

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - COGEAE
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

ERIKA OCAMPO DA COSTA

A SISTEMÁTICA DA ATUAL EXECUÇÃO PROVISÓRIA

**São Paulo
2013**

ERIKA OCAMPO DA COSTA

A SISTEMÁTICA DA ATUAL EXECUÇÃO PROVISÓRIA

Monografia apresentada ao Curso de Especialização Puc-SP/Cogear, como parte dos requisitos para obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil, sob a orientação da professora Luciana Nini Manente.

**São Paulo
2013**

ERIKA OCAMPO DA COSTA

A SISTEMÁTICA DA ATUAL EXECUÇÃO PROVISÓRIA

Trabalho de Conclusão de Pós-Graduação- Puc/Cogea

Comissão Julgadora

Professor Orientador

Professor Examinador (1)

Professor Examinador (2)

**São Paulo
2013**

Dedico a presente monografia aos meus pais, Antônio e Nilza, aos meus irmãos, César e Simone, companheiros de todas as horas.

Agradeço a Deus, pela oportunidade oferecida e a todos aqueles que contribuíram para a concretização deste trabalho, em especial a professora e orientadora Luciana Nini Manente, pelo apoio prestado.

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade discorrer acerca da nova sistemática da execução provisória, que consiste em um dos principais mecanismos existentes no sistema jurídico processual capaz de proporcionar a tão almejada efetividade do processo. A importância do tema e sua atualidade podem ser observadas diante das recentes alterações legislativas que modificaram o instituto, previsto atualmente no artigo 475-O do Código de Processo Civil.

Inicialmente será feita uma abordagem histórica da execução provisória, analisando o direito comparado, após a evolução ocorrida no direito pátrio. De forma sistemática, busca-se aqui, apresentar as modificações legislativas, em especial as introduzidas com o advento das Leis 10.444/2002 e 11.232/2005, que mudaram significativamente o sistema da execução provisória.

Em seguida, será analisado o conceito, a natureza jurídica e os casos que estão sujeitos ao instituto. Também será feita uma abordagem aos princípios, aos aspectos procedimentais e regras da execução provisória, com enfoque na responsabilidade objetiva do exequente e seu dever de ressarcimento na hipótese de reforma da decisão, bem como na necessidade de caução e os casos em que é dispensada.

Além de estudar as demais peculiaridades que integram o sistema da execução provisória, será feita uma análise mais acurada acerca da incidência da multa do artigo 475-J do CPC nas decisões provisoriamente executadas, considerando as posições controvertidas existentes na doutrina e na jurisprudência.

Por fim, serão apresentadas as propostas de alteração do instituto inseridas no anteprojeto do novo Código de Processo Civil em trâmite no Congresso Nacional.

Como metodologia de pesquisa foi consultada doutrina e legislação relacionadas ao tema da execução provisória, bem como periódicos, páginas da internet, revistas jurídicas e jurisprudências pertinentes.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	8
2. A EXECUÇÃO PROVISÓRIA NO DIREITO ESTRANGEIRO.....	10
3. A HISTÓRIA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA NO DIREITO BRASILEIRO.....	14
3.1 A execução provisória de acordo com a Lei 10.444/2002	19
3.2. As Inovações trazidas pela Lei 11.232/05	25
3.2.1. Considerações Iniciais	25
3.2.2. As novidades na execução provisória.....	28
4. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA	30
5. CASOS QUE COMPORTAM EXECUÇÃO PROVISÓRIA	36
5.1. Execução provisória das decisões antecipatórias de tutela e das astreintes.....	38
6. PRINCÍPIOS DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA.....	43
6.1. Responsabilidade objetiva do exequente.....	43
6.2. Restituição das partes ao estado anterior.....	45
6.3. Meios de satisfação do exequente	48
7. PROCEDIMENTO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA	48
7.1. Requerimento da execução provisória.....	50
7.2. Realização do mesmo modo que a definitiva (475-O)	51
7.3. Da necessidade de caução.....	52
7.4. Hipóteses de dispensa de caução	56
8. IMPUGNAÇÃO À EXECUÇÃO PROVISÓRIA	61
9. A EXECUÇÃO PROVISÓRIA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA	62
10. A MULTA DO ARTIGO 475-J DO CPC	65
10.1. A contagem do prazo de 15 dias para pagamento	69
11. DA INCIDÊNCIA DA MULTA DO ART. 475-J NAS EXECUÇÕES PROVISÓRIAS.....	71
11.1. Do posicionamento doutrinário	72
11.2. Do posicionamento jurisprudencial e o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça	76
12. O PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	80
12.1 A execução provisória no projeto do novo Código de Processo Civil	82
13. CONCLUSÃO.....	87
14. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	91

1. INTRODUÇÃO

O processo civil brasileiro sempre sofreu muitas críticas, tanto de magistrados, advogados, das partes e da sociedade em geral, a respeito de sua morosidade. A excessiva preocupação com as formas em detrimento da tutela do próprio direito material deixou de atender às necessidades sociais que passaram a demandar, cada vez mais, tutelas adequadas, tempestivas e eficazes aos seus direitos.

As modificações engendradas no seio da sociedade civil, fruto de um progresso dinâmico, encurtaram a noção de tempo e com isso fizeram ruir os alicerces do processo civil clássico. A demora na efetivação da prestação jurisdicional passou a ser tema de constantes discussões, pois não mais se admitia que o processo fosse apenas garantidor de certeza jurídica, mas que também pudesse propiciar às partes a tutela do direito material pretendido dentro de um prazo razoável.

Não se pode olvidar que muitas vezes há entrega da prestação jurisdicional quando já inútil para a parte em conflito, o que retira a efetividade da tutela e classifica como inoperante o sistema existente, em nítido desprestígio do Poder Judiciário.

Com efeito, a necessidade de se estabelecer um processo célere e eficaz, capaz de solucionar concretamente os litígios e promover a pacificação social, passou a ser um dos principais clamores dos jurisdicionados e grande preocupação dos doutrinadores dos processos.

Nessa senda, para atender aos reclamos sociais, há algum tempo o legislador pátrio vem promovendo grandes mudanças no processo civil brasileiro, com o objetivo de fomentar um processo justo, com amplo acesso à justiça, efetividade e celeridade, propiciando eficiência na prestação jurisdicional.

Através de diversas técnicas processuais o legislador procurou minimizar os efeitos negativos do tempo no processo, garantindo a utilidade do bem da vida sobre o qual pairam as demandas. É importante ressaltar que a efetividade tão difundida não diz apenas com relação ao tempo de duração do processo, mas também com a concretização da tutela advinda.

Nesse contexto, a execução provisória surgiu como um dos métodos previstos pelos processualistas para imprimir um bom funcionamento da máquina judicial àqueles a quem ela se destina e imprimir um processo civil de resultados.

A atuação imediata de uma decisão através do instituto da execução provisória visa atingir a efetividade do processo evitando manobras dilatórias com a interposição de inúmeros recursos, unicamente com objetivo de retardar a execução.

Originariamente, sob a ótica da segurança jurídica, só se admitiam a realização de atos de invasão na esfera jurídica de outrem a partir de uma decisão que fosse fruto de uma cognição exauriente, cujos efeitos estariam acobertados pela imutabilidade decorrente da coisa julgada material.

Entretanto, a garantia da segurança em prejuízo da celeridade processual não mais se coadunava com a urgência que passou a permear a dinâmica da vida em sociedade, razão pela qual a execução do direito reconhecido judicialmente, ainda que de maneira provisória, passou a ser admitida antes da formação da coisa julgada.

Sempre com o escopo de alcançar uma justiça rápida e eficaz, o instituto da execução provisória sofreu grandes alterações nas últimas décadas. A Constituição Federal de 1988 deixou expresso no artigo 5º o direito à tutela jurisdicional efetiva como direito fundamental. A partir daí, pode-se dizer que a execução provisória sofreu significativas mudanças, sendo que as leis 11.444/2002 e 11.232/2005 foram as grandes responsáveis pela revolução no procedimento do instituto.

Não se pode olvidar que nada há de mais relevante no direito do que, em tempo razoável, ser entregue o bem da vida vindicado em juízo àquele que concretamente tenha razão, após a adequada instrução processual, o que configura a verdadeira efetividade do processo.

Assim, no decorrer da exposição, será possível perceber que a execução provisória representa um importante método para concretização dos direitos, representando uma medida apta a garantir uma tutela jurisdicional ágil e eficiente.

2. A EXECUÇÃO PROVISÓRIA NO DIREITO ESTRANGEIRO

Antes de discorrer acerca das inovações da reforma processual na execução provisória ocorridas no direito brasileiro, convém comentar as principais características do instituto no direito estrangeiro.

As mudanças nas regras jurídicas de um determinado país estão cada vez mais sendo influenciadas por ordenamentos jurídicos externos, tendo em vista a tendência de normatização do comportamento humano, respeitados os costumes e a cultura de cada sociedade.

O estudo do direito comparado além de possibilitar o conhecimento das regras jurídicas estrangeiras, apontando a semelhança e diferença entre elas, também se mostra útil para uma melhor compreensão do direito pátrio e o seu consequente aperfeiçoamento.

Nesse contexto, a análise do instituto da execução provisória em diferentes ordenamentos é de extrema importância, tanto para demonstrar o histórico e a evolução da disciplina, bem como para entendermos as correlações existentes com o direito nacional.

Merece destaque a posição da doutrina e jurisprudência na Itália, Espanha, França, Portugal e na Alemanha, países, que de certa forma, influenciaram o direito brasileiro relativamente a este tema. Passamos, então, a analisar o panorama da execução provisória em tais países.

Inicialmente, na Itália, em decorrência do princípio *da appellatione pendente nihil innovandum*, enquanto pendente de julgamento o recurso de apelação nenhuma inovação processual era permitida. A execução provisória da sentença era possível somente nas hipóteses previstas na lei ou por uma faculdade do juiz, quando por pedido expresso da parte restasse comprovado o prejuízo da demora da prestação jurisdicional. Por outro lado, o devedor executado poderia suspender a execução caso demonstrasse o risco de lesão diante dos atos executivos.

Todavia, posteriormente, o direito italiano abandonou a regra clássica da execução e optou pela exequibilidade imediata da sentença de primeiro grau, nos termos do artigo 282 do CPC Italiano¹.

Assim, a execução provisória, de acordo com a técnica italiana, atua *ope legis* e, como regra geral, não há necessidade de prestar caução, porém, em casos excepcionais, pode o juiz, com o objetivo de evitar dano irreparável ao executado, exigir caução ou até mesmo suspender a execução. Tal opção legislativa busca valorizar o julgamento dos órgãos jurisdicionais de primeiro grau e de garantir uma tutela jurisdicional tempestiva.

Relevante dizer que assim como ocorre no direito brasileiro, a execução provisória na Itália faz-se do mesmo modo que a definitiva.

Na Espanha, com o advento da *Ley de Enjuiciamiento Civil* (LEC) no ano de 2000, que substituiu o texto de 1881, ficou estabelecida a execução imediata da decisão proferida tanto em primeiro grau como em segundo grau de jurisdição, salvo nos casos expressamente previstos na lei.

¹ Art. 282. “La sentenza di primo grado è provvoriamente esecutiva tra le parti”.

