

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

RODRIGO SILVA FERREIRA

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA
SOB A ÓTICA DO EXEQUENTE**

São Paulo

2012

RODRIGO SILVA FERREIRA

**EXECUÇÃO PROVISÓRIA
SOB A ÓTICA DO EXEQUENTE**

Monografia apresentada à Coordenação do curso de
Direito Processual Civil em módulos da
Coordenadoria de Especialização, Aperfeiçoamento
e Extensão – COGEAE da Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo – PUC/SP.

São Paulo

2012

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Pós Graduação em Direito Processual Civil

Rodrigo Silva Ferreira

EXECUÇÃO PROVISÓRIA SOB A ÓTICA DO EXEQUENTE

Aprovado em: _____ de _____ de _____.

Professora Renata Helena Paganoto Moura – Orientadora

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP

Professora

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP

Professora

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP

DEDICATÓRIA

Ao José Eleutério Vieira Ferreira e Deolinda da Silva Ferreira, que me deram a oportunidade de estar no plano terrestre, que não pouparam esforços para a realização dos meus sonhos, que me guiaram pelos melhores caminhos, que me mostraram que a honestidade, a ética e o respeito ao próximo são essenciais à vida, que me ensinaram a nunca desistir dos sonhos e aspirações. A eles devo o meu maior patrimônio, a vida, e serei eternamente grato por ser a pessoa que me tornei, extremamente feliz. Tenho muito orgulho por chamá-los de papai e mamãe. AMO VOCÊS!

Aos meus avós que sempre me apoiaram e contribuíram para a minha educação e evolução como ser humano!

A minha tão admirada esposa e mãe do meu filho, por estar ao meu lado na alegria e na tristeza, por depositar toda a confiança em mim, pelo companheirismo, dedicação, por me aceitar como sou, por me ajudar, por me colocar em seus braços quando o desespero falou mais alto, Janaina Luzia dos Santos, sinônimo de amor, paixão e respeito!

Ao meu irmão Renato Silva Ferreira, mais um pilar na minha vida!

Ao meu irmão do coração Rodrigo Cardoso Biazioli, que dividiu comigo todos os momentos da vida acadêmica na graduação e pós-graduação e que passou a fazer parte da minha família, recebendo e doando amor e carinho como se fosse o mesmo DNA!

Ao meu grande amigo Antonio Gerolla que admiro e tenho um carinho especial.

AGRADECIMENTOS

A nossa Ilustre Orientadora Professora Renata Helena Paganoto Moura pela dedicação, humildade, inteligência, incentivo, confiança, respeito, ensinamento, bem como pela presteza e horas dedicadas a este trabalho.

Aos nossos Ilustres Professores Willian Santos Ferreira e Plinio Back Silva, que lecionaram Direito Processual Civil na graduação, onde compartilharam ensinamentos, experiências e com quem tivemos a honra de aprender e admirar o curso de Direito Processual Civil.

Aos nossos colegas e amigos, com quem pudemos trocar muitas experiências no universo jurídico.

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo apresentar a execução provisória sob a ótica do exequente de acordo com as recentes alterações legislativas, que enxertou notável grau de satisfatividade ao autorizar atos de alienação, mesmo em se tratando de decisão judicial atacada por recurso sem efeito suspensivo.

Por consequência, almeja, ainda, apresentar a responsabilidade objetiva do exequente em reparar os prejuízos que der causa, caso a decisão exequenda seja reformada, e os reflexos, inclusive perante terceiros, que a reforma da decisão acarretará.

No mais, busca-se demonstrar, inclusive com doutrina e jurisprudência, que a multa do artigo 475-J do Código de Processo Civil não tem aplicação na execução provisória e que a natureza jurídica da multa é coercitiva.

Abstract

This paper aims to present the provisional execution from the perspective of the creditor in accordance with recent legislative changes, which granted a remarkable degree of satisfaction by authorizing acts of alienation, even when it comes to judgment attacked by appeal without suspensive effect.

Consequently, it also aims to introduce strict liability of the petitioner in repairing the damage they cause if the decision is reformed, and reflexes, including third parties, that the decision will lead to reform.

At most, we seek to demonstrate, including doctrine and jurisprudence, that the fine article 475-J of the Code Of Civil Procedure does not apply in provisional enforcement and the legal nature of the fine is coercive.

Sumário

1 Introdução	10
2 Execução provisória	13
2.1 Conceito	13
2.2 A diferença entre execução provisória e definitiva	15
2.3 Execução provisória ou execução fundada em decisão provisória?	19
3 Decisões que comportam execução provisória	21
4 Título executivo extrajudicial é passível de execução provisória	28
5 A execução provisória frente ao sistema recursal	31
5.1 Recurso de apelação	31
5.2 Recursos especial e extraordinário	34
6 Regime Jurídico	35
6.1 Normas que disciplinam a execução provisória	35
6.2 A responsabilidade objetiva do exequente.....	38
6.3 Restituição ao estado anterior.....	41
6.3.1 O desfazimento dos atos executivos afeta terceiro?	43
6.4 A obrigação de prestar caução	47
6.4.1 A dispensa da caução	51
6.4.1.1 Crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito	52
6.4.1.2 Na pendência de julgamento de agravo de instrumento da competência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça	54
6.5 A multa do artigo 475-J do CPC tem aplicação na execução provisória?	56
6.5.1 A natureza jurídica da multa do artigo 475-J do CPC	75
7 Conclusão	79
8 Bibliografia	80

1. INTRODUÇÃO

A execução provisória é a permissão legal para que uma decisão judicial, de caráter provisório, dada a existência de recurso(s) pendente(s) de julgamento(s) perante instâncias superiores, satisfaça os interesses do exequente, ou seja, entregue a tutela jurisdicional perseguida sem a necessidade do trânsito em julgado do provimento judicial.

Todavia, o notável grau de satisfatividade, hoje alcançado, não era assim, pois a execução provisória era, para alguns juristas, como Luiz Fux, um “*nada jurídico*”¹, haja vista que servia de expediente para adiantar alguns atos da execução futura, sendo expressamente vedada a prática de atos de alienação de domínio ou, mais amplamente, de satisfação do exequente.

Diversos institutos do Código de Processo Civil passaram, e vem passando, por grandes transformações (reformas), mas a execução provisória sofreu sua maior alteração, ou melhor, se transformou por completo, com o advento da Lei 10.444, de 7 de maio de 2002, quando passou a admitir alienação de domínio, desde que precedida de caução idônea, uma verdadeira execução provisória satisfativa.

Não bastasse, e em conformidade com as reformas que vem ocorrendo ao Código de Processo Civil, o legislador autorizou também o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos de alienação de domínio independentemente de

¹ FUX, Luiz. O novo processo de execução. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p.250.

caução, apenas nas hipóteses autorizadas no parágrafo segundo, do artigo 475-O do Código de Processo Civil².

Não se pode olvidar de mencionar que as reformas realizadas na execução provisória enxertou um notável grau de satisfação na prestação da tutela jurisdicional, porém, como não poderia deixar de ser, haja vista que a decisão exequenda é provisória, a responsabilidade do exequente por dar início a fase expropriatória é objetiva, devendo o exequente reparar os danos causados ao executado.

Ao apagar das luzes do ano de 2005, sobreveio a Lei 11.232, de 22 de dezembro, que também trouxe novidade para o instituto da execução provisória.

Entre as mudanças de maior relevo, as mais evidentes, sem dúvida, são as ampliações das hipóteses de dispensa da caução, a facilitação do ajuizamento da execução provisória, que independe da existência de autos suplementares ou da extração de carta de sentença e a satisfatividade ao consagrar a execução

² Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á , no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:

(...)

§2º A caução a que se refere o inciso III do *caput* deste artigo poderá ser dispensada:

- I – quando, nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de sessenta vezes o valor do salário mínimo, o exequente demonstrar situação de necessidade;
- II – nos casos de execução provisória em que penda agravo perante o Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça (art.544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação.

provisória pela decisão que a fundamenta e não mais pelos atos executivos praticados.

No mais, importante destacar que, a execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva.

2.EXECUÇÃO PROVISÓRIA

2.1. Conceito.

A execução judicial pode ser de título definitivo ou provisório, sendo que a definitiva fundamenta-se em título executivo imutável por força do trânsito em julgado e a provisória autoriza, a critério do credor, a execução da sentença desafiada por recurso sem efeito suspensivo.

A execução provisória encontra-se conceituada no artigo 475-I, parágrafo primeiro, do Código de Processo Civil³, cuja definição é a execução lastreada em sentença impugnada mediante recurso ao qual não foi atribuído efeito suspensivo.

A execução fundada em título judicial de caráter provisório, ou seja, não agasalhado pelo manto da coisa julgada, é provisória, pois a decisão com eficácia executiva está sendo desafiada por um recurso pendente de julgamento.

Cândido Rangel Dinamarco conceitua a execução provisória como:

“O conjunto de medidas com as quais o juiz prepara ou mesmo chega a produzir a satisfação do direito de uma

³ Art. 475-I. O cumprimento da sentença far-se-á conforme arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo.

§1º É definitiva a execução da sentença transitada em julgado e provisória quando se tratar de sentença impugnada mediante recurso ao qual não foi atribuído efeito suspensivo.

(...).

*pessoa, reconhecido em sentença civil não passada em julgado, com a possibilidade de desfazer o que houver sido feito em caso de sobrevir decisão superior cancelando os efeitos dessa sentença*⁴.

A lição de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira no tocante a execução provisória é a seguinte:

*“(...) se se tratar de decisão judicial ainda passível de alteração (reforma ou validação), em razão da pendência de recurso contra ela interposto a que não tenha sido atribuído efeito suspensivo, a execução é provisória*⁵.

Assim sendo, podemos entender a execução provisória como sendo a possibilidade de a sentença ser executada antes do seu trânsito em julgado, garantindo, assim, a satisfação do exequente.

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. Volume IV. 3ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 897.

