfiar, há, também, “regras diferenciadas” quando o executado provisoriamente é a Fazenda Pública. A bem da verdade, em se tratando de uma execução de quantia, inexistente, rigorosamente, uma execução *provisória* contra a Fazenda Pública.

Desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 30, de 13 de setembro de 2000, a expedição de precatório depende de trânsito em julgado. Mesmo naqueles casos em que a Constituição veio a dispensar a expedição do precatório, exigiu o trânsito em julgado para a requisição de pagamento.

Também a Lei (leia-se: medida provisória) exige o trânsito em julgado para que a Fazenda Pública desembolse qualquer valor. É este o comando do art. 2º-B da Lei n. 9.494/1997, na redação que lhe deu a Medida Provisória n. 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, que tem a redação seguinte: “A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado”.⁵⁷

⁵³. Sobre o dispositivo, consultar o meu *Tutela antecipada*, pp. 56/61.

⁵⁴. Expresso neste sentido, Joel Dias Figueira Jr., *Comentários à novíssima reforma do CPC*, p. 214, com remissão às pp. 68/74 do mesmo trabalho.

⁵⁵. A hipótese teve a honrosa concordância de Sérgio Shimura, *Título executivo*, p. 153, nota 104.

⁵⁶. Para o tema, consultar o meu *Execução provisória e antecipação da tutela*, pp. 187/191.

⁵⁷. Tive oportunidade de estudar o assunto em meu *O poder público em juízo*, pp. 193/200 e um outro opúsculo, *Execução contra a fazenda pública*, esp. pp. 24/32 e 38/42, onde conclui pela inconstitucionalidade daquelas restrições. Inconstitucionalidade, inclusive, da Emenda Constitucional n. 30/2000 quando passou a exigir o trânsito em julgado.

Considerando que a própria noção de execução provisória pressupõe autorização para cumprimento do julgado independentemente de seu trânsito em julgado, independentemente de a decisão que a fundamenta (título executivo) pender de confirmação em grau de recurso (v. itens 1 e 2, *supra*), fica fácil perceber que a execução provisória para quantia de dinheiro está vedada em face da fazenda pública.⁵⁸ Justamente porque, desde a Constituição Federal, exige-se o trânsito em julgado da decisão que legitima a execução.

Deixada de lado a questão da *patente* inconstitucionalidade daquela exigência (v. nota 57, *supra*), o que se constata da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é uma interessante discussão quanto à extensão da proibição constitucional da execução provisória. Seria ela a vedação, pura e simples de qualquer ato tendente ao cumprimento provisório (*rectius*, adiantado) do julgado ou, apenas e tão somente, a vedação de atos de satisfação do exequente?

As duas Turmas que compõem a 1ª Seção daquele Tribunal divergem sobre o assunto. A 1ª Turma tende ao entendimento de que a instrumentação da execução é viável, sem agredir o comando do texto constitucional.⁵⁹ A 2ª Turma, diferentemente, nega a legitimidade da prática de qualquer ato executivo.⁶⁰

⁵⁸. Para esta discussão, com os olhos voltados especificamente à execução contra a Fazenda Pública, v. os meus comentários ao art. 730 do CPC, esp. n. 8, em *Código de Processo Civil Interpretado*, pp. 2.106/2.107.