O sistema espanhol, preocupado com a efetividade do processo, permite que a execução provisória ocorra a qualquer tempo e sem a necessidade de prestação de caução. Contudo, é garantido ao devedor se opor a tal execução alegando matérias específicas relacionadas na lei e oferecendo caução para assegurar a demora da execução.

Por outro lado, a fim de evitar a paralisação da execução provisória, pode o exequente prestar caução e garantir o ressarcimento dos prejuízos causados ao devedor na hipótese de reforma da decisão exequenda.

No direito francês a execução provisória é disciplinada nos artigos 514 a 526 do *Nouveau Code Procedure Civile*. O artigo 514 prevê as hipóteses de execução provisória, contudo, assim como no direito italiano, o juiz pode de ofício ou a requerimento da parte determinar a execução provisória diante das situações que julgar necessárias.

Além disso, em determinados casos o juiz pode condicionar os atos da execução provisória ao depósito de caução a fim de reparar eventuais danos ao devedor na hipótese da sentença executada ser reformada. De toda forma, nos casos em que a execução possa causar prejuízos, o executado poderá propugnar pela suspensão da execução mediante o depósito suficiente para garantir o principal, além dos juros e custas processuais.

Já em Portugal, o texto vigente (Código de Processo Civil Português) possibilita a execução imediata da sentença, caso o recurso contra ela interposto possua apenas o efeito devolutivo, conforme previsto no artigo 47-1, do CPC português.

O efeito suspensivo da apelação é expressamente previsto em poucas hipóteses contidas no artigo 692,1 da lei, quais sejam: (i) nas ações que versem sobre o estado de pessoas; (ii) nas ações que versem sobre a validade de contratos de arrendamento para habitação; (iii) nas ações que digam respeito à posse ou propriedade da casa de habitação do réu. Porém, não obstante tais dispositivos,

enquanto a sentença estiver pendente de recurso o exequente poderá ser pago prestando caução (at.47.3).

Além disso, o efeito meramente devolutivo pode ser também requerido pelo exequente nas hipóteses previstas no art. 692-2 do referido diploma, diante de casos em que eventual suspensão da execução seja suscetível de causar prejuízo considerável ao vencedor. Nesse caso, a parte vencida pode evitar a execução provisória suspendendo os atos executivos com o oferecimento de caução (art. 692,2,d, parte final).

Na Alemanha, o código de processo civil, Zivilprozessordnung (ZPO), admite na maior parte dos casos o instituto da execução provisória, sendo em alguns casos, determinada de ofício e sem prestação de caução.

A execução provisória no direito alemão conduz à satisfação do credor, possibilitando a prática de todos os atos da execução definitiva. Ainda que a regra seja o recebimento da apelação no efeito suspensivo, há um rol extenso dos casos em que é admitida a execução provisória sem que seja prestada qualquer garantia (§708). A sentença declarada provisoriamente executiva, seja de ofício ou a requerimento da parte interessada, projeta desde logo seus efeitos. De toda forma, dependendo do caso concreto o executado pode evitar a execução provisória por meio de caução.

Assim como acontece no direito brasileiro, se a sentença exequenda for anulada ou reformada pelo órgão hierárquico superior deverá o exequente ressarcir os prejuízos causados ao executado.

Como se nota, apesar da peculiaridade de cada sistema, os ordenamentos jurídicos de diversos países da Europa primam pela satisfação completa do credor, ainda que lastreada em título executivo provisório.

As modificações legislativas refletem a tendência de tais sistemas processuais em impedir que a duração excessiva do processo restrinja o direito da parte em obter uma prestação jurisdicional imediata, plena e efetiva.

A eliminação do efeito suspensivo atribuído ao recurso de apelação possui nítido escopo de tratar como regra a execução provisória e não como exceção, a fim de atribuir maior efetividade à prestação jurisdicional.

De toda forma, não houve abandono a proteção do devedor, uma vez que na maioria dos sistemas jurídicos europeus é exigida a prestação de caução diante dos casos em que o processamento da execução provisória possa ensejar danos ou consequências excessivas ao executado.

3. A HISTÓRIA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA NO DIREITO BRASILEIRO

O direito brasileiro, por influência do direito português, através das Ordenações Filipinas, entendia que a atividade executiva subordinava-se ao trânsito em julgado da sentença, sendo que a execução provisória somente era possível em hipóteses excepcionais.

Posteriormente, no ano de 1850 foi sancionado o Código Processual Comercial Brasileiro, que previa o instituto da execução provisória em seu artigo 652, *in verbis*:

“Art.652: Os efeitos da apelação serão suspensivos e devolutivos ou devolutivos somente; o efeito suspensivo compete às acções ordinárias e aos embargos opostos na execução; ou pelo executado ou por terceiro, sendo julgados provados; o efeito evolutivo compete em geral a todas as sentenças proferidas nas demais acções comerciais”.

Ainda assim, as Ordenações Filipinas e suas inúmeras alterações é que regulavam o processo civil brasileiro, razão pela qual, com o objetivo de compilar tais

regras, sobreveio a Consolidação de Ribas que também previa disposições acerca da execução provisória.

Com o advento da Constituição Federal de 1891 possibilitou-se a União e aos Estados legislarem sobre direito processual civil, sendo que vários Estados passaram a regular as normas processuais através da promulgação de seus respectivos códigos.

Somente com a Constituição Federal de 1934 é que se fixou como competência exclusiva da União a possibilidade de legislar sobre matéria processual. Assim, surgiu a necessidade de se criar um novo Código Processual Civil em substituição a todos os estatutos até então existentes, o que resultou no Código de Processo Civil de 1939.

O Código de 1939 previu expressamente o instituto da execução provisória, disciplinando tal matéria nos artigos 882, II e 883. De acordo com as disposições da referida norma processual, o instituto somente seria admitido em casos excepcionais quando a sentença fosse impugnada por recurso recebido somente no efeito devolutivo (art.830).

A execução provisória deveria obedecer aos seguintes princípios: (i) ficaria sem efeito, caso sobreviesse sentença que modificasse ou anulasse a decisão exequenda; (ii) os danos eventualmente sofridos pelo executado seriam liquidados nos mesmos autos da ação; (iii) a execução provisória não abrangeria atos que importassem em alienação de domínio, nem autorizaria o levantamento de depósito em dinheiro, salvo mediante caução.

Como se nota, a execução provisória prevista no Código de Processo Civil era incompleta, já que não permitia atos de alienação de domínio, tendo muito mais um escopo acautelatório.

Importante destacar que a execução provisória deveria ser instaurada em autos suplementares e não os havendo, por meio de carta de sentença extraídas dos autos pelo escrivão e assinada pelo juiz.

Com a promulgação do Código de Processo Civil de 1973, a execução provisória passou a ser definida no *caput* do artigo 587, com a seguinte redação “*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.*”

A dinâmica do instituto, por sua vez, passou a ser disciplinada no artigo 588, que determinava:

"Art. 588. A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observados os seguintes princípios:
I - corre por conta e responsabilidade do credor, que prestará caução, obrigando-se a reparar os danos causados pelo devedor;
II - não abrange os atos que importem em alienação do domínio, nem permite, sem caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro;
III - fica sem efeito, sobrevindo sentença que modifique ou anule a que foi objeto da execução, restituindo-se as coisas no estado anterior.
Parágrafo único. No caso do n.III deste artigo, se a sentença for modificada ou anulada apenas em parte, somente nessa parte ficará sem efeito a execução”.

Conforme se observa do dispositivo da lei, não era permitido no curso da execução provisória nenhum ato que importasse transferência de domínio, salvo a hipótese de levantamento de depósito em dinheiro mediante caução.

Facilmente se percebe que o Código de Processo Civil de 1973 manteve a mesma orientação do diploma anterior e admitia apenas excepcionalmente a execução provisória. Do mesmo modo, nos dois diplomas, a execução não permitia a realização de atos que importassem transferência patrimonial.

Pode-se afirmar, portanto, que a execução provisória se mostrava pouco eficiente ao credor já que não havia a completa satisfação do interessado. A execução provisória resumia-se numa série de atos que não antecipavam

efetivamente a execução, mas tão somente adiantavam os atos de uma futura execução.

Mesmo após um longo trâmite processual e obtendo uma decisão judicial favorável, a execução provisória não permitia a execução propriamente dita, proporcionando apenas a antecipação de alguns atos executivos sem satisfazer o credor.

Portanto, ainda que prevista no diploma processual, a execução provisória não garantia os efeitos pretendidos, como já era criticado por Paulo Henrique dos Santos Lucon: *“O código de Processo Civil de 1973 é extremamente conservador no que diz respeito ao tema da execução provisória da sentença (...) Na realidade, a execução que se faz na pendência de recurso, mas não permite a realização do direito material, destina-se muito mais a garantir a segurança do juízo do que a responder ao direito à tempestividade da tutela jurisdicional²”*.

Diante da falta de eficácia imediata da sentença, bem como a crescente insatisfação com o processo executório em si, que para atingir seu objetivo demandava a existência de um processo distinto do de conhecimento, provocando um dispêndio de tempo ainda maior para que o exequente alcançasse a satisfação de seu crédito, começaram a surgir propostas de modificação do processo executório.

Na verdade, a demanda por se estabelecer uma prestação jurisdicional efetiva passou a ser uma prioridade em todo o sistema processual, impondo a necessidade de promover mudanças no CPC/1973.

A delonga na duração do processo, a burocracia processual, o formalismo exagerado, a multiplicidade de demandas e a desestruturação do Poder Judiciário passaram a preocupar os doutrinadores do processo.

² LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Eficácia das decisões e execução provisória. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p.339.

Por tal razão, com o objetivo de atender às exigências da sociedade e a exemplo do que já vinha ocorrendo em outros países, surgiram várias reformas e inovações no ordenamento jurídico voltados para a efetividade e celeridade da prestação jurisdicional. Nas últimas décadas foram criados diversos diplomas normativos que visavam promover a aceleração do processo, merecendo destaque: a lei de pequenas causas de 1984; a lei da ação civil pública de 1985; a Constituição Federal de 1998, que criou um outro modelo de Estado e um novo papel do judiciário na concretização do direito; o Código de Defesa do Consumidor em 1990; a Lei dos Juizados Especiais Estaduais em 1995.

Dentre as reformas processuais destacam-se a criação da antecipação dos efeitos da tutela, introduzidos com o advento da Lei 8.952/94, bem como as mudanças da tutela específica nas obrigações de fazer/não fazer e entrega de coisa, que nem sempre significava o cumprimento efetivo e, com a alteração do artigo 461 do CPC, a sentença do juiz passou a equivaler o resultado prático pretendido pelo demandante.

Em tal contexto, também surgiram importantes reformas no processo executivo que visavam a obtenção de melhores resultados e alcance da agilidade na efetivação da tutela, que se revelaram com o advento das Leis 10.444/2002; Lei.11.232/2005 e Lei.11.382/2006. Dentre as inovações, merece destaque a eliminação do processo autônomo de execução fundado na sentença civil condenatória ao pagamento de quantia certa, com o surgimento de um processo sincrético.

Já a disciplina da execução provisória foi radicalmente alterada pela Lei nº 10.444/2002, que deu nova redação ao artigo 588 do CPC e permitiu que a execução provisória se tornasse completa, uma verdadeira execução, chegando ao pagamento do exequente, desde que prestada caução, suficiente e inidônea.