⁵ DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil. Volume 2, PODVIM, 2008, p. 502.

2.2. A diferença entre execução provisória e definitiva.

Antes de adentrar, com propriedade, ao instituto da execução provisória, se faz necessário apontar, na essência, a diferença entre execução provisória e definitiva.

A execução definitiva, consoante artigo 475-I, parágrafo primeiro⁶, do diploma processual civil, é a execução de sentença transitada em julgado.

Sem a intenção de adentrar em outro instituto direito processual civil, mas, necessário, para momento, a execução é definitiva quando a sentença encontra-se dotada de coisa julgada, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

Destarte, ao falar do instituto da execução definitiva, necessário se faz traçar um nexos causal com a coisa julgada, consoante estabelece o artigo 467 “*caput*” do Código de Processo Civil⁷.

Parafraseando os dizeres de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

⁶ Art. 475-I. O cumprimento da sentença far-se-á conforme arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo.

§1º É definitiva a execução da sentença transitada em julgado e provisória quando se tratar de sentença impugnada mediante recurso ao qual não foi atribuído efeito suspensivo.

(...).

⁷ Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

“coisa julgada material é a qualidade que torna imutável e indiscutível o comando que emerge da parte dispositiva da sentença de mérito não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”⁸.

Assim sendo, para que a execução definitiva nasça para o direito processual civil brasileiro, se faz necessário ter uma sentença que não comporta ataque por ferramentas processuais de cunho ordinário ou extraordinário, ou seja, necessário que o comando decisório seja dotado de imutabilidade.

No tocante a execução provisória, necessário reforçar que, a sentença exequenda não tem força de coisa julgada, dotada, portanto, de provisoriedade, haja vista que está sendo atacada por recurso não dotado de efeito suspensivo.

Assim é o escólio de Cassio Scarpinella Bueno:

“A possibilidade de os atos executivos voltados à satisfação do exequente (atos expropriatórios) terem início embora ainda exista pendente de solução, no Estado-juiz, alguma medida voltada ao contraste do próprio título executivo ou dos atos executivos praticados com base nele. Trata-se de autorização para que um título executivo surta efeitos concretos mesmo enquanto

⁸ NERY JR., Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 7ª edição. São Paulo: Editora RT, 2003, p. 787.

*existem recursos pendentes de exame perante as instâncias superiores*⁹

Embora, o manto da coisa julgada não tenha sido colocado na sentença exequenda, tendo ela caráter provisório por força de recurso sem efeito suspensivo pendente de julgamento, cabe destacar que a moderna concepção legislativa colocou a execução provisória em igualdade com a definitiva, observadas, apenas, as particularidades do artigo 475-O do Código de Processo Civil¹⁰.

Portanto, a execução provisória deixou de ser, consideradas por muitos, no passado, antes das reformas envolvendo a fase satisfativa do processo, um “nada

⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil. Tutela jurisdicional executiva. Vol. 3. 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 170.

¹⁰ 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 iniciativa, conta e responsabilidade do exeqüente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido;

II – fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento;

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.

§ 1º No caso do inciso II do caput deste artigo, se a sentença provisória for modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta ficará sem efeito a execução.

§ 2º A caução a que se refere o inciso III do caput deste artigo poderá ser dispensada:

I – quando, nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de sessenta vezes o valor do salário-mínimo, o exeqüente demonstrar situação de necessidade;

II – nos casos de execução provisória em que penda agravo de instrumento junto 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.

§ 3º Ao requerer a execução provisória, o exeqüente instruirá a petição com cópias autenticadas das seguintes peças do processo, podendo o advogado declarar a autenticidade, sob sua responsabilidade pessoal:

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, outras peças processuais que o exeqüente considere necessárias.

jurídico”, para alcançar um patamar de destaque, pois constituiu notável grau de satisfatividade ao consagrar a execução apenas provisória pela decisão que a fundamenta e não mais pelos atos executivos praticados.

A essência da mudança legislativa, equiparando a execução provisória à definitiva, é antecipar a satisfação do credor, mesmo que haja recurso pendente de julgamento.

2.3. Execução provisória ou execução fundada em decisão provisória.

O presente trabalho, ao abordar a execução provisória, precisa abarcar e trazer à baila a expressão correta do instituto, diante do diploma processual civil.

Qual a expressão correta: execução provisória ou execução fundada em decisão provisória?

O artigo 475-O do Código de Processo Civil¹¹, referindo-se á execução que poderá ser realizada na pendência de recurso, fala em “execução provisória da sentença”.

Todavia, acredito não ser a expressão adequada para o instituto.

Com as inovadoras e arrojadas mudanças legislativas, a meu entender, ficou claro que a execução provisória se revela imprópria, pois o caráter provisório é da sentença e não dos atos executivos praticados.

Araken de Assis assim diz:

“O único elemento autenticamente provisório, porque sujeito a recurso, é o título”¹².

Não é diferente o entendimento do Cassio Scarpinella Bueno ao apontar que:

¹¹ Idem 10.

¹² ASSIS, Araken de. Cumprimento da sentença. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 110.

“A execução provisória não é propriamente provisória, e sim o título que a fundamenta”¹³

Perceba-se, então, que provisório é o título judicial que fundamenta a execução e não os atos executivos, o que faz concluir que a expressão correta é execução fundada em decisão provisória.

¹³ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil. Tutela jurisdicional executiva. Vol. 3. 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 175.

3.DECISÕES QUE COMPORTAM EXECUÇÃO PROVISÓRIA

Pela redação fria do artigo 475-I, parágrafo primeiro¹⁴, do Código de Processo Civil somente está sujeita à execução provisória a sentença impugnada mediante recurso ao qual não esteja dotado de efeito suspensivo.

Não obstante, não é apenas a sentença que pode ser executada no curso do processo ou na pendência do recurso não recebido no efeito suspensivo.

É executada no curso do processo qualquer decisão que conceda tutela jurisdicional que necessite de atividade ulterior.

Na realidade, sentenças de força condenatória, executiva, mandamental, acórdãos, decisões interlocutórias e outros títulos executivos judiciais previstos no artigo 475-N do Código de Processo Civil¹⁵ também podem ser provisoriamente

¹⁴ Idem 6.

¹⁵ Art. 475-N. São títulos executivos judiciais:

I – a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia;

II – a sentença penal condenatória transitada em julgado;

III – a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo;

IV – a sentença arbitral;

V – o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente;

VI – a sentença estrangeira, homologada pelo Superior Tribunal de Justiça;

VII – o formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal.

Parágrafo único. Nos casos dos incisos II, IV e VI, o mandado inicial (art. 475-J) incluirá a ordem de citação do

executados, desde que penda sobre eles recurso sem efeito suspensivo.

As sentenças que comportam execução provisória são aquelas sujeitas a recurso de apelação desprovido de efeito suspensivo, como nos casos dos incisos I a VII do artigo 520 do diploma processual civil¹⁶ e em outros dispositivos previstos em leis extravagantes, como Lei do Mandado de Segurança; na Lei da Ação Civil Pública; Lei de Locações; Lei dos Juizados Especiais, entre outras.

Situação interessante é da execução provisória de sentença originalmente ilíquida. Como se sabe, a sentença ilíquida não configura, por si própria, um título executivo judicial completo; falta-lhe, sem dúvida, o requisito da liquidez, que lhe é concedido pela decisão proferida ao final da liquidação de sentença.

O título executivo é formado, nesse caso, pela junção das duas decisões, consoante lição escrita antes da Lei 11.232/05 por Teori Albino Zavascki que afirmou que a sentença a que se refere o artigo 587 deve ser entendida em sentido amplo,

devedor, no juízo cível, para a liquidação ou execução, conforme o caso.

¹⁶ Art. 520. A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que:

I – homologar a divisão ou a demarcação;

II – condenar à prestação de alimentos;

III – revogado;

IV – decidir o processo cautelar;

V – rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes;

VI – julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem;

VII – confirmar a antecipação dos efeitos da tutela.

significando o título executivo completo, nele incluídos o ato que definiu o *na debeatur* (primeira sentença) e também o que ficou o *quantum debeatur* (sentença de liquidação)¹⁷.

Assim, a provisoriedade da execução pode decorrer da pendência de recurso tanto contra a primeira decisão, quanto contra a segunda. Serão provisórias, portanto, as execuções que se desenvolvem na pendência de recurso sem efeito suspensivo interposto seja contra a sentença ilíquida, seja contra a decisão da liquidação.

Acontece que, agora, com as novas alterações, em princípio, todas as sentenças ilíquidas podem ser imediatamente liquidadas, ainda que contra elas penda apelação recebida com efeito suspensivo. É a interpretação que tem sido dada à regra do artigo 475-A, parágrafo segundo, do Código de Processo Civil¹⁸ pela qual a liquidação poderá ser requerida na pendência de recurso¹⁹.

¹⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. Comentários ao código de processo civil. Vol. 08. 2ª edição. São Paulo: RT, 2003, p. 234.

¹⁸ Art. 475-A. Quando a sentença não determinar o valor devido, procede-se à sua liquidação.

§1º Do requerimento de liquidação de sentença será a parte intimada, na pessoa de seu advogado.

§2º A liquidação poderá ser requerida na pendência de recurso, processando-se autos apartado, no juízo de origem, cumprindo ao liquidante instruir o pedido com cópias das peças processuais pertinentes.

§3º Nos processos sob procedimento comum sumário, referidos no art. 275, inciso II, alíneas *d* e *e* desta Lei, é defesa a sentença ilíquida, cumprindo ao juiz, se for o caso, fixar de plano, a seu prudente critério, o valor devido.

¹⁹ Nesse sentido, cf. SANTOS, Ernane Fidélis dos. As reformas de 2005 do código de processo civil, São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 24/25. Essa interpretação tem sido dada com base no fato de que o legislador não especificou se o recurso mencionado no artigo teria ou não efeito suspensivo, daí a possibilidade de liquidação

Ademais, a decisão da liquidação de sentença passou a ter natureza interlocutória, desafiando recurso de agravo de instrumento que não tem, via de regra, efeito suspensivo consoante artigo 475-H do Código de Processo Civil²⁰.