⁵⁹. Apenas para ilustrar este entendimento: “Processual civil. Execução provisória contra a fazenda pública. Ajuizamento posterior à emenda constitucional nº 30 de 13/09/2000. Impossibilidade. 1. O procedimento executório contra a Fazenda, na obrigação de pagar quantia certa, é o estabelecido nos arts. 730 e 731 do CPC que, em se tratando de execução provisória, deve ser compatibilizado com as normas constitucionais. 2. Os parágrafos 1º, 1º-A, ambos com a redação da EC n. 30, de 13/09/2000, e 3º do art. 100 da Constituição, determinam que a expedição de precatório ou o pagamento de débito de pequeno valor de responsabilidade da Fazenda Pública, decorrentes de decisão judicial, mesmo em se tratando de obrigação de natureza alimentar, pressupõem o trânsito em julgado da respectiva sentença. 3. Outrossim, às execuções iniciadas após a edição da Emenda Constitucional nº 30, há a exigência do trânsito em julgado como condição para expedição de precatório. 4. Hipótese em que o pedido de execução provisória da parte incontroversa da sentença foi protocolado em 10.04.2003 (fl. 25), portanto, após o novel regime do art. 100 da CF/88, que obstaculiza a expedição de precatório sem o correspondente trânsito em julgado da sentença. 5. Precedentes jurisprudenciais do STJ: RESP 464332/SP, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 06.12.2004; RESP 591368/RR, desta relatoria, DJ de 25.10.2004 e RESP 331.460/SP, Relator Ministro Teori Zavascki, DJ de 17/11/2003. 6. Recurso Especial provido. (STJ, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, REsp 692.015/RS, j.un. 21.6.2005, DJ 1.8.2005, p. 340); “Processual civil. Execução provisória contra a fazenda pública de valores incontroversos. Emenda constitucional nº 30 de 13/09/2000. 1. É cediço que, na obrigação de pagar quantia certa, o procedimento executório contra a Fazenda é o estabelecido nos arts. 730 e 731 do CPC que, em se tratando de execução provisória, deve ser compatibilizado com as normas constitucionais. 2. Os parágrafos 1º, 1º-A, ambos com a redação da EC n. 30, de 13/09/2000, e 3º do art. 100 da Constituição, determinam que a expedição de precatório ou o pagamento de débito de pequeno valor de responsabilidade da Fazenda Pública, decorrentes de decisão judicial, mesmo em se tratando de obrigação de natureza alimentar, pressupõem o trânsito em julgado da respectiva sentença. 3. Em relação às execuções iniciadas após a edição da Emenda Constitucional nº 30, há a exigência do trânsito em julgado como condição para expedição de precatório. (Precedente da 1ª Turma do STJ) 4. Recurso especial provido. (STJ, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, REsp 572.327/RS, j.un. 18.3.2004, DJ 10.5.04, p. 188) e “Processo civil. Execução provisória contra a Fazenda Pública. Ajuizamento anterior à emenda constitucional nº 30/2000. Possibilidade. 1. A Emenda Constitucional nº 30 deu nova redação ao § 1º do art. 100 da Constituição para estabelecer, como pressuposto da expedição de precatório ou da requisição do pagamento de débito de pequeno valor de responsabilidade da Fazenda Pública, o trânsito em julgado da respectiva sentença. 2. Há de se entender que, após a Emenda 30, limitou-se o âmbito dos atos executivos, mas não foi inteiramente extinta a execução provisória. Nada impede que se promova, na pendência de recurso com efeito apenas devolutivo, a liquidação da sentença, e que a execução (provisória) seja processada até a fase dos embargos (CPC, art. 730, primeira parte) ficando suspensa, daí em diante, até o trânsito em julgado do

Analisadas estas duas correntes, tendo a me inclinar para aquela que vincula, ao trânsito em julgado, apenas e tão somente, a satisfação derradeira do exequente. Assim, não viola o *texto* da Constituição e das leis precitadas, a admissão do início da liquidação da sentença exequenda, que a execução siga com a oposição dos embargos pela Fazenda (CPC, art. 730) bem assim a expedição do precatório, naqueles casos em que ele é exigido ou, ainda, a requisição do pagamento.⁶¹ Até porque este entendimento afina-se à própria razão de ser da execução provisória que não gera, por si só, qualquer risco ou prejuízo para o executado. Por que com relação à Fazenda Pública seria diverso?

5) Propostas de alteração da execução provisória (Projeto de lei n. 52/2004)

Por fim, mas não menos importante, vale destacar que a mais recente etapa da Reforma do Código de Processo Civil, em específico o Projeto de lei que altera substancialmente o regime do processo de execução — a bem da verdade, que o *extingue* tal qual o direito brasileiro o conhece tradicionalmente — também modifica, uma vez, mais a execução provisória, revogando, expressamente, o atual art. 588 (art. 4º do Projeto de lei).