Posteriormente, a Lei nº 11.232/2005 revogou o art. 588 e passou a delinear a matéria no artigo 475-O do CPC, no capítulo destinado ao cumprimento de sentença. Além de reposicionar as normas relativas à execução provisória, a referida

lei manteve as inovações trazidas pela Lei nº 10.444/2002 e introduziu novas alterações em sua disciplina.

Por fim, vale ressaltar que a Lei 11.382/2006 também inovou em matéria de execução provisória dos títulos extrajudiciais ao introduzir nova redação ao artigo 587 do CPC que passou a classificar como provisória a execução “*enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado, quando recebidos com efeito suspensivo*” (art. 739). Tal previsão contrariou frontalmente o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça acerca da definitividade das execuções de título extrajudicial.

Cumprir observar que as reformas efetuadas ao longo dos últimos anos no procedimento da execução provisória buscaram atender os imperativos da sociedade moderna ao direito de receber uma prestação jurisdicional justa, efetiva, adequada e em tempo razoável. Trata-se de instrumento hábil a garantir a entrega do bem da vida ao vencedor, no menor espaço de tempo possível.

A seguir, serão apresentadas as principais inovações ocorridas na disciplina da execução provisória, promovidas pelas Leis 10.444/2002 e 11.232/2005, que são as principais responsáveis pela revolução do instituto.

3.1 A execução provisória de acordo com a Lei 10.444/2002

A Lei 10.444 de 07 de maio de 2002 trouxe consideráveis modificações à execução provisória, aperfeiçoando o instituto e conferindo uma verdadeira feição executiva mediante a prática de atos que importem levantamento de valores e alienação de domínio.

Como já apresentado nos tópicos anteriores, a execução provisória não representava um instrumento apto a satisfazer o direito tutelado, uma vez que não

permitia a expropriação de bens e somente autorizava o levantamento de dinheiro, mediante caução, nos termos do artigo 588 do CPC.

Assim, a execução provisória não podia ser considerada completa e suportava inúmeras críticas da doutrina em decorrência da limitação dos atos executórios caracterizando-se com uma medida inútil ao vencedor.

Conforme aponta Cássio Scarpinella Bueno, antes da lei 10.444/2002 a execução provisória podia ser conceituada como uma *execução provisória incompleta*, uma vez que ficava restrita às fases postulatória e ao início da instrutória mas não alcançava o fim desta última com o pagamento do credor ou a entrega do bem³.

Pelo regime anterior, a execução provisória nunca poderia satisfazer o credor nos casos em que fosse necessária a alienação do bem conscrito, já que pela letra da lei era impedida a prática de atos que importassem em alienação de domínio. Como se vê, ocorria apenas a instrumentação dos atos executivos, com caráter nitidamente cautelar, mas não ocorria a efetiva satisfação do exequente.

A partir da Lei 10.444.2002, que deu nova redação do artigo 588 do Código de Processo Civil, passou a ser admitida a completa satisfação do credor, antes de encerrar a fase recursal, *in verbis*:

"Art. 588. A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:

I - corre por conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os prejuízos que o executado venha a sofrer;

II - o levantamento de depósito em dinheiro, e a prática de atos que importem alienação de domínio ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução idônea, requerida e prestada nos próprios autos da execução;

III - fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior;

IV - eventuais prejuízos serão liquidados no mesmo processo".

³ BUENO, Cassio Scarpinella. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos polêmicos da nova execução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pg.352.

Nos termos do inciso II do artigo 588 do CPC, além da transferência do dinheiro depositado, que já era prevista, tornou-se possível a alienação dos bens do devedor mesmo restando pendente o julgamento de recurso ao qual não foi atribuído o efeito suspensivo. De modo a prestigiar a efetividade da decisão judicial e satisfazer o credor, passou a ser permitida a prática de atos como a arrematação ou adjudicação do bem penhorado em hasta pública para posterior entrega do dinheiro ao exequente.

Surgiu, portanto, a possibilidade do bem sair do patrimônio do devedor a fim de ser liquidado e transformado em recursos disponíveis em substituição ao bem penhorado, e após o dinheiro integrar o patrimônio do exequente para a completa satisfação do seu crédito.

Nota-se que as mudanças vieram conferir maior eficácia e abrangência à dinâmica da execução provisória a partir do momento em que possibilitaram ao exequente receber o bem da vida que o julgamento lhe atribuiu.

A nova disciplina introduzida em 2002 permitiu que a execução provisória propiciasse a completa satisfação do credor ainda que diante da provisoriedade do título, porém, exigindo a prestação de caução suficiente e idônea.

Ressalta-se que, diante da prática de atos expropriatórios tendentes à completa satisfação do exequente com a conseqüente redução de bens do patrimônio do devedor, imprescindível a prestação de caução para tal hipótese de alienação de domínio para que o executado não seja prejudicado no caso de provimento do recurso manejado.

Nesse diapasão, insta mencionar que, com relação à caução, nos termos do artigo 588, II do CPC, além da necessidade de ser oferecida para o levantamento de dinheiro e para prática de atos que importem em alienação de domínio, o dispositivo em comento estabeleceu, ainda, a necessidade de caução quando da prática de outros atos que possam resultar em grave dano ao executado.

Nesse caso, cabe ao executado demonstrar que na situação em particular e diante dos bens em questão os atos praticados pelo exequente poderão causar-lhe grave dano, cabendo ao magistrado determinar ou não a caução.

Questão bastante controvertida no procedimento da execução provisória tradicional e que restou resolvida com reforma diz respeito ao momento em que deve ser prestada a caução.

No regime anterior a redação do artigo 588 não deixava claro em que momento a garantia deveria ser prestada, se quando do início da execução provisória ou se no momento do levantamento do depósito em dinheiro. Com o advento da Lei 10.444/2002 tornou-se inequívoco que a execução provisória pode ter início sem a prestação de caução, que deverá ocorrer apenas quando do levantamento da importância depositada para alienação de domínio, ou ainda, para a prática de atos que possam causar grave dano ao executado.

Na lição de Fábio Victor da Fonte Monnerat:

A Lei 10.444/2002 consagrou a doutrina supra-referida e deixou claro que a execução provisória poderia iniciar-se sem a prestação de caução da mesma forma que os atos instrutórios da execução, como intimação, penhora, entre outros, também poderiam ser realizados sem que o exequente apresentasse a garantia. Apenas quando do levantamento do depósito em dinheiro ou da prática de atos que importassem em alienação de domínio a caução deveria ser prestada.⁴

No mesmo sentido é o magistério de Fredie Didier Jr e outro:

*Exige-se, a título de contracautela, a prestação de uma caução pelo credor, para que possa: (a) levantar depósito em dinheiro, (b) praticar atos que importem alienação de propriedade (expropriação de seu patrimônio) ou (c) praticar atos dos quais possam resultar grave dano ao executado (CPC, art. 475-O, III), como, por exemplo, a demolição de obras de grande envergadura ou a interdição de atividade econômica etc. **Perceba que a caução, desde a reforma de 2002 (Lei n. 10.444/2002), não exigida para a instauração da execução provisória, mas apenas para a prática destes atos.**⁵(grifo nosso).*

⁴ MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Sistemática Atual da Execução Provisória. In Cássio Scapinella Bueno. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Aspectos Polêmicos da Nova Execução, Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 184/185.

⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil, 5ª Ed. Editora Juspodivm, Salvador, 2010,p.201.

Restou consagrado pela reforma que a execução provisória pode ter início sem a prestação de caução, uma vez que nesse momento nenhum prejuízo é causado ao executado. Somente diante do levantamento do depósito em dinheiro ou da prática de atos quem importem em alienação de domínio é que a caução deve ser prestada.

No mesmo sentido, o seguinte precedente:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. BRASIL TELECOM. CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE SENTENÇA. SUSPENSÃO. INEXIGIBILIDADE DO TÍTULO EXECUTIVO. CAUÇÃO. RECURSO SEM EFEITO SUSPENSIVO. INEXIGIBILIDADE DO TÍTULO EXECUTIVO: Tese que não tem qualquer sustentáculo doutrinário, legal e jurisprudencial, pois a norma processual reconhece da execução provisória (art. 475-I, parágrafo primeiro e art. 475-O, todos do CPC). **CAUÇÃO: A exigência de caução somente se dá no momento de levantamento de valores em execução provisória (inciso III, do artigo 475-O, do CPC). SUSPENSÃO DO PEDIDO DE CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE SENTENÇA: Inexiste restrição ao pedido de cumprimento provisório de sentença, ou execução provisória. Orientação doutrinária e jurisprudencial.** RECURSO SEM EFEITO SUSPENSIVO: O recurso interposto perante o STJ não possui efeito suspensivo (parágrafo segundo, do art. 542 do CPC) , o que viabiliza a execução provisória. AGRAVO PROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70038032041, Primeira Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo João Lima Costa, Julgado em 16/12/2010). (grifo nosso).

Portanto, somente garantida a execução é que se deve dar curso a atos como a arrematação do bem ou o levantamento de dinheiro, isto é, que importem em transferência de domínio ou diante da prática de atos que possam causar grave dano ao executado.

A Lei 10.444/2002 também disciplinou os casos em que a caução pode ser dispensada, estabelecendo as hipóteses no §2º, do artigo 588, que foi inaugurado com a seguinte redação: *“A caução pode ser dispensada 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”*.

Destaca-se que o regime anterior não previa tal possibilidade, sendo, portanto, um grande avanço do legislador estabelecer hipóteses excepcionais de dispensa de caução, confirmando o que já era ditado pela jurisprudência do Superior

Tribunal de Justiça⁶. À luz do princípio da proporcionalidade e sobretudo diante do modelo constitucional de processo e garantia da inafastabilidade da jurisdição, o sistema processual elencou hipóteses extraordinárias em que a execução provisória pode ser completa sem que seja prestada caução.

Por fim, como consequência da admissão de atos de alienação de domínio, em regra mediante caução, a reparação do executado em caso de reforma da decisão executada provisoriamente também precisou ser alterada. Isso porque, antes da Lei 10.444/2002 como o único ato satisfativo permitido era o levantamento do depósito em dinheiro, havendo a reforma da decisão deveria ocorrer a restituição das coisas ao estado anterior.

Contudo, a partir da reforma, com a possibilidade de alienação do bem conscrito, não se poderia manter a expressão “restituição das coisas ao estado anterior” sob o risco de ser entendido que no caso do bem arrematado, este deveria ser devolvido pelo arrematante. Assim, a referida expressão foi substituída por restituição das “partes ao estado anterior”. Portanto, no caso da decisão executada provisoriamente ser reformada após a alienação em hasta pública do bem penhorado, o exequente deve ressarcir financeiramente o executado sem atingir o terceiro arrematante.

Com efeito, frente ao atual conceito de tutela jurisdicional nota-se que a Lei 10.444/2002 transformou por completo o instituto da execução provisória permitindo que esta fosse até o final, realmente satisfazendo o detentor do direito reconhecido na decisão judicial.

Entretanto, algumas das inovações trazidas pela referida lei foram ajustados pela Lei 11.232/2005 conforme será demonstrado a seguir.

⁶ Ver. REsp 434.723 Al; EREsp152729/PE; REsp 275648/SP.

3.2. As Inovações trazidas pela Lei 11.232/05

3.2.1. Considerações Iniciais

Embora exorbite o objeto deste trabalho, importante realizar algumas poucas e sucintas considerações acerca de outras disposições constantes nesta importante lei mas que de certa maneira refletem no estudo da execução provisória.