Diante da alteração trazida pela nova disciplina legal, surge a seguinte dúvida: alcançada a decisão final da fase de liquidação de sentença e não interposto o recurso de agravo de instrumento ou, ainda que interposto, se não lhe for atribuído efeito suspensivo, o exequente poderá dar início à execução provisória? A resposta dependerá do efeito em que foi recebido o recurso de apelação interposto contra a a decisão provisória que poderá iniciar-se; ao contrário, se o apelo manejado for recebido no duplo efeito, deverá aguardar-se seu julgamento para que seja possível o exequente dar início aos atos de execução.

Além desses casos, também dá ensejo à execução provisória a sentença impugnada por apelação não recebida pelo juízo de primeira instância, desde que o recorrente tenha interposto recurso de agravo de instrumento contra a decisão de não recebimento do recurso de apelação.

Conforme visto acima, não apenas as sentenças, mas também os acórdãos podem ser executados provisoriamente. Com efeito, mantida a regra geral do duplo efeito da apelação e não possuindo os recursos especial e extraordinário efeito suspensivo, atualmente são os acórdãos – muito mais que as sentenças – que se sujeitam a execução provisória.

em ambos os casos.

²⁰ Art. 475–H. Da decisão de liquidação caberá agravo de instrumento.

Vale destacar, também, que as decisões interlocutórias comportam execução provisória. Destacam-se entre elas as que implicam antecipação dos efeitos da tutela, que segundo o artigo 273, parágrafo terceiro do Código de Processo Civil²¹, efetivam-se conforme as regras da execução provisória. Cabe registrar, para o momento, que tais decisões têm dupla provisoriedade, pois podem ser modificadas tanto por recurso de agravo de instrumento quanto pelo próprio órgão que a proferiu, a qualquer tempo, inclusive quando da prolação da sentença que julgar a causa, conforme artigo 273, parágrafo quarto, do Código de Processo Civil²².

Paralelo a essas decisões, outros títulos executivos provenientes de órgãos jurisdicionais diversos do juízo cível também podem ensejar eventualmente execução provisória, como a sentença penal condenatória transitada em julgado²³. Embora a menção ao trânsito em julgado da sentença penal possa dar a impressão de que ela somente comporta execução definitiva, deve-se atentar para o fato de que – na imensa maioria das vezes – essa sentença dependerá de liquidação para ser executada. E, nessas condições, enquanto pender recurso de agravo de

²¹ Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

(...).

§3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§4º e 5º, e 461-A.

§4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

²² Idem 21.

²³ Idem 15.

instrumento não recebido com efeito suspensivo contra decisão de liquidação²⁴, o título executivo ainda será provisório, ensejando execução provisória.

A sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça²⁵ também poderá ser objeto de execução provisória. Embora, diga-se de passagem, seja hipótese rara, mas a sentença estrangeira homologada pelo Ministro Presidente do Superior Tribunal de Justiça²⁶ é passível de ser executada provisoriamente na pendência de agravo regimental contra a decisão do Ministro Presidente²⁷, pois esse recurso não é dotado de efeito suspensivo.

A sentença arbitral, que em regra não comporta recurso, mas somente a ação anulatória prevista no artigo 33 da Lei. 9.307/96, dificilmente estará sujeita à execução provisória²⁸. Uma hipótese seria o caso da prolação de sentença arbitral ilícida, que dependa de liquidação a ser realizada no Poder Judiciário²⁹. Seria

²⁴ Idem 20.

²⁵ Idem 15

²⁶ Resolução n. 09, de 04 de maio de 2005 do STJ. Art. 2°. É atribuição do Presidente homologar sentenças estrangeiras e conceder exequatur a cartas rogatórias, ressalvado o disposto no artigo 9° desta Resolução.

²⁷ Resolução n. 09, de 04 de maio de 2005 do STJ. Art. 11°. Das decisões do Presidente na homologação de sentença estrangeira e nas cartas rogatórias cabe agravo regimental.

²⁸ Nesse sentido, afirma Cândido Rangel Dinamarco que “as sentenças arbitrais jamais comportam recurso algum e, por isso, não há como pensar em suposta executividade provisória em relação a elas. (Execução provisória “in Instituições de Direito Processual Civil, vol. IV, São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p.763).

²⁹ Em sentido contrário é a lição de Carlos Alberto Carmona: “o sistema brasileiro não admite a denominada sentença parcial, de forma que os árbitros não poderão decidir o *an debeatur* para, depois, liquidarem (ainda que em sede arbitral) o *quantum debeatur*”. (Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96, 2ª edição, São Paulo: Atlas, 2004, p. 315).

aplicado aqui o mesmo raciocínio da sentença ilíquida ou da sentença penal condenatória: enquanto pendente o agravo de instrumento interposto contra a decisão de liquidação, a execução será provisória.

4. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL É PASSÍVEL DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA

Os títulos executivos extrajudiciais, estampados no artigo 585 do Código de Processo Civil³⁰, por força de lei, são dotados absolutamente de eficácia executiva.

No dizer de Marcelo Abelha Rodrigues:

“o título executivo extrajudicial já nasce como definitivo”³¹.

Todavia, diante da Lei 11.382/06, que deu nova redação ao artigo 587 do

³⁰ Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais:

I – a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque;

II – a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores;

III – os contratos garantidos por hipoteca, penhor, anticrese e caução, bem como os de seguro de vida;

IV – o crédito decorrente de foro e laudêmio;

V – o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como encargos acessórios, tais como taxas de despesas de condomínio;

VI – o crédito de serventuário de justiça, de perito, de intérprete, ou de tradutor, quando as custas, emolumentos ou honorários forem aprovados por decisão judicial;

VII – a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei;

VIII – todos os demais títulos a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.

(...).

³¹ www.marceloabelha.com.br/execucaooprovisoriadetituloexecutivoextrajudicial

Código de Processo Civil³², o entendimento passou a ser relativizado.

A nova regra processual ratificou que a ação de execução lastreada em título executivo extrajudicial é definitiva, porém, deu nova formatação à natureza da execução com a concessão do efeito suspensivo na oposição dos embargos à execução ou, mesmo que improcedente a sentença dos embargos, o recurso manejado for recebida com efeito suspensivo.

Assim sendo, será perfeitamente possível, diante da inovadora regra processual, a existência da execução fundada em título executivo extrajudicial de forma provisória.

Cabe aqui, para o momento, esclarecer que provisório não é o título executivo ou o sistema processual aplicado à execução, mas, sim, a decisão que concedeu efeito suspensivo ou julgou improcedente os embargos do devedor.

Com propriedade é a lição de Cassio Scarpinella Bueno:

“O que é provisório para a espécie é a decisão que rejeita os embargos, porque há recurso que desafia o seu contraste. É por força desta decisão e da possibilidade de ela vir a ser modificada em sede de recurso que o legislador mais recente fez a sua opção (válida) de

³² Art. 587. É definitiva a execução fundada em título extrajudicial; é provisória enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado, quando recebidos com efeito suspensivo (art. 739).

*emprestar o regime do art. 475-O à hipótese; não da natureza do título propriamente dito*³³.

A intenção do legislador não foi de criar um título executivo extrajudicial provisório, mas, sim, de garantir, mesmo com as possibilidades de suspensão da execução de título extrajudicial, por concessão de efeito suspensivo ou improcedência dos embargos, a continuidade do processo executivo, inclusive com a aplicação dos meios expropriatórios, mas, agora, sob a égide da execução provisória (art. 475-O).

Como externado pelo ilustre Cândido Rangel Dinamarco:

*“o visível intuito do legislador é a aceleração da tutela jurisdicional”*³⁴.

Portanto, é perfeitamente possível, diante da reforma legislativa, a execução provisória de título executivo extrajudicial dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

³³ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil. Tutela jurisdicional executiva. Vol. 3. 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 196.

³⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. Volume IV. 3ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 901.

5. A EXECUÇÃO PROVISÓRIA FRENTE AO SISTEMA RECURSAL

5.1. Recurso de apelação.

Via de regra, na atual sistemática recursal do Código de Processo Civil, consoante artigo 520 do Código de Processo Civil,³⁵ o recurso de apelação é dotado, já na sua essência, de efeito suspensivo.

O efeito suspensivo impede a imediata produção de efeitos da decisão recorrida até o julgamento do recurso, impossibilitando, então, a execução provisória.

A título de exceção à regra o mesmo artigo de lei estabelece as hipóteses, não taxativas, que o recurso de apelação será recebido órfão de efeito suspensivo³⁶, o que autoriza a execução provisória do julgado.

Todavia, as hipóteses autorizadoras da execução provisória são limitadas e não atendem a expectativa do sujeito de direito que, após longas e longas batalhas processuais, com profunda cognição exauriente, o que cria, sem dúvida, um juízo de “certeza”, tenha uma sentença favorável, mas não possa executá-la provisoriamente.

³⁵ Idem 16.

³⁶ Idem 16.

Assim leciona Luiz Guilherme Marinoni, ao citar Giuseppe Chiovenda:

“a duração do processo não deve prejudicar o autor que tem razão”³⁷.

É inconcebível, diante da evolução da sociedade e do sistema jurídico nacional, que assumiu para si, através do Estado, ao proibir a autotutela, o monopólio da prestação da tutela jurisdicional, prejudicar o autor que tem razão e clama por satisfatividade e efetividade.

Um processo que marcha com morosidade e atraso na prestação da tutela jurisdicional é um mal social que acarreta, ainda, grandes perdas econômicas.

Dispõe José Rogério Cruz e Tucci sobre o assunto:

“o fator tempo, que permeia a noção de processo, constitui, desde há muito tempo, o principal motivo da crise na Justiça, uma vez que a excessiva dilação temporal das controvérsias vulnera a ex radice o direito à tutela jurisdicional, acabando por ocasionar uma série de gravíssimos inconvenientes para as partes e para os membros da comunhão social”³⁸.