O novo texto proposto — o art. 475-O — não difere substancial ou radicalmente, contudo, do atual art. 588, com as modificações trazidas pela Lei n. 10.444/20002. As novidades são as seguintes:

a) O inciso II passa a mencionar, expressamente, a hipótese de a decisão objeto da execução provisória vir a ser anulada, reservando para ela o mesmo regime jurídico de responsabilização do exequente pelos atos praticados.

b) O mesmo inciso II refere-se expressamente à liquidação por *arbitramento* dos danos experimentados pelo executado nos mesmos “autos”.

título executivo, se os embargos não forem opostos, ou forem rejeitados. 3. Em relação às execuções provisórias iniciadas antes da edição da Emenda 30, não há a exigência do trânsito em julgado como condição para expedição de precatório. Precedentes do STF e do STJ”. (STJ, 1ª Turma, MC 6.489/SP, rel. Min. Teori Zavascki, j.un. 27.5.03, DJ 16.6.03, p. 261).

⁶⁰. “Processo civil - Execução de sentença - Fazenda pública - Arts. 730 e 731 do CPC - Art. 100 § 1º da CF/88 com a redação dada pela EC 30/00. 1. A EC 30/00, ao inserir no § 1º do art. 100 da CF/88 a obrigação de só ser inserido no orçamento o pagamento de débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, extinguiu a possibilidade de execução provisória. 2. Releitura dos arts. 730 e 731 do CPC, para não se admitir, contra a Fazenda Pública, execução provisória. 3. Recurso especial conhecido e provido”. (STJ, 2ª Turma, REsp nº 447.406/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 20.02.03, DJ 12.05.03, p. 286) e “Processual civil – Violação ao art. 535 do CPC – Prequestionamento - Súmula 356/STF - Súmula 211/STJ - Execução provisória contra a fazenda pública - Arts. 730 e 731 do CPC - Art. 100, § 1º, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional 30/2000. (...) 3. A Emenda Constitucional 30/2000, ao inserir no § 1º do art. 100 da CF/88 a obrigação de somente ser incluído no orçamento o pagamento de débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, extinguiu a possibilidade de execução provisória. 4. Releitura dos arts. 730 e 731 do CPC, para não se admitir, contra a Fazenda Pública, execução provisória. 5. Recurso especial parcialmente provido. (STJ, 2ª Turma, REsp 464.332/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, j.un. 14.09.2004, DJ 6.12.2004, p. 250).

⁶¹. Admitem a instrumentação da execução até os embargos, inclusive, Teori Albino Zavascki, *Processo de execução*, p. 448 e Leonardo José Carneiro da Cunha, *A fazenda pública em júízo*, esp. p. 223.

c) De acordo com o inciso III do art. 475-O, a caução, que continua devendo ser prestada nos mesmos casos do que hoje exige o inciso II do art. 588 poderá ser determinada de ofício.

d) A dispensa da caução, regra o inciso IV do dispositivo, será dispensada em situação de necessidade, quando o crédito tiver natureza alimentar *ou* for decorrente de ato ilícito, observando-se, ainda, o limite de 60 salários mínimos.

e) O inciso V traz uma nova hipótese de dispensa de caução quando se tratar de execução de decisão que pende do recurso de agravo a que se refere o art. 544 do Código de Processo Civil, executada a hipótese de a execução, neste último estágio recursal, puder resultar risco de grave dano ou incerta reparação ao executado.

f) as peças de formação da carta de sentença poderão ser declaradas autênticas pelo próprio advogado.

O texto proposto, vale a pena sua leitura integral, é o seguinte:

“Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:

I - corre por conta e responsabilidade do exeqüente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido;

II - sobrevindo acórdão que modifique no todo ou em parte, ou anule a sentença objeto da execução, serão as partes restituídas ao estado anterior, e eventuais prejuízos liquidados por arbitramento, nos mesmos autos;

III - o levantamento de depósito em dinheiro, e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos da execução;

IV - quando o exeqüente demonstrar situação de necessidade, a caução (inciso III) pode ser dispensada nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de 60 (sessenta) vezes o valor do salário mínimo;

V - igualmente é dispensada a caução nos casos de execução provisória na pendência de agravo de instrumento ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça (art. 544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano de difícil ou incerta reparação.

Parágrafo único. Ao requerer a execução provisória, o exeqüente instruirá a petição com cópias autenticadas (art. 544, §1º, *in fine*) das seguintes peças do processo:

I - sentença ou acórdão exeqüendo;

II – certidão de interposição do recurso não dotado de efeito suspensivo;

III - procurações outorgadas pelas partes;

IV - decisão de habilitação, se for o caso;

V - facultativamente, de peças processuais que o exequente considere necessárias.”