A Lei 11.232 de 22 de dezembro de 2005 modificou profundamente o Código de Processo Civil visando otimizar e imprimir maior eficácia ao processo de execução.

A referida lei foi promulgada com a finalidade de conferir efetividade e justiça do processo mediante agilidade e simplificação na prestação jurisdicional, conforme previsto no inciso LXXXVIII do Art. 5º da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que positivou entre nós o princípio da razoável duração dos processos e da celeridade.

Vale lembrar que antes da vigência da referida lei o processo de execução tal como estava estruturado se mostrava pouco eficaz, uma vez que, após aguardar o longo trâmite processual e mesmo tendo alcançado uma prestação jurisdicional favorável, para obter o bem da vida almejado o credor deveria iniciar um novo processo. Ou seja, o processo de execução por ser distinto do processo de conhecimento exigia nova citação, nova defesa, nova sentença e conseqüentemente novos recursos, sem contar os eventuais novos incidentes processuais que poderiam surgir.

A morosidade absurda do processo causava nítido prejuízo ao jurisdicionado, sem contar que era causa de descrédito do Poder Judiciário por não dar a cada um o que é devido no tempo devido.

Nesse aspecto, visando proporcionar uma prestação jurisdicional não prejudicada pelo “*periculum in mora*” é que foi criada a Lei 11.232/2005, com o

escopo de tornar mais ágil a satisfação do direito conferido pela sentença, observando os princípios da celeridade, segurança jurídica e da efetividade.

Na exposição de motivos do anteprojeto⁷ da referida lei, os autores assim se posicionaram:

“As teorias são importantes, mas não podem transformar-se em embaraço a que se atenda às exigências naturais dos objetivos visados pelo processo, só por apego a tecnicismo formal. A velha tendência de restringir a jurisdição ao processo de conhecimento é hoje idéia do passado, de sorte que a verdade por todos aceita é a da completa e indispensável integração das atividades cognitivas e executivas.

(...)

A dicotomia atualmente existente adverte a doutrina, importa a paralisação da prestação jurisdicional logo após a sentença e a complicada instauração de um novo procedimento, para que o vencedor possa finalmente tentar impor ao vencido o comando soberano contido no decisório judicial. Há, destarte, um longo intervalo entre a definição do direito subjetivo lesado e sua necessária restauração, isso por pura imposição do sistema procedimental, sem nenhuma justificativa, quer que de ordem lógica, quer teórica, quer de ordem prática”.

Nessa seara, uma das principais alterações no tocante à execução foi a transformação desta em mera fase do processo não sendo mais uma ação judicial autônoma.

Houve a separação da execução de títulos judiciais da execução por títulos extrajudiciais, sendo que a primeira passou a ser denominada de cumprimento de sentença, instituída como mera fase do procedimento comum sem necessidade de instauração de um novo processo, dando origem ao denominado *processo sincrético*.

Assim, pelo artigo 475-J, *caput*, não há mais citação do devedor para pagar em 24 horas, posto que, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, terá ele o prazo de 15 (quinze) dias para efetuar o pagamento e, não havendo o cumprimento voluntário da sentença, o débito será acrescido de multa de 10%, bem como, a requerimento do credor, expedido mandado de penhora e avaliação.

⁷ Disponível em http://www.bmfbovespa.com.br/pdf/Entrevista210907_04.pdf acessado em 20.11.2012.

Para viabilizar o cumprimento da decisão judicial em um mesmo processo o legislador alterou o conceito de sentença, que antes era “*o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo*” e, com a alteração da Lei 11.232/2005 passou a ser “*o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei*”.

A liquidação de sentença, que antes era tratada como uma ação incidental para o cálculo do quanto era devido assumiu a condição de mero procedimento incidental, ou seja, não mais exige a citação do devedor e não é mais encerrada por sentença, sendo agora concluída por uma decisão interlocutória impugnada por agravo de instrumento.

Outra relevante alteração na execução por quantia certa de título executivo judicial diz respeito à extinção da figura dos embargos à execução. A Lei nº 11.232/2005 criou a figura da impugnação que deverá ser oferecida pelo devedor no prazo de 15 (quinze) dias, contados da intimação da penhora (475-M, do CPC).

Via de regra, a impugnação não tem efeito suspensivo, possibilitando o prosseguimento da execução. Poderá, contudo, o magistrado atribuir-lhe efeito suspensivo diante da possibilidade de “*causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação*”.

De toda forma, o parágrafo 1º, do artigo 475-M afirma que mesmo que seja concedido o efeito suspensivo à impugnação poderá haver a execução provisória, desde que prestada caução suficiente e idônea.

É possível observar, portanto, que as inovações trazidas pela Lei 11.232/2005 introduziram uma nova forma de prestação da tutela jurisdicional, com maior efetividade e proporcionando um cumprimento mais célere das decisões judiciais.

Ressalta-se que as alterações mencionadas correspondem a algumas poucas considerações constantes na Lei 11.232/2005, já que esta possui muitas outras disposições e mecanismos que revolucionaram o processo de execução.

Não obstante as diversas alterações oriundas da Lei n. 11.232/2005, o ponto central a ser analisado no presente trabalho é a execução provisória, sendo que com relação a esta a Lei nº11.232/2005 praticamente não propôs grandes inovações ao instituto, que já havia sido substancialmente alterado pela Lei nº 10.444/2002, conforme será demonstrado adiante.

3.2.2. As novidades na execução provisória

A Lei nº 11.232/2005 revogou o artigo 588 do CPC e deu lugar, com poucas alterações, ao atual artigo 475-O do CPC, com a seguinte redação:

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 valer-se do disposto na parte final do art. 544,

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.

Inicialmente, vale ressaltar que o instituto da execução provisória, antes disciplinado no Livro II do CPC (Do Processo de Execução), foi transportado para o Livro I do Código, em capítulo reservado ao cumprimento de sentença. Tal

reposicionamento ocorreu em razão de toda a disciplina da execução de sentença, agora denominada de cumprimento, ter sido transportada para o Livro de processo de conhecimento diante da desnecessidade de formação de uma nova relação jurídica para o procedimento de execução de sentença.

Com relação às novas alterações introduzidas pela Lei 11.232/2005, pode-se destacar a ampliação do rol dos casos em que é dispensada a caução, que passou a ser definido no inciso I do artigo 475-O. Assim, além dos casos de natureza alimentar os atos decorrentes de ato ilícito até o limite de sessenta salários mínimos, também deixaram de exigir caução. Vale dizer, além das execuções provisórias de créditos de natureza alimentar, naquelas decorrentes de ato ilícito também poderá haver atos de alienação de propriedade e levantamento de depósito em dinheiro sem que seja prestada caução.

Contudo, cumpre atentar que para que ocorra a dispensa de caução três requisitos devem estar presentes: (i) crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito; (ii) crédito executado até o limite de 60 salários mínimos; (iii) o exequente demonstrar que se encontra em estado de necessidade.

Ademais, nova hipótese de dispensa de caução também foi inserida no inciso II do mesmo artigo, qual seja, diante dos casos de pendência de agravo de instrumento junto ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, exceto se de tal dispensa puder causar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação.

Outra mudança promovida pela Lei 11.232/2005 foi a abolição da necessidade da expedição de carta de sentença para a execução provisória que até então estava prevista no artigo 589. Referida alteração trouxe, de certa forma, maior agilidade no início da execução provisória, já que a expedição da carta de sentença muitas vezes tardava em ficar pronta.

Ademais, o legislador autorizou que a autenticação das cópias que instruem o requerimento inicial da execução provisória seja feita pelo próprio advogado do exequente, sob sua responsabilidade pessoal.

Tais alterações podem ser consideradas as mais relevantes, nos levando a concluir que a Lei 11.232/2005 basicamente manteve os contornos da execução provisória introduzidos pela modificação legislativa anterior.

Todavia, a sistemática do instituto, tal como vigora atualmente, será apresentada com profundidade nos capítulos a seguir.

4. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA

O artigo 475-I §1º do CPC conceitua o instituto da execução provisória e o distingue da execução definitiva estabelecendo que *“É definitiva a execução provisória da sentença transitada em julgado e provisória quando se tratar de sentença impugnada mediante recurso ao qual não foi atribuído efeito suspensivo”*.

A distinção é clara, sendo que a execução definitiva baseia-se na sentença transitada em julgado, enquanto que a provisória está sujeita a alteração, em decorrência da pendência de recurso contra ela interposto.

A execução definitiva surge a partir do momento em que a sentença não está mais sujeita a qualquer tipo de recurso, seja ordinário ou extraordinário, nos termos do artigo 467 do CPC. Estando a sentença acobertada pela coisa julgada, encerra-se a controvérsia judicial e a execução do julgado é definitiva.

Sobre o tema, destaca-se a lição de Antônio Cláudio da Costa Machado:

[...] o que se deve reconhecer é que a definitividade da execução decorre justamente de a atividade executiva estar baseada numa sentença transitada em julgado, vale dizer, numa decisão de que não cabe mais

recurso (coisa julgada formal) e cujo efeito material condenatório já se tornou imutável (coisa julgada material.)⁸

Portanto, definitiva será a execução em que o credor já tem sua situação reconhecida de modo imutável em que o direito já lhe foi assegurado.

De outro vértice, será provisória a execução quando ela estiver fundada em sentença ou acórdão que foi impugnado por recurso desprovido de efeito suspensivo, ou seja, recebido somente com efeito devolutivo. Tal execução ocorre sob certas limitações, já que a decisão judicial pode sofrer alguma reforma pelos tribunais.

A característica da provisoriedade reside no fato da sentença exequenda ser suscetível de alteração ou desfazimento em grau de recurso. Sendo assim, como o direito ainda não foi assegurado pela imutabilidade a execução do título é provisória.

Na lição de Araken de Assis.:

Chama-se provisória, portanto, a execução fundada em título judicial na pendência de recurso aviado contra o provimento com eficácia executiva. Refere-se a um provimento que ainda não possui o valor de caso julgado. Não importam a espécie do recurso pendente e as vias recursais ainda abertas teoricamente ao vencido. O título outorgado ao vitorioso, em razão da pendência do recurso, revela-se provisório.⁹

Também merece destaque os ensinamentos de Humberto Theodoro Junior:

"[...] sendo definitiva a execução, todos os atos executivos serão praticáveis, inclusive a alienação dos bens penhorados e o pagamento ao credor, sem necessidade de caução. Quando for provisória, observar-se-ão os ditames do art. 475-O: praticar-se-ão os atos previstos para a execução definitiva, com a ressalva, porém, de que o levantamento de depósito em dinheiro e os atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependerão de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos (art. 475-O, inc. III).¹⁰

8 MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. Código de Processo Civil Interpretado e Anotado, Editora Manole, 2007, p. 873.

9 ASSIS, Araken de. Cumprimento da Sentença. 2ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 141.

10 THEODORO JUNIOR, Humberto. A Reforma da Execução do Título Extrajudicial. Lei n. 11.382 de 06 de dezembro de 2006. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 26-27.

Muito embora o artigo 475-I, §1º mencione a palavra “sentença” para destacar o pronunciamento judicial sujeito à execução, certo é que também se executam provisoriamente os acórdãos, decisões interlocutórias e outros títulos executivos judiciais previstos no art. 475-N, desde que contra eles penda recurso sem efeito suspensivo.