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de direito processual civil. Processo de execução. Vol. 3, 3ª edição, São Paulo: Editora RT, p. 353.

³⁸ CRUZ e TUCCI, José Rogério. Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do

Por força disso, encontra-se em tramitação na Casa Legislativa o Projeto de Lei 166/2010, com o objetivo, pela exposição de motivos, de dar vida aos princípios e direitos fundamentais de caráter processual consagrados na Carta Magna Brasileira.

O Projeto de Lei imprimirá maior celeridade à marcha processual, pois excluirá a atribuição automática do efeito suspensivo aos recursos (*ope legis*) transferindo a responsabilidade pela concessão do efeito suspensivo ao órgão jurisdicional (*ope juris*), desde que presentes os requisitos legais.

Mencionada modificação trará reflexos no recurso de apelação, pois proferida a sentença seus efeitos passam a se manifestar desde logo, sendo passível de execução provisória da sentença.

O escopo do Projeto de Lei é inverter a regra dos efeitos, de forma que a concessão do efeito suspensivo seja a exceção, e não mais a regra geral, devendo, em princípio, o recurso ser recebido apenas no efeito devolutivo.

Com isso, de fato o sistema processual será dotado de efetividade e celeridade, jogando pá de cal na morosidade enfrentada pelo titular em busca de seu direito, elevando, ainda mais, a execução provisória.

5.2. Recursos especial e extraordinário.

Os recursos especial e extraordinário não são dotados de efeito suspensivo e por isso não impedem a execução provisória do julgado³⁹.

Para o sistema processual vigente o acórdão, embora atacado pelos recursos especial e extraordinário, produzirá os seus efeitos e poderá ser alvo de execução provisória.

Vale ressaltar que, tais recursos impedem o trânsito em julgado e a formação da coisa julgada, mas não impedem a possibilidade de se executar a decisão de forma provisória.

Assim, a interposição dos mencionados recursos, por não terem efeito suspensivo, não impede a execução provisória.

³⁹ Art. 497. O recurso extraordinário e o recurso especial não impedem a execução da sentença; a interposição do agravo de instrumento não obsta o andamento do processo, ressalvado o disposto no art. 558 da Lei.

6.REGIME JURÍDICO

6.1. Normas que disciplinam a execução provisória.

A execução provisória passou por diversas alterações, pois era tratada no sistema jurídico brasileiro de forma limitada, e atualmente passou a ganhar notoriedade por força da moderna legislação processual.

Na lição de Paulo Henrique dos Santos Lucon:

“A execução provisória, quando era provisória pelos seus atos executivos, tinha natureza acautelatória”⁴⁰.

Com a mudança da espinha dorsal do instituto, tratando como provisório a decisão que fundamenta e não mais os atos executivos, a execução provisória ganhou a tão e esperada finalização dos atos executivos e satisfação do crédito.

Na mesma esteira é a posição de Donaldo Armelin:

“Ou seja, consoante inovação trazida pela Lei n. 10.444/2002, admitida e consolidada pela última reforma processual, temos agora a execução provisória-completa a que se referiu Cassio Sacarpinella Bueno, ou seja,

⁴⁰ LUCON, Paulo Henrique dos Santos Lucon. Eficácia das decisões e execução provisória. São Paulo: Editora RT, 2000, p. 210.

*agora será possível, ainda que mediante caução a finalização dos atos executivos e a satisfação do crédito*⁴¹.

Diante das alterações legislativas, a execução provisória passou a ser regida pelo artigo 475 – O do Código de Processo Civil⁴² e que far-se-á, “no que couber”, do mesmo modo que a definitiva, ressalvadas algumas normas específicas, cuja incidência se dá exatamente em razão da provisoriedade do título⁴³.

No curso do processo da execução provisória, o título executivo poderá tornar-se definitivo, transitando em julgado. Nessa hipótese, a execução provisória se transformará em execução definitiva, deixando de incidir as regras específicas no artigo 475-O do Código de Processo Civil.

No entanto, poderá ocorrer o inverso. A decisão executada provisoriamente poderá ser anulada ou reformada pelo recurso contra ela manejado. Diante dessa situação o legislador estabeleceu as regras dos incisos I a III do artigo 475 – O do Código de Processo Civil⁴⁴, que preveem a responsabilidade do exequente que se

⁴¹ ARMELIN, Donaldo, BONICIO, Marcelo J.M., CIANCI, Mirna, QUARTIERI, Rita. Comentários à execução civil. Título judicial e extrajudicial (artigo por artigo). 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 124.

⁴² Idem 10.

⁴³ A expressão “no que couber” foi inserida pela própria Lei 11.232/2005 e promete dar ensejo a uma gama de discussões a parte, ficando a cargo da doutrina e, principalmente, da jurisprudência a delimitação de quais regras da execução definitiva cabem ou não em relação a execução provisória.

⁴⁴ Idem 10.

adiantou em obter a satisfação do seu direito, restituir as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos e realização de caução para a prática de atos executivos mais gravosos.

6.2. A responsabilidade objetiva do exequente.

Com as alterações legislativas, a execução provisória passou a ganhar satisfatividade. Todavia, ao passo que o legislador concedeu a satisfatividade, garantindo, assim, celeridade na satisfação do direito, compensou o risco enxertando na execução provisória a responsabilidade civil objetiva do exequente na reparação dos danos, material e moral, ocorridos caso a decisão exequenda seja reformada ou anulada.

Araken de Assis assim ensina:

“Reconhece o artigo 475-O, I, do Código de Processo Civil o vetusto princípio qui sentit commoda, et incommoda sentire debet: à vantagem produzida pela execução provisional em suas expectativas processuais, corresponde, simetricamente, à responsabilidade objetiva do credor pelo dano, por ele criado, na esfera jurídica do executado.

Por isso, estabelece que a execução provisória corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, obrigado a reparar os danos provocados pela reforma do julgado”⁴⁵.

⁴⁵ ASSIS, Araken de. Manual da execução. 11ª edição. São Paulo: Editora RT, 2007, p. 312.

Não é diferente o entendimento de Cassio Scarpinella Bueno:

“A responsabilidade daquele que promove a execução provisória é objetiva, pois decorre do risco que assumiu ao iniciar a execução na pendência de recurso que pudesse anular ou reformar o título executivo, isto é, independente de culpa, dolo ou má-fé do exequente”⁴⁶.

Ao dar início a execução provisória o credor agiu de acordo com a lei. Logo, em tese, não houve ato ilícito, mas, sim, estrita legalidade.

Segundo escólio de Pontes de Miranda:

“o exequente, escolhendo o caminho da execução provisória, somente viu o seu interesse, e investiu, através do Estado, contra a esfera jurídica do executado; em simetria, o Estado dá ao executado o ressarcimento com base no artigo 588, I (revogado, atual 475-O, inciso I), porque o exequente expôs-se à álea. Não houve fortuidade na escolha, nem na reforma: o exequente escolheu, de sua livre vontade; os juízes, competentes para isso, reformaram a sentença mesma que lhe permitiu

⁴⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil. Tutela jurisdicional executiva. Vol. 3. 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 181.

*o dilema: executar, a seu risco, a sentença; ou esperar*⁴⁷.

Portanto, diante da posterior modificação do título, como efeito natural e, sem receio de constar, previsível, o dano provocado deverá ser objeto de ressarcimento e repostos seu patrimônio, material e moral, ao *statu quo ante*.

⁴⁷ BERMUDES, Sergio. Comentários ao código de processo civil, tomo IX. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 320.

6.3. Restituição ao estado anterior

De acordo com o artigo 475-O, inciso II do Código de Processo Civil⁴⁸, a execução fundada em decisão provisória “fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidado eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento.”

Na opinião de Araken de Assis “aí repousa o coração da nova sistemática da execução provisória iniciada com a Lei 10.444/02”⁴⁹.

A restituição ao estado pretérito, apurando-se, evidentemente os prejuízos amargados pelo executado, significa regressar ao estado prístino com o dever do exequente em restituir os danos acarretados.

A execução provisória é pautada em decisão temporária, e não duradoura e perpetua, e os atos executivos praticados, por terem sido iniciados por liberalidade do exequente, são realizados com a certeza que seus efeitos podem ser desconstituídos e o título, até então executivo, deixar de existir.

Com a desconstituição da eficácia executiva da decisão impõe-se a necessidade do retorno, naturalmente, ao *status quo ante*, desconsiderando os atos jurisdicionais praticados.

⁴⁸ Idem 10.

⁴⁹ ASSIS, Araken de. Cumprimento da sentença. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 122.

Caso os atos praticados tenha gerado dano ao executado necessário se faz, nos mesmos autos, a apuração do valor, por liquidação via arbitramento, para que o prejudicado possa perseguir a reparação dos danos experimentados também na via executiva.

6.3.1. O desfazimento dos atos executivos afeta terceiro?

A questão ganha relevância e diversas discussões, até então sem unanimidade na doutrina, nas situações que os atos executivos transformem o mundo exterior fora do processo, já que a nova sistemática da execução provisória autoriza a expropriação de bens como forma de satisfazer os interesses do exequente.

Como a execução provisória ganhou a desejável fase de alienação de bens penhorados (arrematação), importa verificar se o desfazimento dos atos executivos, com o conseqüente regresso ao estado anterior, atinge terceiro.

No entendimento de Cândido Rangel Dinamarco:

“desconstituir os efeitos dos atos executivos significa, na prática, cancelar as constringências judiciais realizadas na execução provisória, inclusive eventuais expropriações ou entrega de bens. Todos esses efeitos se desfazem, os bens são liberados e entregues de volta ao executado e a execução se extingue por falta de título.”⁵⁰

Na visão de Cândido Rangel Dinamarco, tese que não compartilho, mas respeito, a desconstituição do título executivo, no bojo da execução provisória, que acarreta o desfazimento dos atos executivos, inclusive os expropriatórios, e o

⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. Volume IV. 3ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 905/906.

regresso ao estado pretérito, afeta terceiros. Para esta corrente doutrinária os atos de alienação deverão ser todos cancelados frustrando os interesses e as expectativas de terceiros, sem levar em consideração a interpretação da responsabilidade objetiva do exequente.