Uma análise mais pormenorizada destas alterações pressupõe sua prévia aprovação do Congresso Nacional e, mais do que isto, sua análise no *novo* contexto da execução. Tudo a seu tempo.

6) Conclusões

O que há para ser dito a título de conclusões destas brevíssimas considerações é salientar que as introduções trazidas pela Lei n. 10.444, de 7 de maio de 2002, ao regime da execução provisória transformaram profundamente o regime da execução provisória, tornando-a “completa”, isto é, admitindo a satisfação do exequente independentemente do trânsito em julgado da decisão exequenda. Uma tal satisfação, contudo, vincula-se, em regra, à prestação de caução por parte do exequente, dispensada somente nos casos em que concorram as três condições que constam do § 2º do art. 588 do CPC.

Este inegável avanço quanto à execução provisória para ser completo e total, não pode ficar, contudo, preso ao *texto* da lei. Melhor que leiamos o art. 588 como um todo e seu § 2º em particular a partir da Constituição Federal e de seu “modelo de processo”, o “modelo constitucional do processo”. Com tal iniciativa, não há como negar que a execução provisória — mesmo contra a Fazenda Pública — pode ser completa sem quaisquer ônus para o exequente. Esta, acredito, é a única forma de se falar, concretamente (e sem necessidade de quaisquer alterações legislativas), em processo realmente efetivo e de resultados.

Processo efetivo e de resultados, ademais, porque realiza o direito já reconhecido como tal pelo próprio Judiciário e que, mercê desta estabilização maior (cognição jurisdicional mais completa), não pode, simplesmente, ficar à mercê de uma oneração daquele que tem melhor direito que a parte contrária. Até como forma de superar, vez por todas, a incoerência grave de que padece o sistema processual civil que parece, ainda, reservar, ao cumprimento das tutelas de urgência, maior flexibilidade e maior “eficácia” do que ao modelo de cumprimento das decisões proferidas com base em cognição jurisdicional mais profunda, esgotado o contraditório e a ampla defesa.

Bibliografia

ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *A nova reforma processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ASSIS, Araken de. “Execução da tutela antecipada”. In: SHIMURA, Sérgio e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo de execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 41/79.

BATISTA, Alexandre Jamal. “A execução provisória na segunda etapa da reforma do Código de Processo Civil”. In: COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro, RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende e DINAMARCO, Pedro da Silva (coord.). *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 361/376.

CÂMARA, Alexandre Freitas. “Evicção do bem arrematado em hasta pública”. In: SHIMURA, Sérgio e NEVES, Daniel A. Assumpção (coord). *Execução no processo civil – novidades e tendências*. São Paulo: Métodos, 2005, pp. 27/38.

CARMONA, Carlos Alberto. Comentários ao art. 588 do Código de Processo Civil. In: MARCATO, Antônio Carlos (coord.). *Código de processo civil interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. “O Código Civil de 2002 e as novas regras para a arrematação”. In: SHIMURA, Sérgio e NEVES, Daniel A. Assumpção (coord). *Execução no processo civil – novidades e tendências*. São Paulo: Métodos, 2005, pp. 99/103.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Execução civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. v. IV.

FERREIRA, William Santos. *Aspectos polêmicos e práticos da nova reforma processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários à novíssima reforma do CPC*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

HOFFMANN, Ricardo. *Execução provisória*. São Paulo: Saraiva, 2004.

LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Allan Helber de. *A segunda reforma do CPC*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. Comentários aos arts. 686, 690, 708, 730 e 714 do Código de Processo Civil. In: MARCATO, Antônio Carlos (coord.). *Código de processo civil interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. Ensaio sobre o cumprimento das sentenças condenatórias. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 113, pp. 22/76, janeiro/fevereiro de 2004.

_____. *Execução contra a fazenda pública*. 2. ed. São Paulo: Curso Preparatório para Concursos, 2004.

_____. *Execução provisória e antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *O poder público em juízo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004.

SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. 2. ed. São Paulo: Método, 2005.

SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *As novíssimas alterações no Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lineamentos da nova reforma do CPC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução – parte geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.