Em que pese as distinções mencionadas para a execução provisória e definitiva, muitos doutrinadores sustentam que a expressão “execução provisória” se revela imprópria, posto que esta em nada se difere da definitiva conforme previsto no artigo 475-O, *caput*, do CPC.

A execução não será substituída por outra definitiva quando do trânsito em julgado, razão pela qual provisório é o título e não a execução em si. Até mesmo os atos expropriatórios praticados na chamada execução provisória não serão substituídos por outros definitivos e por isso também não podem ser considerados provisórios.

Sobre o tema, importante mencionar os ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni:

Na verdade, os atos executivos que podem ser praticados com base na sentença que foi objeto de recurso ainda não apreciado não podem ser considerados “provisórios”. A penhora não é provisória, uma vez que, ainda que feita na execução chamada de “provisória”, produz em determinado momento, os mesmos efeitos que produziria em uma execução definitiva. Provisório, na verdade, é o título no qual essa execução se funda (dita execução provisória, mas na realidade execução incompleta). De fato, se provisório é o título - já que a sentença, ainda que não-imutável, tem eficácia-, a execução que era dita provisória é, na verdade, execução incompleta.¹¹

Nota-se que o que doutrina assevera é que a execução na pendência de recurso nada exhibe em sua natureza que corresponda à qualificação de provisória, tratando-se, portanto, de execução imediata.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação de Tutela. 11ed rev., e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pg. 205/206.

Nessa esteira, correto afirmar que provisório é o título, já que ainda não aderiu ao manto da coisa julgada, enquanto que a execução, chamada provisória, corresponde ao adiantamento ou antecipação da eficácia executiva.

Portanto, a execução provisória corresponde à verdadeira execução antecipada da decisão judicial após ela assumir eficácia e antes de se tornar definitiva. Mesmo diante da possibilidade de modificação do direito executado provisoriamente, a execução provisória caracteriza-se como uma modalidade de prestação de tutela jurisdicional executiva.

Oportuno também ser observado que na redação original do antigo artigo 587 do CPC constava que a execução seria definitiva quando fundada em sentença transitada em julgado ou em título extrajudicial, conferindo a definitividade da execução de título extrajudicial.

Com o advento da Lei nº11.232/2005, o artigo 475-I, §1º suprimiu o título extrajudicial e classificou como definitiva somente as sentenças transitadas em julgado. Todavia, a omissão quanto aos títulos extrajudiciais se deu pelo fato do artigo 475-I disciplinar tão somente a execução de título judicial.

De toda forma, a Lei 11.382/2006 que passou a disciplinar a execução dos títulos extrajudiciais inovou ao dar nova redação ao artigo 587 do CPC e criou a *execução provisória de título executivo extrajudicial* dispondo que: “*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).*”

Trata-se, contudo, de alteração controversa¹², uma vez que não é razoável que uma execução que começou definitiva se torne provisória porque pendente apelação contra a sentença de improcedência dos embargos com efeito suspensivo. Aliás, como a sentença é de improcedência dos embargos com mais razão leva a

¹² SHIMURA, Sérgio; BRUSCHI Gilberto Gomes. Execução Civil e cumprimento da sentença. São Paulo: Forense; São Paulo: Método, 2009, p.372.

concluir que a resistência do executado é infundada e a execução deveria prosseguir de maneira definitiva.

A disposição da lei contrariou o entendimento pacificado pelo STJ através da Súmula 317¹³ acerca da definitividade das execuções de títulos extrajudiciais, além de ter causado perplexidade em grande parcela da doutrina diante do evidente paradoxo estabelecido pelo Código de Processo Civil que possibilita que uma execução que seja inicialmente definitiva se transforme em provisória.

De acordo com alguns doutrinadores, a inovação da norma atenta contra a efetividade do processo, posto que além do exequente possuir um título que a lei conferiu executividade, esta foi ratificada pela decisão que julgou improcedente os embargos. Assim, não faz sentido tornar o título exequível apenas provisoriamente.

Nesse passo, alguns autores se posicionam em manter o caráter definitivo da execução fundada em título extrajudicial, ainda que pendente recurso de apelação contra a sentença de improcedência dos embargos recebidos com efeito suspensivo¹⁴.

Leonardo Ferres da Silva aborda com muita propriedade a questão aqui discutida:

Não nos parece correto o entendimento de que uma execução que “nasce” definitiva possa transmutar-se em provisória. O inverso, sim, é possível, porquanto uma execução que se inicia “provisória” tem a expectativa de se convalidar em definitiva; nunca o contrário. Assim, podemos afirmar que é sempre definitiva a execução fundada em título extrajudicial, independentemente da existência ou não de apelação contra a sentença que rejeitou ou julgou improcedentes os embargos à execução.¹⁵

¹³ S.317do STJ: “É definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julgue improcedentes os embargos.”

¹⁴ Em sentido contrário: Antonio Cláudio da Costa Machado. Código de Processo Civil interpretado e anotado. Barueri: Manole, 2007, p. 1.085: “A definitividade ou potencialidade do processo de execução para alcançar o provimento final satisfativo não se discute quando o título é sentença transitada em julgado. Já no que concerne à execução de título extrajudicial, tem-se entendido que, apesar da redação deste art.587, ela só é definitiva se o executado não opuser embargos (art.745), porque, se ele os opuser, não é justificável que o processo prossiga rumo à execução (alienação forçada) antes que transite em julgado a sentença de improcedência dos embargos”.

¹⁵ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Execução provisória no processo civil. De acordo com a Lei 11.232/2005 Editora Método, 2006, p.105

Embora controverso seja o tema em foco e apesar das inúmeras críticas, fato é que a atual legislação trouxe novas regras ao processo de execução de título extrajudicial. De acordo com as normas implementadas pela Lei 11.3828/2006, mesmo sendo definitiva a execução do título extrajudicial ela vislumbra a provisoriedade da execução na hipótese de pendência de apelação interposta contra sentença de improcedência dos embargos aos quais se atribuiu efeito suspensivo.

Portanto, resumidamente, como bem ensina Araken de Assis, chama-se de provisória, a teor do art. 475-I, 1º do CPC, a execução fundada em provimento impugnado mediante recurso desprovido de efeito suspensivo e, conforme o art. 587, segunda parte, também se chama de provisória a execução baseada em título extrajudicial atacada por embargos aos quais o juiz atribuiu, no todo ou em parte, efeito suspensivo, nada obstante o julgamento de improcedência e a interposição de apelação pelo executado¹⁶.

Destaca-se que o sistema é *ope legis* e, desse modo, não cabe ao órgão judiciário autorizar a execução provisória fora dos casos legais.

Com relação à natureza jurídica importante frisar que antes das modificações legislativas, a execução provisória possuía um contorno cautelar, já que não antecipava a execução, mas tão somente adiantava os atos para uma futura execução sem satisfazer o credor. Isso porque, o acesso à tutela jurisdicional executiva estava condicionada à certeza do direito a ser executado, o que impunha a necessidade do trânsito em julgado da decisão exequenda para o início dos atos executivos.

Dessa maneira, na prática a execução provisória apenas admitia a instrumentação da execução a fim de adiantar os atos processuais preliminares como a petição inicial, citação, penhora e avaliação. Diante da pouca efetividade que lhe era destinada, a execução provisória produzia efeitos nitidamente cautelares e não satisfativos.

¹⁶ ASSIS, Araken de. Manual da Execução. 12ªed.rev., ampl. E atual.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pg.338.

Com o advento da nova disciplina em 2002, passou a ser admitida a realização de atos que importassem em alienação de domínio, bem como pela primeira vez foi autorizada a dispensa de caução para a prática de atos processuais de satisfação do direito em determinadas hipóteses, as quais foram ampliadas pela Lei 11.232/2005. Com isso, a execução provisória passou a ser completa, proporcionando a plena satisfação do exequente.

Assim, de acordo com o ordenamento processual atual é nítida a natureza executiva da execução provisória que visa a satisfazer o direito reconhecido em título dotado por lei de eficácia executiva, antes do seu trânsito em julgado.

Em que pese a possibilidade de modificação do direito executado provisoriamente, a execução provisória corresponde a uma modalidade de prestação de tutela jurisdicional executiva antecipada para a concretização de um comando contido em uma decisão judicial.

5. CASOS QUE COMPORTAM EXECUÇÃO PROVISÓRIA

Como visto, a execução será provisória quando se tratar de sentença impugnada mediante recurso desprovido de efeito suspensivo.

No processo civil brasileiro a regra geral é que os recursos sejam recebidos no duplo efeito. Todavia, há casos expressamente previstos na lei em que é atribuído somente o efeito devolutivo.

Em primeiro lugar, temos que o recurso de apelação, em regra, é recebido no efeito devolutivo e suspensivo, mas há determinadas situações em que a apelação será recebida somente no efeito devolutivo, conforme reza o art. 520 do CPC:

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 pela Lei nº 11.232, de 2005)
- 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;

Em tais hipóteses em que a apelação é recebida somente no efeito devolutivo, o apelado poderá desde logo promover a execução provisória (art.521).

Os recursos especial e extraordinário também são recebidos somente no efeito devolutivo (art. 542, §2º), assim como o agravo de instrumento, que em regra é desprovido de efeito suspensivo (art. 497). Nesses casos, o credor poderá antecipar a satisfação de seu direito, promovendo a execução provisória da sentença.

Pode-se concluir que, muito embora o art. 475-I, §1º do CPC faça alusão à “sentença” há outros atos decisórios que autorizam a execução provisória, podendo ser assim destacados: (i) decisão interlocutória de carga condenatória, executiva ou mandamental (art. 497, 2ª parte), inclusive a decisão de antecipação liminar da tutela; (b) acórdão unânime e não embargado, uma vez que os recursos especial e extraordinário não possuem efeito suspensivo; (c) sentenças sujeitas a recurso de apelação desprovido de efeito suspensivo, elencadas no art. 520, I a VII do CPC.

Além disso, há outras hipóteses previstas em leis extravagantes que também comportam execução provisória, como na Lei do Mandado de Segurança (Lei 1.533/51, art. 12, parágrafo único); Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85, art.14); Lei das Locações (Lei 8.245/91, art. 58, V); Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95, art. 43), entre outras.

Ressalta-se que, excepcionalmente, uma sentença impugnada por recurso recebido somente no efeito devolutivo pode ser objeto de execução definitiva. Tal situação ocorre nos casos em que o pedido formulado é acolhido em parte e o recurso interposto visa tão somente combater a parte da decisão que rejeitou uma das pretensões. Nessa hipótese, ainda que o recurso possua apenas efeito

devolutivo, pode ser executada definitivamente a parte incontroversa da decisão, que transitou em julgado.

Para ilustrar a situação, podemos imaginar uma demanda na qual o autor tenha formulado pedido de indenização por dano material e por dano moral, sendo que somente o primeiro é acolhido. O autor interpõe recurso de apelação buscando obter a indenização por dano moral. Ainda que o recurso seja recebido somente no efeito devolutivo, nos termos do artigo 520, inciso VII do CPC, por exemplo, quanto aos danos materiais, que não poderão mais ser modificados, a execução será definitiva.