De forma oposta, outra parte da doutrina, escola que compartilho a lição, entende que o desfazimento dos atos executivos não tem o condão de afetar terceiro, devendo prevalecer a responsabilidade objetiva do exequente em reparar os danos material e moral acarretados ao executado.

Para Cassio Scapinella Bueno:

“a melhor resposta é a de que o sistema atual não permite que uma alienação realizada em sede de execução provisória – desde que legitimamente realizada, vale frisar – 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 maior eficácia no sucesso nas alienações que se façam dos bens penhorados (independentemente da modalidade empregada para tanto), é que deve o terceiro, adquirente do bem, estar imune ao que vier a ocorrer de plano do processo. Por isto, deve prevalecer a interpretação do que

*decorre do inciso II do art. 475-O*⁵¹.

Donaldo Armelin, citando em sua obra Paulo Henrique dos Santos Lucon, corrobora o entendimento externando:

*“(...) concretizada a alienação judicial, prossegue ele, o bem alienado não deverá retornar ao patrimônio da parte que depois sagrou-se vencedora; é preferível entregar o produto da alienação ou caução oferecida, mantendo a alienação.”*⁵²

Não é diferente o entendimento da Teresa Arruda Alvim Wambier ao dizer que:

“se ocorrer a modificação da sentença ou sua anulação pelo tribunal, a restituição das coisas ao estado anterior poderá se mostrar impossível, na medida em que dos atos de expropriação, por exemplo, tenham participado terceiros, que não poderão ter a sua situação jurídica, já consolidada, modificada pela superveniência de decisão

⁵¹ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil. Tutela jurisdicional executiva. Vol. 3. 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 194.

⁵² ARMELIN, Donaldo, BONICIO, Marcelo J.M., CIANCI, Mirna, QUARTIERI, Rita. Comentários à execução civil. Título judicial e extrajudicial (artigo por artigo). 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 126.

*que modifique ou anule a sentença executada*⁵³.

A volta ao estado anterior obriga o credor a restituir as quantias recebidas; desconstitui-se o usufruto forçado; liberam os bens penhorados que não tenham sido alienados. Mas, os atos de alienação do domínio não devem ser desconstituídos, preservando o terceiro adquirente.

Diante disso, necessário se faz dar vida à responsabilidade civil objetiva do exequente que deverá, diante perda da eficácia executiva, reparar os danos acarretados ao executado, inclusive moral, sem que o desfazimento dos atos executivos afete terceiro, fortalecendo a perfeição da arrematação.

⁵³ MEDINA, José Miguel Garcia, WAMBIER, Luiz Rodrigues, ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Breves comentários à nova sistemática processual civil. Volume 3. São Paulo: Editora RT, 2007, p. 182.

6.4. A obrigação de prestar caução

Por disposição expressa do artigo 475-O, inciso III do Código de Processo Civil⁵⁴, exige-se a prestação de caução suficiente e idônea pelo exequente para (i) o levantamento do depósito em dinheiro; (ii) a prática de atos que impliquem alienação de propriedade; (iii) ou, ainda, para a prática de outros atos dos quais possa resultar grave dano para o executado.

A regra trazida pela Lei 10.444/02 não é taxativa, pois outros atos poderão ensejar a necessidade de prestar caução, em especial aqueles que possam acarretar grave dano ao executado como, dentre outros, a penhora de faturamento da empresa.

Tanto é que Cássio Scarpinella Bueno defende que:

*“toda vez que acarretar risco processual para o executado, faz-se pertinente a caução”.*⁵⁵

O escopo é eliminar ou, ao menos, minimizar os danos que o executado vier a sofrer no processo executivo, caso a decisão provisória seja reformada ou anulada.

⁵⁴ Idem 10.

⁵⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil. Tutela jurisdicional executiva. Vol. 3. 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 183.

Embora não seja o entendimento do Cassio Scarpinella Bueno⁵⁶ o Juiz da execução provisória poderá impor, a meu ver, de ofício a prestação da caução ao exequente, como poderá arbitrá-la de plano, como forma de garantir ou assegurar o retorno ao estado anterior na ocorrência da perda da eficácia executiva do título.

Compartilha do entendimento Leonardo Ferres da Silva Ribeiro ao apontar que:

“diante da natureza e função tipicamente cautelar da caução, poderá o Juiz de ofício determinar medidas que assegurem a eficácia do processo e a utilidade da jurisdição”⁵⁷

No mesmo sentido é o entendimento de Araken de Assis:

“incumbe ao Juiz impor ao exequente o dever de caucionar o ato executivo, ex officio, atendidos os elementos de incidência de garantia”⁵⁸.

⁵⁶ A expressão arbitrada de plano não pode querer significar que o magistrado exigi-la de ofício, isto é, sem que o interessado, aquele que sofre a execução provisória, requeira sua prestação. (BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil. Tutela jurisdicional executiva. Vol. 3. 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 183).

⁵⁷ SILVA RIBEIRO, Leonardo Ferrez da. Execução provisória no processo civil. São Paulo: Editora Método, 2006, p. 195.

⁵⁸ ASSIS, Araken de. Cumprimento da sentença. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 127.

A caução deverá ser ofertada nos mesmos autos da execução provisória, sem a necessidade de se ajuizar nova ação para atender tal finalidade.

É sabido que a exigência da caução está intimamente relacionada a responsabilidade civil objetiva do exequente para garantir, dentro do possível, como visto anteriormente, o retorno ao estado pretérito e ressarcimento de eventuais prejuízos sofridos pelo executado em razão da execução provisória desfeita.

Não se pode olvidar, que a real intenção do legislador, até mesmo diante da apuração das perdas e danos no bojo da execução provisória, é de facilitar a restituição da situação jurídica do executado na execução provisória de forma rápida e eficaz. Por isso a responsabilidade objetiva do exequente; a prestação de caução suficiente e idônea; a liquidação e a execução das perdas e danos nos mesmos autos.

Desta feita, deverá o Juiz, quando do arbitramento do montante da caução (garantia), ter em vista, e não poderá se esquivar, sua suficiência para garantir a reposição das partes ao estado anterior, sem esquecer de mensurar o *quantum* para reparar os danos que possam ser vislumbrados ao executado. Ademais, necessário será, também, por cautela, aferir a idoneidade da caução ofertada pelo exequente e sua adequação ao caso *sub judice*, para garantir a facilidade e rapidez na restituição do *status quo ante*.

A caução, por não ter especificidade legal, poderá ser real ou fidejussória sem

excluir, a meu ver, as garantias do artigo 827 do Código de Processo Civil⁵⁹.

Diante disso, se o Juiz entender que a caução é insuficiente ou inidônea deverá estancar a execução provisória até que o exequente garanta, por reforço ou outra garantia, caução suficiente para dar continuidade aos atos executivos, inclusive de expropriação, como forma de garantir a facilidade e rapidez na restituição do *status quo ante*, caso seja necessário.

⁵⁹ Art. 827. Quando a lei não determinar a espécie de caução, esta poderá ser prestada mediante depósito em dinheiro, papéis de crédito, títulos da União ou dos Estados, pedras e metais preciosos, hipoteca, penhor e fiança.

6.4.1. A dispensa da caução

A necessidade de se prestar caução para a prática de determinados atos dentro da execução provisória comporta exceções à regra geral, ainda que se trate de atos que possam acarretar grave dano ao executado. As exceções estão contempladas no parágrafo segundo, do artigo 475-O do Código de Processo Civil⁶⁰ como sendo (i) crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito e (ii) na pendência de julgamento de agravo de instrumento da competência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça.

⁶⁰ Idem 10.

6.4.1.1. Crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito

A primeira exceção à regra geral, estampada no artigo 475-O, parágrafo segundo, inciso I do Código de Processo de Civil⁶¹, de prestar caução nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de sessenta vezes o salário mínimo, que o exequente demonstrar situação de necessidade.

A nova regra processual não abarca somente crédito de natureza alimentar, mas, também, crédito proveniente de ato ilícito.

Assim, por interpretação fria, a dispensa de caução atingirá as indenizações por danos material e moral decorrente de responsabilidade civil pela prática de ato ilícito.

Todavia, constata-se que a dispensa da caução somente poderá ser concretizada se o exequente conjugar o crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, limitado até sessenta salários mínimos, com a necessidade de recebimento do mencionado valor.

Difícil será, a meu ver, dar o real sentido ao termo situação de necessidade, ficando ao cargo do Juiz interpretar caso a caso.

A exceção elencada autoriza a execução provisória, inclusive com atos expropriatórios, levantamento de dinheiro ou que cause grave dano ao executado,

⁶¹ Idem 10.

sem a necessidade de prestar caução.

Tal possibilidade dá ensejo à frustração do sistema que garante o retorno da situação jurídica do executado ao estado pretérito no caso de provimento do recurso manejado. Tanto é que o exequente não terá saúde financeira para, por força da responsabilidade objetiva, reparar os danos acarretados ao executado, precisamente por estar em situação de necessidade.

A dispensa de caução para a generalidade de créditos decorrentes de ato ilícito causará insegurança á possibilidade de retorno das partes ao estado anterior.

6.4.1.2. Na pendência de julgamento de agravo de instrumento da competência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça.

A outra exceção à regra, estampada no artigo 475-O, parágrafo segundo, inciso II do Código de Processo de Civil⁶², estabelece que se o único recurso pendente de julgamento contra a decisão exequenda for o de agravo de instrumento contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário ou especial a caução será dispensada, salvo quando a dispensa acarretar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação.

A dispensa da caução ocorrerá em função da vaga probabilidade de reforma da decisão exequenda, o que garantirá a continuidade da marcha da execução provisória sem a prestação da caução.