Portanto, como o recurso interposto apenas poderá melhorar a situação do autor, a parte não impugnada, já acobertada pela coisa julgada material, poderá ser executada definitivamente.

5.1. Execução provisória das decisões antecipatórias de tutela e das astreintes

Importante traçar algumas considerações acerca da execução provisória das decisões antecipatórias de tutela e das *astreintes*.

Como mencionado anteriormente, a execução provisória pode ter por objeto decisão interlocutória, que corresponde, neste caso, à decisão antecipatória de tutela.

A tutela antecipada é um instituto através do qual o juiz concede ao autor o adiantamento dos efeitos da sentença de mérito com caráter definitivo. A antecipação de tutela prevista genericamente no art. 273 do CPC confere, observados certos limites, a imediata fruição do bem da vida reclamado, de sorte que antecipa os efeitos executivos que podem decorrer da futura sentença de procedência.

Diante da importância e relevância da tutela antecipada, o legislador estabeleceu que sua efetivação deverá observar as normas previstas para a execução provisória. O artigo 273, §3º do CPC prevê a necessidade da tutela antecipada observar, no que couber e conforme sua natureza, o disposto no art. 588, hoje substituído pelo art. 475-O, que traça o roteiro da execução provisória. Assim, pode-se dizer que a execução provisória da tutela antecipada ocorre do mesmo modo que a execução provisória de sentença, porém, com algumas particularidades.

A primeira delas é que não será processada em autos apartados, nos termos do artigo 475-O, §3º do CPC. Isso porque, como o recurso cabível contra a decisão antecipatória de tutela, satisfativa ou cautelar, é o agravo de instrumento, os autos principais permanecerão em primeiro instância, razão pela qual não há motivos para que a execução provisória seja processada em autos apartados.

Outra diferença no processamento da execução provisória de decisão antecipatória de tutela diz respeito à defesa do réu, que segundo a melhor doutrina deve ocorrer por meio de agravo de instrumento e não por impugnação. Caso o réu não interponha o recurso, a decisão ficará preclusa e não poderá mais ser questionada. Por outro lado, se o réu recorrer não poderá utilizar outra via para reverter a decisão. A justificativa é que tanto o agravo como a impugnação teriam o mesmo objetivo e poderiam gerar decisões conflitantes¹⁷.

Portanto, pode-se concluir que, no que couber, a efetivação da antecipação de tutela se dá por meio da execução provisória de acordo com a natureza do provimento que foi antecipado, ou seja, o instituto da execução provisória também se volta para a efetividade da antecipação de tutela.

Outra questão a ser debatida é se a multa diária estabelecida em antecipação de tutela pode ser executada provisoriamente.

¹⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos polêmicos da nova execução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pg.471/472.

Doutrina e jurisprudência divergem acerca do tema, na medida em que para uns a multa não estaria sujeita à execução provisória, posto que inexistente o requisito de urgência para justificar tratamento especial. Assim, as *astreintes* somente se tornariam exigíveis quando não pudessem mais ser revistas, ou seja, quando transitasse em julgado a própria sentença que confirmasse a tutela antecipada¹⁸.

Todavia, para outros doutrinadores a multa estabelecida em antecipação de tutela será exigível assim que se tornar eficaz a decisão que a impôs. Isto quer dizer que as *astreintes* seriam exigíveis desde logo, uma vez que o recurso cabível contra a referida decisão, agravo, não tem efeito suspensivo como regra geral¹⁹.

Insta salientar que a multa diária ou as *astreintes* correspondem a um meio de coerção para obtenção da tutela específica e sua natureza é forçar o cumprimento do provimento jurisdicional para a tutela do direito substancial da parte interessada de modo específico. A toda evidência, as *astreintes* têm por objetivo coagir o devedor que foi condenado a praticar um ato ou abster-se da referida prática, a realizar o comando imposto pelo juiz.

Partindo da premissa que a multa diária tem natureza coercitiva e não punitiva ou ressarcitória, visando coagir o devedor a satisfazer uma obrigação fixada em decisão judicial, entendo que o mais correto seria considerar a possibilidade de executar provisoriamente a multa diária.

Como vimos, uma vez que o sistema permite a execução provisória da decisão que antecipa os efeitos da tutela, também deve permitir a exigibilidade da multa diária nela fixada para garantir a efetividade da decisão liminar. Como a multa diária é acessória da tutela antecipada, não há motivos para que não possa ser efetivada antes do trânsito em julgado.

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil – Execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pg. 82.

¹⁹ Neste sentido Eduardo Talamini, Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer, p. 256, in RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Execução Provisória. Editora Método, 2006, p.250.

Ademais, considerar a possibilidade de exigir a multa antes do trânsito em julgado corrobora com os interesses da efetividade do processo, contribuindo através da execução provisória com o poder coercitivo para o cumprimento da obrigação. Pra que a parte remitente se sinta pressionada a cumprir a obrigação, a imposição da multa coercitiva deve ser efetiva e atual e, portanto, passível de execução imediata. Pensar o contrário retiraria o caráter intimidador da multa, além de tornar inócuo o poder do juiz de antecipar, *ab initio*, os efeitos da tutela jurisdicional pretendida ao final.

Ao tratar da execução da multa, Humberto Theodoro Júnior observa que:

Na verdade, porém, não se deve negar imediata executividade à multa imposta para cumprimento de tutela antecipada. É que esta se cumpre de plano, segundo os princípios da execução provisória (art. 273, §3º). Assim, ao promover a execução da antecipação da tutela, havendo retardamento por parte do devedor, tornar-se-á exigível a multa, mesmo antes da sentença definitiva atingir a coisa julgada.²⁰

Em sede jurisprudencial, vale mencionar os seguintes acórdãos:

“A multa que é aplicada para cumprimento de antecipação de tutela ressarcitória deverá ser imediatamente executada, sob pena de desrespeito à função jurisdicional (arts. 461, § 4º, e 273 do CPC, e 5º, XXXV, da CF), ressalvando que, pela sua natural provisoriedade (risco de reversibilidade), deverá o autor restituir o seu valor em caso de perder a ação no final” (TJSP, AI nº 238.113-4/1, Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, julg. 23.4.2002)

“Respeitado entendimento em contrário mas que, a nosso ver. Não traduz de forma adequada o espírito das reformas processuais, entendemos possível a execução provisória da multa diária (astreintes), por descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, fixada antecipadamente por decisão interlocutória, ou em sentença ou acórdão, desde que a questão esteja preclusa ou coberta pela coisa julgada, ou não tenha sido a decisão que a fixar atacada por recurso com efeito suspensivo. Isso porque a natureza coercitiva da multa diária não assumiria a força pretendida pelo legislador, caso só possa ser exigida com o trânsito em julgado da decisão de mérito, o que pode demorar esvaziar o escopo da norma. A possibilidade de execução provisória da multa imprime no devedor um motivo a mais para atender com presteza a obrigação que lhe foi imposta.” (TJ/SP. Agravo de Instrumento nº 0068011-67.2012.8.26.0000, Rel. Teixeira Leite julg. 19.07.2012)

²⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, 40ªed., Rio de Janeiro; Editora Forense, 2006, pg.36.

Vale lembrar que diante do caráter provisório da decisão que fixou a multa, a execução desta também será provisória, sujeita ao regime do artigo 475-O do CPC. Assim, incidirá as restrições quanto ao levantamento de numerário e aos atos de alienação.

Outra questão de complexidade a analisar é referente a exigibilidade da multa diária nos casos de improcedência do pedido do autor.

Um primeiro posicionamento afirma que como a função da multa é garantir a obediência à ordem judicial, esta seria exigida independentemente do resultado da lide. Ou seja, pelo fato da multa decorrer da própria autoridade do Estado, deve ser cumprida de maneira inquestionável, pouco importando se a decisão será ou não confirmada pelo provimento final da causa.

O segundo posicionamento diz que a multa não deve reverter para a parte interessada, caso a ação seja julgada improcedente. Como a decisão final afirmou que o autor não possui razão com relação ao direito que executou provisoriamente, seria irracional beneficiá-lo com o pagamento da multa em prejuízo do réu.

Considerando que o processo não pode prejudicar a parte que tem razão e por isso também não pode beneficiar aquele que não tem, somente a ordem judicial que se harmoniza com a situação de direito material protegida é que deve ser cumprida²¹.

Portanto, cabe afirmar que na hipótese do pedido ser julgado improcedente o valor da multa não poderá ser exigido em razão da impossibilidade de se reconhecer à parte interessada o direito ao crédito oriundo da multa. Assim, nestes casos, após o trânsito em julgado da referida decisão, o valor da multa executada provisoriamente deverá ser restituída em decorrência da responsabilidade objetiva do autor.

²¹ SHIMURA, Sérgio. BRUSCHI, Gilberto Gomes. Execução Civil e cumprimento de sentença. Vol. 3.- São Paulo: Forense: São Paulo: Método, 2009, pg.519.

6. PRINCÍPIOS DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA

Os princípios que regem a execução provisória estão previstos no artigo 475-O do Código de Processo Civil. Muito embora o processamento da execução provisória ocorra do mesmo modo que a definitiva, há peculiaridades do próprio instituto que impõe algumas limitações à execução, dita como provisória, conforme será demonstrado a seguir.

6.1. Responsabilidade objetiva do exequente

A execução provisória constitui uma opção do exequente prevista pelo sistema processual para adiantar os meios executivos. Porém, não deixa de provocar alterações na esfera patrimonial do executado, razão pela qual o exequente assume o dever de indenizá-lo, caso haja reforma da decisão que embasou a execução.

Assim, a execução provisória nos termos do artigo 475-O, inciso I do CPC: *“corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido”*.

O parágrafo primeiro do mesmo artigo ainda esclarece que caso o título judicial seja anulado ou modificado apenas em parte, é somente em relação a esta parte que ficará sem efeito a execução.

A responsabilidade do exequente é objetiva e independe de qualquer indagação de culpa, sendo uma carga imposta pelo legislador àquele que opte por executar provisoriamente uma decisão que ainda não transitou em julgado.

Por responsabilidade objetiva, deve-se entender aquela em que basta a demonstração do dano e do nexo de causalidade entre este a prática dos atos

executivos para que surja o dever de indenizar, sem qualquer necessidade da demonstração ou comprovação da culpa do exequente.

Não há dúvidas de que a prática de atos executivos aplicados com o objetivo de realizar um direito fundado em título provisório, que pode ainda ser modificado ou extinto, representa um risco, ainda mais diante do atual sistema da execução que permite a plena satisfação do credor através da prática de atos expropriatórios.

Assim, caso o credor não queira correr esse risco, não deve requerer o início da execução provisória, já que o dever indenizativo surge tão somente do desfazimento do título.

Irretocável a lição de Daniel Roberto Hertel:

Registre-se, ademais, que, quando o credor requer ao juiz a execução provisória, ele tem conhecimento de que, a qualquer momento, poderá ser provido o recuso do devedor, de sorte a modificar a decisão exequenda. E a responsabilidade pelos eventuais prejuízos causados ao executado a ele pertencerá.

Assim, as perdas e danos que eventualmente venha a sofrer o executado em virtude da execução provisória deverão ser reparados pelo exequente. Essa responsabilidade é do tipo objetiva, prescindindo-se da demonstração de culpa.²²

Quando reformada a decisão exequenda, total ou parcialmente, se mostra injusta a execução provisória manejada pelo exequente, motivo pelo qual se impõe o dever de indenizar o dano causado ao executado. O exequente é responsabilizado pelos prejuízos em decorrência da prática de um ato lícito e mesmo que tenha agido sem abuso ou má-fé, sem se cogitar a existência de culpa, mas pelo simples risco que assumiu ao dar início aos atos de satisfação de seu crédito de maneira antecipada.

Ressalta-se que o dano indenizável decorre de qualquer ato executivo praticado e não se confunde com a devolução do montante levantado ou do bem conscrito, pois todos os prejuízos devem ser compensados pelo exequente. Em

²² HERTEL, Daniel Roberto. A execução provisória e as inovações das recentes reformas processuais, *in*, Ernane Fidelis dos Santos.... [et al]. Execução Civil. Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior. Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 726.

outras palavras, o exequente será responsável pelo ressarcimento dos danos que o executado sofreu juntamente com a prática de atos que restituirão as partes ao estado anterior.

A apuração dos prejuízos causados, bem como sua liquidação serão apurados nos mesmos autos, por arbitramento, conforme reza o inciso II, do artigo 475-O do CPC. Assim, não há necessidade de ser proposta uma ação para esse fim, bastando o prejudicado, nos mesmos autos e por simples petição, requerer a realização de uma liquidação incidente.

6.2. Restituição das partes ao estado anterior

Tem-se, portanto, que do julgamento do recurso manejado contra a decisão exequenda poderá sobrevir acórdão que ratifique os termos da decisão recorrida ou então que de provimento total ou parcial ao recurso do executado.

No primeiro caso, com o trânsito em julgado da decisão automaticamente a execução provisória se transforma em definitiva, ocorrendo o desfazimento da caução prestada e o processo será extinto.

Caso ocorra a reforma total da decisão, extingue-se a execução provisória e nasce ao executado o direito de retornar ao estado anterior, bem como à liquidação dos danos. Por outro lado, se o executado obtiver parcial êxito em seu recurso, prosseguirá a execução, agora definitiva, da parte não modificada e ficará sem efeito a parte afetada pelo acolhimento do recurso, incidindo, neste último caso, o artigo 475-O, II, cabendo promover o retorno ao estado prístino.

A execução é considerada provisória porquanto há um recurso pendente do executado. Porém, havendo o provimento desse recurso a execução fica sem efeito, ou seja, os atos praticados na execução provisória perderão a sua eficácia.

Exatamente por ser provisória a execução, caso o título executivo deixe de existir, total ou parcialmente, o executado tem direito a ver desfeitos os atos executivos a que foi obrigado a sujeitar-se, devendo ser restaurada sua situação jurídica àquela existente antes do início da execução.

Nesse sentido é a redação do artigo 475-O, inciso III, *in verbis*: “ *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*”.

Assim, provido integralmente o recurso pendente, ficando sem efeito a execução, devem ser tornados ineficazes os atos executivos que foram praticados retornando as partes ao estado anterior, que significa o dever do exequente em restituir as quantias recebidas com juros e correção, independente da reparação pelos prejuízos sofridos conforme já verificado no tópico antecedente. No entanto, importa verificar se o retorno ao *status quo* atinge terceiros.

Na hipótese da execução provisória ter alcançado a fase de alienação dos bens penhorados não seria razoável exigir que o arrematante de boa-fé restituísse o bem ao patrimônio do executado. Tal situação significaria o desfazimento do ato expropriatório e a conseqüente instabilidade às relações jurídicas, já que o terceiro iria adquirir um bem móvel ou imóvel sob o risco de ter que promover ulterior devolução com a difícil recuperação da quantia paga.

Registre-se que com as alterações perpetradas pela Lei 10.444/2005 a regra segundo a qual as coisas deveriam ser restituídas ao estado anterior precisou ser alterada. Isso porque, com o advento da referida lei passaram a ser admitidos em sede de execução provisória atos de alienação de domínio, razão pela qual a manutenção da expressão “restituição das coisas ao estado anterior” poderia levar à interpretação de que após a alienação do bem conscrito o adquirente deveria devolver o bem ao executado. Caso fosse mantida a restituição das coisas ao estado anterior, eventual alienação do bem deveria ser desfeita.

Por tal motivo, houve a substituição da expressão “restituição das coisas ao estado anterior” para “restituição das partes ao estado anterior”. Como serão restituídas apenas as partes ao estado anterior a alienação do bem realizado na execução provisória deve ser considerada válida, sem que o terceiro arrematante seja atingido por uma decisão que desautorize a execução em que a alienação foi realizada.

Assim, havendo alienação judicial em hasta pública, o bem não poderá retornar ao patrimônio do vencedor, sendo que nesse caso deve-se optar por uma indenização pecuniária a fim de preservar as relações validamente entabuladas com terceiros.

Nesse sentido é a lição de Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier:

[...] a restituição das partes ao estado anterior, diferentemente da restituição das coisas ao estado anterior, faz com que a decisão do tribunal (que tenha modificado ou anulado a sentença executada [ou o acórdão executado] ‘provisoriamente até o final’, isto é, com atos de expropriação já consolidados), alcance apenas as partes e não os terceiros adquirentes dos bens levados à hasta pública, por exemplo.²³

Portanto, diante da hipótese da venda judicial do bem a terceiro, a restituição das partes ao *status quo* prevista na lei deve ser entendida como a necessidade do executado ser indenizado de forma a recompor seu patrimônio, e não a restituição do bem, o que interferiria na esfera jurídica do arrematante.

Todavia, vale ressaltar que na hipótese do bem ser adjudicado pelo próprio exequente, impõe-se sua devolução, sem prejuízo da liquidação quantos aos danos causados ao réu, conforme já estudado²⁴.

²³WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Breves comentários à 2 fase da reforma do Código de Processo Civil, p. 217, in RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Execução Provisória. Editora Método, 2006, p.191.

²⁴ COSTA, Susana Henrique da. A nova execução civil – Lei 11.232/2005 – São Paulo: Quartier Latin, 2006, pg.302/303..

6.3. Meios de satisfação do exequente

Para satisfação do seu direito na execução provisória, o exequente poderá realizar o levantamento do depósito feito em dinheiro ou promover a alienação do bem penhorado, se satisfazer através dos frutos do bem penhorado, bem como dispor de outros atos executivos, como por exemplo, constranger ou impedir o credor a ter determinado comportamento.

As inovações introduzidas pela Lei nº10.444/2002 e posteriormente pela Lei nº11.232/2005 possibilitaram a completa satisfação do exequente na execução provisória, transformando-a em uma verdadeira execução ainda que com base em título provisório. A execução provisória passou a ser completa, podendo chegar ao estágio do pagamento ao credor.

Em contrapartida, a lei previu a necessidade de prestação de caução pelo exequente com o objetivo de reparar os danos causados ao executado na hipótese de provimento do recurso apresentado contra a decisão que ensejou a execução provisória. Os atos que importem alteração no patrimônio do executado dependem sempre de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos (art.475-O, III).

7. PROCEDIMENTO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA

O artigo 475-O, §3º do Código de Processo Civil estabelece as regras e normas que regem a execução provisória, dispondo:

3º. “Ao requerer a execução provisória, o exequente instruirá a petição com cópia autenticadas das seguintes peças do processo, podendo o advogado valer-se do dispositivo na parte final do ar.544, 1:

- I- sentença ou acórdão exequendo;
- 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 exequente considere necessárias”.

Assim, para dar início à execução provisória o exequente deverá instruir a petição com as cópias mencionadas nos incisos do parágrafo terceiro, sendo que esta ficará no juízo competente enquanto que os autos principais com o recurso pendente seguirão para o Tribunal.

Muito embora a lei 11.232/2005 tenha revogado o artigo 589 que dispunha que a execução provisória deveria ser processada em autos suplementares ou por carta de sentença, certo é que esta deverá continuar sendo processada em autos apartados. Uma vez interposto o recurso recebido no efeito meramente devolutivo os autos originais serão encaminhados para o Tribunal, assim, será necessário que a pretensão de execução provisória corra em auto separado.

De toda forma, apesar do artigo 521, 2ª parte ainda prever que para promover a execução provisória é necessário extrair a carta de sentença, tal requisito é dispensável, uma vez que a execução provisória opera por meio de simples petição instruída conforme dispõe o artigo 475-O, §3º, do CPC.

Portanto, para requerer a execução provisória o exequente deverá instruir a petição com cópia autenticada das seguintes peças processuais, podendo o advogado declara-las autênticas (475-0, §3º): (a) sentença ou acórdão exequendo (inc.I); (b) certidão de interposição do recurso não dotado de efeito suspensivo (inc.II); (c) procurações outorgadas pelas partes (inc.III); (d) decisão de habilitação, se for o caso (inc.IV); (e) facultativamente, outras peças processuais que o exequente considere necessárias (inc.V).

A falta de qualquer das peças obrigatórias evidencia simples irregularidade, cabendo ao juiz assinalar prazo para emenda ou requisitá-las perante o órgão judiciário no qual tramitam os autos originais²⁵.

²⁵ ASSIS. Araken de. Manual da Execução. 12ª edição revista, atualizada e ampliada. Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 357.

Como regra geral será competente para apreciação da execução provisória o próprio juiz que prolatou a decisão exequenda, porém, nada impede que o credor, mesmo em sede de execução provisória, se utilize da faculdade conferida pelo artigo 475-P, parágrafo único do CPC e requeira a execução provisória no local onde se encontram os bens do devedor ou no local do seu atual domicílio.

A seguir trataremos de algumas outras regras para o procedimento da execução provisória.

7.1. Requerimento da execução provisória

A execução provisória corre por iniciativa do exequente, assim, cabe ao vencedor requerer o início da execução provisória.

Não compete ao órgão judiciário substituir-se à iniciativa do vitorioso e determinar a execução provisória *ex officio*. A iniciativa deve partir do exequente, uma vez que a ele incumbe a análise da viabilidade da execução provisória, já que o executado pode não possuir bens penhoráveis, o que tornaria inútil a medida de antemão.

Ademais, ante a responsabilidade objetiva do exequente por eventuais danos causados ao executado, não há dúvidas que a iniciativa da execução provisória é reservada à parte, que deve analisar as vantagens e desvantagens da medida. Como bem assevera Araken de Assis *“a responsabilidade objetiva do art. 475-O, I, constitui fator poderoso para induzir uma iniciativa bem meditada e prudente”*²⁶.

Portanto, o requerimento da execução provisória constitui uma faculdade do vitorioso, que deverá instruir a petição de acordo com o artigo 475-O, §3º e incisos, requerendo a intimação do executado para que cumpra a ordem emanada do título provisório.

²⁶ Ibid, p. 354.

7.2. Realização do mesmo modo que a definitiva (475-O)

O legislador visando conferir maior celeridade à execução e consequentemente à satisfação do débito, estabeleceu que a execução provisória, no que couber, far-se-á nos mesmos moldes que a definitiva, conforme preceitua o já citado artigo 475-O do CPC: “A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas”.

Nessa linha de raciocínio, a atividade executiva possui a mesma diretriz em ambas as modalidades de execução, seja provisória ou definitiva.

Araken de Assis ensina que o artigo 475-O do CPC reclama interpretação conjunta com o artigo 475-I, *caput*, e que também na execução provisória a forma e a ordem dos atos executivos se alteram a critério do juiz, consoante as necessidades práticas da realização dos comandos judiciais²⁷.