Entretanto, o Juiz poderá exigir a caução quando verificar que o executado poderá sofrer grave dano, de difícil ou incerta reparação, de acordo com o seu prudente critério.

Cassio Scarpinella Bueno entende que:

“toda vez que o magistrado constatar haver “periculum in mora inverso”, em relação ao executado, ele poderá deixar de dispensar a caução”⁶³.

⁶² Idem 10.

⁶³ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil. Tutela jurisdicional executiva. Vol. 3. 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 190.

Fica claro que o Juiz poderá exigir caução quando for constatado que o executado corre perigo de sofrer grave dano, de difícil ou incerta reparação.

6.5. A multa do artigo 475-J tem aplicação na execução provisória?

O processo de execução passou por diversas modificações legislativas, buscando, com as reformas realizadas, modernas e necessárias, compelir o devedor a cumprir a obrigação proveniente de decisão condenatória transitada em julgado.

Para tanto, a Lei 11.232/05 instituiu, conforme redação do artigo 475-J do Código de Processo Civil⁶⁴, a multa de 10% (dez por cento) sobre o montante da condenação quando o devedor, condenado a pagar quantia certa, não efetue o pagamento no prazo legal.

O que é certo e indiscutível é que a multa se aplica na execução definitiva, quando a decisão não comporta mais recurso, inclusive para acrisolar, definitivamente, o anacrônico problema do processo de execução e dar celeridade ao cumprimento das sentenças.

⁶⁴ Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de 15 (quinze) dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de 10% (dez por cento) e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.

§1º Do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de 15 (quinze) dias.

§2º Caso o oficial de justiça não possa proceder à avaliação, por depender de conhecimentos especializados, o juiz, de imediato, nomeará avaliador, assinando-lhe breve prazo para entrega do laudo.

§3º O exequente poderá, em seu requerimento, indicar desde logo os bens a serem penhorados.

§4º Efetuado o pagamento parcial no prazo previsto no *caput* deste artigo, a multa de 10% (dez por cento) incidirá sobre o restante.

§5º Não sendo requerida a execução no prazo de 6 (seis) meses, o juiz mandará arquivar os autos, sem prejuízo de seu desarquivamento a pedido da parte.

A exposição de motivos da Lei 11.232/05 assim reza:

“3. É tempo, já agora, de passarmos do pensamento à ação em tema de melhoria dos procedimentos executivos. A execução permanece o calcanhar de Aquiles do processo. Nada mais difícil, com frequência, do que impor ao mundo fatos os preceitos abstratamente formulados no mundo do direito.

Com efeito: após o longo contraditório no processo de conhecimento, ultrapassados todos os percalços, vencidos os sucessivos recursos, sofridos os prejuízos decorrentes da demora (quando menos o damno marginale in senso stretto de que nos fala Italo Andolina), o demandante logra obter alfim a prestação jurisdicional definitiva, com o trânsito em julgado da condenação da parte adversa. Recebe então a parta vitoriosa, de imediato, sem tardança maior, o bem da vida a que tem direito? Triste engano: a sentença condenatória é título executivo, mas não se reveste de preponderante eficácia executiva. Se o vencido não se dispõe a cumprir a sentença, haverá iniciar o processo de execução, efetuar nova citação, sujeitar-se à contrariedade do executado mediante embargos, com sentença e possibilidade de novos e sucessivos recursos.

Tudo superado, só então o credor poderá iniciar os atos executórios propriamente ditos, com a expropriação do bem penhorado, o que não raro propicia mais incidentes e agravos.

Ponderando, inclusive, o reduzido número de magistrados atuantes em nosso país, sob índice de litigiosidade sempre crescente (pelas ações tradicionais e pelas decorrentes da moderna tutela dos direitos transindividuais), impõe-se buscar maneiras de melhorar o desempenho processual (sem fórmulas mágicas, que não as há), ainda que devamos, em certas matérias (e por que não?), retomar por vezes

caminhos antigos (e aqui o exemplo do procedimento do agravo, em sua atual técnica, versão atualizada das antigas cartas diretas...), ainda que expungidos rituais e formalismos já anacrônicos”.

Todavia, ainda paira a dúvida, ou melhor, em se tratando de execução provisória fica a incógnita da aplicação da multa, tanto que as novas regras introduzidas têm gerado muitas demandas, em razão da novidade, carecendo, ainda, de entendimentos e posições consolidadas.

A doutrina vem discutindo com fervor a aplicação da multa do artigo 475-J do diploma processual civil⁶⁵ na execução provisória, o que gera, por consequência, posicionamentos diferentes.

O que se percebe, digamos assim, é que a corrente majoritária defende a aplicação da multa na execução provisória, com sustentação de que se aplica, no que couber, o regramento da execução definitiva na execução provisória.

Na lição externada por Araken de Assis:

“não há motivo plausível para excluir a multa da execução provisória; ao contrário, a tese contraria o artigo 475-O, caput, segundo o qual far-se á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva”⁶⁶.

⁶⁵ Idem 64.

⁶⁶ ASSIS, Araken de. Cumprimento da sentença. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 165.

Assim, pouco importa se a execução é provisória ou definitiva, pois a multa será aplicada pelo fato da dívida ser exequível.

No mesmo sentido é a lição de Cassio Scarpinella Bueno:

“a multa do artigo 475-J deverá ser aplicada nos casos de execução provisória”⁶⁷.

Reforçando, ainda mais, a corrente defensora da aplicação da multa do artigo 475-J do Código de Processo à execução provisória cita-se a posição de Donaldo Armelin:

“Consideramos, todavia, na linha da exposição aqui desenvolvida, que, tendo início o cumprimento de sentença em sede provisória ou definitiva, a requerimento do credor e não de modo automático, incidirá a multa, posto que atuante em desfavor do exequente a responsabilidade pelo fato da execução, de sorte que estará ele sujeito a arcar os prejuízos causados pelo simples fato da execução, por ser considerado que inexistente dicotomia entre cumprimento e execução, tratando-se de fase única.”⁶⁸

⁶⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil. Tutela jurisdicional executiva. Vol. 3. 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 212.

⁶⁸ ARMELIN, Donaldo, BONICIO, Marcelo J.M., CIANCI, Mirna, QUARTIERI, Rita. Comentários à execução civil.

Na mesma esteira é o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni ao sustentar que a multa deverá ser aplicada na execução provisória como forma de garantir a efetividade do provimento jurisdicional. Vejamos:

“Quando a sentença produz efeitos na pendência da apelação – o que é exceção – ou na pendência dos recursos especial ou extraordinário – o que é regra, o prazo para cumprimento da condenação corre no interior do processo, exatamente a partir do momento em que a sentença se torna eficaz. Mais precisamente, o prazo de quinze dias começa a correr a partir do momento em que ao réu é dada ciência da sentença (objeto de apelação) ou da decisão do tribunal (objeto de recurso especial ou extraordinário).

Em síntese: quando o recurso tem efeito suspensivo, não se incia a contagem do prazo de quinze dias para cumprimento da sentença; quando o recurso não tem efeito suspensivo, o prazo flui a partir do instante em que o réu tem ciência da decisão.

Se não há dúvida de que o prazo de quinze dias corre a partir do momento em que a sentença condenatória passa a produzir efeitos, a multa, por consequência lógica, será devida a partir do momento em que a sentença não for

cumprida, não importando a circunstância de não ter transitado em julgado. Ora, a multa – não obstante tenha natureza punitiva – tem a finalidade de imprimir efetividade à condenação. Cair no equívoco de admitir que a multa somente pode incidir depois do trânsito em julgado implica em ignorar o fato de que ela também objetiva dar efetividade à sentença condenatória e que essa pode traduzir efeitos antes da formação da coisa julgada material. Na realidade, querer que a multa incida apenas depois do trânsito em julgado revele a velha e confusa subordinação do efeito sentencial à coisa julgada material ou, em termos mais claros, a falta de percepção de que o efeito da sentença é independente da coisa julgada material.⁶⁹

A corrente doutrinária tem o apoio jurisprudencial dos Desembargadores da Décima Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em julgamento do Agravo n. 70029670759, que teve como relator Carlos Rafael dos Santos Junior, tem-se que é possível a aplicação da multa do artigo 475-J do Código de Processo Civil⁷⁰. Vejamos:

⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de direito processual civil. Processo de execução. Vol. 3, 3ª edição, São Paulo: Editora RT, p. 243.

⁷⁰ Idem 64.

EMENTA: AGRAVO INTERNO. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. DETERMINAÇÃO DE DEPÓSITO DA IMPORTÂNCIA DEVIDA SOB PENA DE INCIDÊNCIA DA MULTA DO ART. 475-J, DO CPC. POSSIBILIDADE. DECISÃO MONOCRÁTICA ADEQUADA AO CASO CONCRETO.

Possibilidade de aplicação da multa prevista do art. 475-J, do CPC mesmo em se tratando de execução provisória. Decisão monocrática que negou seguimento ao recurso cujos motivos conduzem exatamente a resultado posto. Jurisprudência dominante no mesmo sentido. Negaram provimento. **(Agravo n. 70029670759, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Rafael dos Santos Junior, julgado em 02/06/2009).**

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, através da Nona Câmara Cível, entende que é juridicamente possível a aplicação da multa prevista no artigo 475-J do Código de Processo Civil⁷¹, uma vez que as novas regras da execução provisória se converterá, imediata e automaticamente, em definitiva na ocorrência do trânsito em julgado, sendo, desse modo, evidente, que não haverá espaço para novo requerimento de inclusão da multa que porventura estivesse fora dos cálculos.

⁷¹ Idem 64.

A Sétima Câmara de Direito Privado, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em julgamento do Agravo de Instrumento n. 5997394100, entendeu por correto e juridicamente possível a aplicação da multa do artigo 475-J⁷² do Código de Processo Civil na execução provisória.

EMENTA – Agravo de Instrumento – Execução provisória de sentença – Inclusão da multa de 10% pelo descumprimento voluntário – Possibilidade – Segundo as novas regras para cumprimento da sentença líquida ou liquidada, não há distinção no procedimento da execução provisória ou definitiva – Desnecessidade de intimação específica – Recurso provido. (Agravo de instrumento n. 5997394100, Sétima Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator: Luiz Antonio Costa, Julgado em 19 de novembro de 2008).

Destarte, para a corrente doutrinária majoritária, inclusive com o apoio de outros grandes doutrinadores, embora não citados no presente trabalho, é perfeitamente possível a aplicação da multa à execução provisória.

Em sentido oposto, a outra parte da doutrina, com argumentos igualmente fortes e convincentes, corrente a que tenho enorme admiração e concordância, defende a impossibilidade da aplicação da multa do artigo 475-J do Código de

⁷² Idem 64.

Processo Civil⁷³ na execução provisória.

Existem pilares fortes o suficiente que legitimam a impossibilidade de aplicar-se a multa do artigo 475-J do Código de Processo Civil⁷⁴ na execução provisória.

O ponto de partida para a construção da base que dá sustentação ao presente entendimento, como não poderia deixar de ser, é o próprio artigo 475 - J do Código de Processo Civil. Assim dispõe:

Artigo 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada liquidação, não o efetue no prazo de 15 (quinze) dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de 10% (dez por cento) e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.

O artigo supra prevê apenas que o condenado ao pagamento de quantia certa ou fixada em liquidação de sentença, não realize o pagamento no prazo legal, seja multado em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

A execução definitiva tem por objetivo o cumprimento de uma obrigação irrecorrível, definitiva e imutável, ao passo que a execução provisória tem a

⁷³ Idem 64.

⁷⁴ Idem 64.

finalidade de antecipar os atos executivos garantindo o resultado útil da execução.

Inexistindo, portanto, condenação definitiva, na medida em que a decisão proferida está sendo desafiada por recurso sem efeito suspensivo, não há que se aplicar na execução provisória a multa do artigo 475-J do Código de Processo Civil⁷⁵, sendo que a parte vencedora poderá exigir tão somente, a fim de garantir o resultado útil da execução, o montante condenatório proferido em sentença.

Não se pode olvidar, cuja aplicação deverá ser realizada concomitantemente, que o artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal⁷⁶ determina que *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*.

Embora a execução provisória seja autorizada por lei, inclusive com a responsabilidade objetiva do exequente, de reparar os danos causados ao executado, na ocorrência de modificação do julgado, permitir a aplicação da multa seria, a meu ver, extrapolar os ditames legais.

Não parece razoável, mesmo diante da moderna e necessária reforma introduzida ao processo executivo, que enquanto estiver pendente julgamento do recurso seja o executado penalizado por multa em decorrência do descumprimento

⁷⁵ Idem 64.

⁷⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...).

LIV – ninguém será privado da sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

da sentença, sobretudo porque é o próprio ordenamento jurídico, inclusive com força constitucional, quem lhe garante as ferramentas recursais pertinentes para insurgir-se contra a decisão.

Assim é o escólio de Sidney Palharini Júnior:

“Não se pode fechar os olhos à condição determinada pela lei para a incidência da multa, mais precisamente, para início da contagem do prazo para pagamento sob pena de incidência de multa, qual seja a situação de condenado do devedor.

O alcance dessa expressão está inserido na abrangência do conceito do devido processo legal, estando a interpretação que pretendemos, portanto, embasada em preceitos constitucionais cogentes.

Com efeito, dispõe a Constituição Federal: ‘Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes’.

Ao litigante, portanto, é assegurada a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes em respeito ao devido processo legal. Desse modo, ao devedor condenado é permitido utilizar-ser dos instrumentos de impugnação que a lei lhe faculta. Ao final, mantida a condenação ou não, com o trânsito em julgado da sentença, estará o título executivo judicial definitivamente formalizado, sob o crivo do devido processo legal.

Enquanto pender recurso, independentemente dos efeitos que seja dotado, não se pode dizer, à luz do devido processo legal, que há condenado, ante a possibilidade de reforma do título capaz de ensejar execução provisória.

Com isso não se está a dizer que a Constituição Federal aboliu a execução provisória, e sim que o litigante será tido por condenado somente com o trânsito em julgado da sentença.

Ao exigir o art. 475-J que o devedor esteja condenado, acabou por limitar a possibilidade de incidência da multa em questão somente às hipóteses de execução definitiva, uma vez que, antes do trânsito em julgado da sentença, não há que se falar que o devedor esteja, efetivamente, condenado, considerando-se a abrangência do conceito

*do devido processo legal*⁷⁷.

Na mesma esteira é a opinião técnica de Humberto Theodoro Júnior:

“A multa em questão é própria da execução definitiva, pelo que pressupõe sentença transitada em julgado. Durante o recurso sem efeito suspensivo, é possível a execução provisória, como faculdade do credor, mas inexistente, ainda, obrigação de cumprir espontaneamente a condenação para devedor. Por isso não se pode penalizá-lo com a multa pelo atraso naquele cumprimento.

Convém lembrar que o direito de recorrer integra a garantia do devido processo legal (CF, art. 5º, inciso LV), pelo que o litigante não poderá ser multado por se utilizar, adequadamente e sem abuso, desse remédio processual legítimo. (...) Dessa maneira, há na própria sistemática do direito processual uma inviabilidade de punir-se o devedor por não cumprir a sentença contra o qual interpôs regular recurso.

*(...) a multa do art. 475-J não tem caráter repressivo de litigância de má-fé. Sua função é de mera remuneração moratória*⁷⁸.

⁷⁷ PALHARINI JR., Sidney. Algumas reflexes sobre a multa do artigo 475-J do CPC. In Execução Civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Editora RT, 2007, p. 274/275.

⁷⁸ THEODORO JR., Humberto. Curso de direito processual civil. Processo de execução e cumprimento de

Ademais, não se pode esquecer, ainda, que o pagamento dito pelo artigo 475-J do Código de Processo Civil⁷⁹ é modalidade voluntária de extinção da obrigação que reflete na esfera processual.

Acontece que, na execução provisória o devedor não realiza o pagamento da dívida, mas, pura e simplesmente, a garante.

Nesse sentido ensina Pedro da Silva Dinamarco:

“(...) de um lado, na execução provisória o devedor não realiza o pagamento da dívida, com imediata transferência de titularidade do dinheiro, mas apenas a garantia do juízo (ainda que eventualmente o credor possa levantar o dinheiro, com ou sem caução); e, de outro lado, a multa do art. 475-J visa estimular o pagamento definitivo do credor e não apenas a garantia do juízo. Assim, apenas quando houver o trânsito em julgado daquela condenação provisoriamente executada é que o devedor condenado terá o prazo de 15 dias para pagar a dívida, sob pena de multa. Vale dizer, se na execução provisória houver sido penhorado algum bem que não seja o próprio dinheiro, então ao transitar em julgado a sentença condenatória caberá ao devedor pagar sua dívida no prazo legal, sob

sentença. Processo cautelar e tutela de urgência. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 53.

⁷⁹ Idem 64.

pena de multa.⁸⁰”

Na mesma esteira é a posição de Cândido Rangel Dinamarco:

“Ao falar em pagamento, e não depósito, expressa o Código de Processo Civil a ideia de que não se trata de uma oferta de bens a penhorar, pois o vocábulo pagamento tem um significado muito preciso em direito substancial e designa ato de adimplemento voluntário com que ordinariamente o devedor extingue suas obrigações de conteúdo pecuniário⁸¹”.

Conclui-se, portanto, que não se pode confundir o pagamento, como vem acontecendo, modalidade de extinção da obrigação, com a prestação de caução, que apenas garante o cumprimento da obrigação.

Como o pagamento é modalidade voluntária de extinção de obrigação, não é forçoso dizer que se ocorrer o pagamento o executado estaria reconhecendo a procedência da demanda, consoante artigo 269, inciso II, do Código de Processo Civil⁸² e, por conseguinte, seria ato incompatível com a vontade de recorrer,

⁸⁰ DINAMARCO, Pedro da Silva. A polêmica multa do artigo 475-J. In: Aspectos polêmicos da nova execução. São Paulo: Editora RT, 2006, p. 413/414.

⁸¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. Volume IV. 3ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 593.

⁸² Art. 269. Haverá resolução de mérito:

consoante artigo 503 do Código de Processo Civil⁸³.

Não resta dúvida, como bem lembrado por Fredie Didier Júnior, que tal situação gera preclusão lógica. Vejamos:

“Com efeito, o que impede que a condenação sofra o acréscimo pecuniário é mesmo a incompatibilidade da multa com o instituto em questão.

É que tal multa tem como uma de suas finalidades incentivar cumprimento voluntário da decisão executada; cumprir voluntariamente é pagar dívida. Se se está em execução provisória, e porque o executado interpôs recurso, ainda pendente de apreciação, que não impediu a produção de efeitos pela são recorrida. Ora, não há razoabilidade em forçar, sob pena de multa, cumprimento voluntário por parte do devedor que lançou mão de recurso sem efeito suspensivo e nutre a esperança de o título venha a ser reformado ou anulado, por mais remota

I – quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor;

II – quando o réu reconhecer a procedência do pedido;

III – quando as partes transigirem;

IV – quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição;

V – quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação.

⁸³ Art. 503. A parte, que aceitar expressa ou tacitamente a sentença ou a decisão, não poderá recorrer.

Parágrafo único. Considera-se aceitação tácita a prática, sem reserva alguma, de um ato incompatível com a vontade de recorrer.

que seja a chance. O pagamento do valor correspondente ao crédito caracteriza, sim, aceitação tácita da decisão, por ser ato incompatível com a vontade de recorrer (art. 503, parágrafo único, do CPC), acarretando a inadmissibilidade do recurso manejado. É uma nítida hipótese de preclusão lógica⁸⁴.”

Assim sendo, verifica-se que a multa não é compatível com a execução provisória.

Por fim, e como forma de fortalecer o entendimento da impossibilidade de aplicação da multa do artigo 475-J do Código de Processo Civil⁸⁵ na execução provisória, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça em sede de Recurso Especial. Vejamos:

PROCESSUAL CIVIL – MULTA DO ART. 475-J DO CPC
– INCIDÊNCIA NA EXECUÇÃO PROVISÓRIA –
IMPOSSIBILIDADE – INCOMPATIBILIDADE LÓGICA –
NECESSIDADE DE AFASTAMENTO DA MULTA.

1.O artigo 475-J, com redação dada pela Lei 11.232/2005, foi instituído com o objetivo de estimular o devedor a realizar o pagamento da dívida objeto de sua

⁸⁴ DIDIER JR., Fredie, ANDRADE, Daniela. Execução provisória e a multa do art. 475-J. In: Aspectos polêmicos na nova execução, São Paulo: Editora RT, 2006, p. 205.

⁸⁵ Idem 64.

condenação, evitando assim a incidência da multa pelo inadimplemento da obrigação constante do título executivo.

2.A execução provisória não tem como escopo primordial o pagamento da dívida, mas sim de antecipar os atos executivos, garantindo o resultado útil da execução.

3.Compelir o litigante a efetuar o pagamento sob pena de multa, ainda pendente de julgamento o seu recurso, implica em obrigá-lo a praticar ato incompatível com o seu direito de recorrer (art. 503, parágrafo único do CPC), tornando inadmissível o recurso.

4.Por incompatibilidade lógica, a multa do artigo 475-J do CPC não se aplica na execução provisória. Tal entendimento não afronta os princípios que inspiraram o legislador da reforma.

Recurso especial provido. (REsp n. 1.100.658 – SP, Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Humberto Martins, julgado em 07 de maio de 2009)

Assim, frente ao caráter provisório do título exequendo, não há, pois, inadimplemento do devedor, motivo pelo qual não há que se aplicar a multa do artigo 475-J do Código de Processo Civil⁸⁶ na execução provisória.

⁸⁶ Idem 64.

Portanto, é assegurado a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes em respeito ao devido processo legal. Desse modo, ao devedor é lícito utilizar-se dos instrumentos de impugnação que a lei autorizar. Ao final, se mantida a decisão atacada com o trânsito em julgado da sentença, estará o título executivo judicial formado, sob o manto do devido processo legal, ocasião em que, havendo execução, o tramite seguirá o disposto no artigo 475 – J do Código de Processo Civil⁸⁷.

⁸⁷ Idem 64.

6.5.1. A natureza jurídica da multa do artigo 475-J do CPC.

Diz o novo artigo 475-J do Código de Processo Civil, instituído pela 11.232/2005, que *“caso devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, deste Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação”*.

O artigo instituído ao diploma processual civil criou um novo cenário na execução definitiva ao inserir a multa para o não cumprimento da obrigação proveniente de decisão judicial agasalhada pelo manto da coisa julgada.

Todavia, muito se tem discutido, até por se tratar de recente alteração legislativa, se a multa inserida no artigo 475-J do Código de Processo Civil⁸⁸ tem natureza coercitiva, a qual almeja forçar o executado a cumprir a obrigação pecuniária agasalhada pela coisa julgada, ou punitiva, cuja aplicação será realizada como penalidade pelo descumprimento da obrigação pecuniária imutável.

A meu ver, cuja posição será sustentada na doutrina pátria, a multa do artigo 475-J do Código de Processo Civil⁸⁹ é coercitiva para estimular o devedor a cumprir obrigação pecuniária transitada em julgado.

É praticamente pacífico, na doutrina, que a melhor forma de cumprir

⁸⁸ Idem 64.

⁸⁹ Idem 64.

imediatamente o comando judicial é com a aplicação de medida coercitiva.

A aplicação de medida coercitiva atinge, em tese, diretamente, a esfera psicológica do devedor, visando o cumprimento da decisão judicial transitada em julgado.

A multa do artigo 475-J do Código de Processo Civil⁹⁰ consiste em medida coercitiva imposta a vencer a resistência do devedor em cumprir o preceito contido na sentença condenatória não mais passível de recurso.

Cândido Rangel Dinamarco assim dispõe sobre a aplicação de medida coercitiva:

“Das medidas necessárias autorizadas pelo Código de Processo Civil como meios de induzir o obrigado ao adimplemento das obrigações específicas, têm bastante realce as multas coercitivas, que são a versão brasileira das astreintes concebidas pelos tribunais franceses com a mesma finalidade. Elas atuam no sistema mediante o agravamento da situação do obrigado renitente, onerando-o mais e mais a cada hora que passa, ou a cada dia, mês ou ano, ou a cada ato indevido que ele venha a repetir, ou mesmo quando com um só ato ele

⁹⁰ Idem 64.

descumprir irremediavelmente o comando judicial – sempre com o objetivo de criar em seu espírito a consciência de que lhe será mais gravoso descumprir do que cumprir a obrigação emergente do título⁹¹”.

As medidas coercitivas consistem em sanção processual de cunho patrimonial, imposta como consequência de uma coerção, para cumprimento da obrigação pecuniária.

Cassio Scarpinella Bueno em seus ensinamentos sustenta que a natureza jurídica da multa é coercitiva. Vejamos:

“Esta multa tem clara natureza coercitiva, vale dizer, ela serve para inculcar no espírito do devedor aquilo que a Lei n. 11.232/2005 não diz de forma clara (e, cá entre nós, talvez nenhuma lei ou, mais amplamente, ato normativo, precise ou precisasse dizer), o que seja, que as decisões jurisdicionais devem ser cumpridas e acatadas de imediato, sem tergiversações, sem delongas, sem questionamentos, sem hesitações, na exata medida em que elas sejam eficazes, isto é, na exata medida em que elas surtam seus regulares efeitos. Na (remota) hipótese

⁹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. Volume IV. 3ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 535.

de a sentença não ser cumprida (preservando o devedor, com este seu comportamento, a inércia que levou o credor a demandá-lo em juízo), o valor total da condenação será acrescido daquele percentual. Isto, penso eu, porque a nova lei também não trata deste assunto, sem prejuízo de o devedor responder também pelos honorários de advogado e pelas custas devidas pelos atos de execução que, diante de sua relutância em acatar o que já deveria ser acatado, terão início.⁹²

A multa de natureza coercitiva estimula o devedor a cumprir imediatamente a decisão judicial transitada em julgada, como deve ser, sem delongas ou questionamentos, para não torná-la inócua.

⁹² www.scarpinellabueno.com.br/execuçãoprovisoria

7. CONCLUSÃO

Como se pôde observar, diante do presente estudo, a execução provisória, impulsionada por modernas e corajosas alterações legislativas, passou a gozar de notável grau de satisfatividade, ou melhor, passou a ser uma execução completa, desde que observados e respeitados os ditames legais.

A tendência que vem se concretizando, diante das reformas realizadas, é conferir maior efetividade a execução provisória, aproximando-a cada vez mais da execução definitiva, mas sem aplicação da multa do artigo 475-J do Código de Processo Civil.

A maior prova de que a execução provisória ganhou satisfatividade e efetividade, antecipando o bem da vida ao titular do direito, mesmo com decisão judicial passível de mutação, por força de recurso pendente de julgamento, é a possibilidade da execução atingir atos de alienação de domínio e ampliação das hipóteses de dispensa de caução.

As reformas pelas quais a execução provisória passou despiu a roupagem do nada jurídico, transformando-a por completo, para ser o instrumento pelo qual garantirá a satisfatividade na prestação da tutela jurisdicional ao entregar o bem da vida ao credor.

8. BIBLIOGRAFIA

ARMELIN, Donaldo, BONICIO, Marcelo J.M., CIANCI, Mirna, QUARTIERI, Rita. Comentários à execução civil. Título judicial e extrajudicial. (artigo por artigo). 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

ASSIS, Araken de. Cumprimento de sentença. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

ASSIS, Araken de. Manual da execução. 11ª edição. São Paulo: Editora RT, 2007.

BERMUDES, Sergio. Comentários ao código de processo civil, tomo IX. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil. Tutela jurisdicional executiva. Volume 3. 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal. Revista de processo. São Paulo: Editora RT.

DIDIER JR., Fredie, ANDRADE, Daniela. Execução provisória e multa do art. 475-J do CPC In: Aspectos polêmicos da nova execução. São Paulo: Editora RT, 2006.

DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil. Volume 2. PODVIM, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. Volume IV. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. Volume IV. 3ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

DINAMARCO, Pedro da Silva. A polêmica multa do artigo 475-J In: Aspectos polêmicos da nova execução. São Paulo: Editora RT, 2006.

FUX, Luiz. O novo processo de execução. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Eficácia das decisões e execução provisória. São Paulo: Editora RT, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de direito processual civil. Processo de execução. Volume 3. 3ª edição. São Paulo: Editora RT, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia, WAMBIER, Luis Rodrigues, ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Breves comentários à nova sistemática processual civil. Volume 3. São Paulo: Editora RT, 2007.

NERY JR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 7ª edição. São Paulo: Editora RT, 2003.

PALHARINI JR., Sidney. Algumas reflexões sobre a multa do artigo 475-J do CPC In: Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Editora RT, 2007.

SANTOS, Ernane Fidelis dos. As reformas de 2005 do código de processo civil. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

SILVA RIBEIRO, Leonardo Ferrez da. Execução provisória no processo civil. São Paulo: Editora Método, 2006.

THEODORO JR., Humberto. Curso de direito processual civil. Processo de execução e cumprimento de sentença. Processo cautelar e tutela de urgência. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. Comentários ao código de processo civil. 2ª edição. São Paulo: Editora RT.

www.marceloabelha.com.br/execucaoprovisoriadetituloexecutivoextrajudicial.

Acesso em: 21 de outubro de 2012.

www.scarpinellabueno.com.br/execucaoprovisoria. Acesso em: 15 de novembro de 2012.