Contudo, devido a provisoriedade do título judicial formado, o trâmite da execução provisória requer algumas precauções. A expressão “no que couber” visa advertir ao intérprete da lei que a aplicação das regras da execução definitiva à execução provisória não pode ser integral, já que o segundo instituto possui restrições que devem ser respeitadas justamente em decorrência da possibilidade de reforma do título executivo.

Portanto, guardadas as peculiaridades da execução provisória, geralmente no que se refere a prestação de uma garantia pelo credor em decorrência da possibilidade de alteração do provimento judicial, devem seguir as mesmas premissas que regem a execução baseada em título executivo judicial transitado em julgado.

²⁷ ASSIS, Araken de. Cumprimento da Sentença. 2ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 151.

7.3. Da necessidade de caução

Não há dúvidas que a admissibilidade da execução provisória prestigia a efetividade da tutela jurisdicional e garante ao litigante que já obteve uma decisão judicial favorável a satisfação de seu direito com maior brevidade, diminuindo os males do tempo no processo. Por outro lado, o título pendente de julgamento pode vir a ser alterado, hipótese na qual o exequente deve responder pelos prejuízos causados nos termos dos já comentados incisos I e II do artigo 475-O do CPC.

Assim, com o objetivo de garantir a viabilidade desta reparação de prejuízos e evitar que os danos se tornem irreversíveis, o artigo 475-O, inciso III, do Código de Processo Civil exige que seja prestada caução idônea e suficiente, quando (i) do levantamento do depósito em dinheiro; (ii) da prática de atos que importem alienação de domínio, ou ainda (iii) de atos executórios que possam causar grave dano ao executado.

É certo que o princípio da efetividade impõe a necessidade de um processo civil de resultados dotado de mecanismos e técnicas adequadas para alcançar os resultados pretendidos. Porém, não se pode deixar o executado em situação de desalento diante do risco processual de futura alteração da situação jurídica, daí a necessidade do juiz impor que seja prestada a garantia.

Importante destacar os ensinamentos de Fredie Didier Jr.:

“[...] esse adiantamento da atividade executiva é autorizada pelo legislador como forma de conciliar interesses contrapostos: de um lado, o interesse do credor de ver a decisão que lhe foi favorável ser efetivada, malgrado esteja sujeita a ulterior confirmação; de outro, o interesse do devedor de que, diante da possibilidade de anulação ou reforma da decisão, seja-lhe assegurado o retorno ao estado anterior à execução, com reparação de danos eventualmente sofridos sobretudo mediante a exigência de prestação de uma caução para a prática de atos que lhe seja gravosos. Promove-se, assim um maior harmonia entre o direito à efetividade do credor e o direito à segurança jurídica do devedor.”²⁸

²⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil, vol. 5, págs. 191/192, Ed. Podivm, 2009.

A caução possui natureza jurídica cautelar já que constitui um mecanismo apto a reparar os danos causados ao executado caso haja a modificação da sentença em grau de recurso. Com efeito, o legislador não poderia ficar insensível aos riscos que uma execução provisória poderia provocar, razão pela qual a caução tem, justamente, o escopo de assegurar a responsabilidade patrimonial daquele que executa provisoriamente o título judicial.

Oportuno o esclarecimento de José Roberto dos Santos Bedaque, sobre a natureza cautelar da caução:

"a caução, exigida para evitar prejuízos ao credor (CPC, art. 588, I) tem natureza cautelar. Ante a possibilidade de a execução provisória causar dano injusto ao executado, que pode obter a modificação da sentença em grau de recurso, o legislador prevê a necessidade de o exequente assegurar a efetividade desse resultado possível, garantindo, mediante caução, a reparação e eventual prejuízo".²⁹

Ressalta-se que a caução deve ser exigida em todas as situações em que mesmo não havendo transferência de domínio o ato executivo possa representar um grave dano ao sujeito passivo da execução. Isso quer dizer que a exigência de caução esta ligada a ideia de risco processual para o executado, sendo que este risco é presumido pela lei para os casos de levantamento de depósito em dinheiro e alienação de bem, contudo, poderá ser reconhecido em outros casos demonstrados pelo executado.

Registre-se que a caução não deve ser prestada quando do requerimento da execução provisória. De acordo com as alterações promovidas pela Lei 10.444/2002, restou consagrado que não é necessário prestar caução para iniciar a execução provisória.

O momento de se exigir a caução depende da situação concreta, sendo certo que deve ser prestada antes de ser entregue o bem da vida ao exequente, sob o

²⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do Processo e Técnica Processual. 3ªEd. São Paulo: Malheiros Editores, pag. 123, 2010.

risco de tornar inócua a medida, ou seja, deve ser prestada antes que se altere a situação jurídica do vencido³⁰.

Assim, ao despachar o requerimento de levantamento de dinheiro, atos de alienação de domínio ou que possam causar grave dano ao executado, cabe ao juiz arbitrar de plano a caução que deverá ser prestada pelo exequente nos próprios autos.

Todavia, uma questão não definida pelo ordenamento jurídico, corresponde a necessidade de requerimento da caução ou a possibilidade de fixação de ofício pelo magistrado.

Com a Lei 11.232/2005, o inciso III do artigo 475-O do CPC passou a dispor que a caução deve ser arbitrada de plano pelo juiz, bem como substituiu a expressão “*requerida e prestada nos próprios autos*” por “*arbitrada e prestada nos próprios autos*”. Tais modificações fizeram com que alguns doutrinadores interpretassem que a discussão havia sido solucionada pela lei e que a caução poderia ser arbitrada *ex officio* pelo juiz independentemente da oitiva das partes.

Nesse sentido é o posicionamento de Leonardo Ferres da Silva:

A modificação trazida pela Lei 11.232/2005 pôs uma “pá de cal” na dúvida que atormentava a doutrina sobre a possibilidade de o juiz fixar de ofício a caução, hipótese para o autor possível desde o regime anterior por força do poder geral de cautela.³¹

Dessa maneira, de acordo com a redação do novo artigo 475-O, III do CPC, certos intérpretes da lei entendem que a caução deverá ser imposta *ex officio* pelo juiz, que arbitrar de plano o valor a ser caucionado. Além dos casos de levantamento de dinheiro ou que importem em alienação de propriedade, hipóteses em que o dano é presumido o juiz poderá exigir a garantia se verificar que o ato a ser praticado poderá causar grave dano ao executado.

³⁰ Nesse sentido, Theotonio Negrão. Código de Processo Civil. 43ªed.2011, p. 568.

³¹ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Execução Provisória. Editora Método, 2006, p.193;195

Contudo, a questão ainda gera controvérsias e grande parcela da doutrina mantém o posicionamento contra a possibilidade do magistrado fixar de ofício a caução, sob a justificativa de que não cabe ao juiz decidir acerca da necessidade de caução e muito menos determinar a forma e o montante, sem ouvir as partes interessadas.

Para Araken de Assis: *É preciso que o executado requeira ao órgão judiciário a prestação de caução. Trata-se de medida concebida em seu exclusivo benefício. E o direito é disponível. Por tais motivos, a cláusula “arbitrada de plano do juiz” se refere ao valor, e não à necessidade de caução*³².

No mesmo sentido é o entendimento de Cássio Scarpinella *“antes de efetivamente prestada a caução, deve ser garantida a participação de ambas as partes interessadas, somente após a qual poderá o juiz decidir. A não-observância deste procedimento quando do incidente de arbitramento da caução ofende o princípio do contraditório”*³³.

Para tais autores, cabe ao executado, através de petição fundamentada, demonstrar o risco de dano, ou seja, a necessidade da caução, bem como o montante do prejuízo que eventualmente será suportado em razão do ato executivo. Todavia, nos casos que importem em alienação de domínio ou levantamento de dinheiro, em que a lei já presume o risco de dano ao executado, pode o exequente se adiantar ao requerimento e oferecer a garantia que entenda suficiente.

A fim de que não haja violação ao princípio do contraditório, o mais correto é que antes de deliberar sobre a caução, o magistrado ouça a parte contrária, ou seja, se o executado requerer a caução, o exequente deverá ser intimado para se manifestar e, caso discorde do valor, deverá apresentar contraproposta. Se concordar, já poderá apresentar a garantia requerida pelo executado. Por outro lado,

³² ASSIS, Araken de. Manual da Execução. 12ª edição revista, atualizada e ampliada. Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 349.

³³ SCARPINELLA, Cássio. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos Polêmicos da Nova Execução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.186.

na hipótese do exequente oferecer de plano a caução, igualmente deverá o executado se manifestar sobre a suficiência da garantia.

A caução deve ser suficiente, ou seja, bastante para preservar os direitos do executado ante a modificação da decisão em grau de recurso, bem como idônea, que quer dizer capaz de assegurar o risco da provisoriedade da execução. Se no curso da execução provisória a caução deixar de ser suficiente ou se tornar inidônea, o executado, por simples petição, deverá demonstrar a depreciação da garantia e indicar o valor pretendido a ser complementado, cabendo ao juiz proferir decisão logo após ouvir o exequente.

7.4. Hipóteses de dispensa de caução

O diploma legal estabeleceu exceções à regra geral que subordina a prática de atos danosos ao executado à prestação de caução na execução provisória, já que em que alguns casos o bem da vida a ser protegido possui maior importância, disciplinando tais hipóteses no parágrafo 2º do artigo 475-O do CPC.

Os casos de dispensa de caução admitidos pelo sistema no inciso I do referido artigo são: créditos de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de sessenta vezes o valor do salário-mínimo, quando o exequente demonstrar situação de necessidade.

Cumprido ressaltar que a regra que já estava prevista no revogado §2º, do artigo 588 do CPC foi ampliada pela Lei 11.232/2005 para abranger além do crédito de natureza alimentar, o decorrente de ato ilícito. Isso porque, antes da reforma havia dúvida se a dispensa era somente para os créditos decorrentes do direito de família ou se tinha uma conotação mais ampla, o que foi solucionado pela lei mencionada.

Em decorrência do caráter social da verba alimentar que visa garantir a manutenção e a subsistência do exequente e de sua família, o legislador conferiu ao juiz da execução a possibilidade de dispensar a prestação de contracautela para levantamento de tais valores nas execuções provisórias. No mesmo sentido, diante das peculiaridades da situação, os créditos decorrentes de ato ilícito podem ser executados provisoriamente, independentemente de caução.

Assim, créditos de natureza alimentar ou mesmo decorrente de ato ilícito, desde que cumulativamente preencham outros requisitos, quais sejam, que o crédito não ultrapasse sessenta vezes o salário mínimo, e que seja demonstrada a situação de necessidade do exequente, haverá a dispensa da caução na execução provisória.

Importante destacar que com relação ao estado de necessidade, para ser dispensada a caução o autor deverá provar esta situação que será verificada e ponderada pelo juiz no caso concreto ante a possibilidade de os atos processuais de satisfação do direito serem passíveis de acarretar dano irreparável ou de difícil reparação ao réu. Como a expressão *estado de necessidade* corresponde a conceito jurídico indeterminado, dependerá da interpretação do magistrado, que analisará os riscos existentes no caso concreto em possibilitar que o credor necessitado prossiga com a execução provisória sem prestar caução.

Já na hipótese do crédito de natureza alimentar ser superior a sessenta vezes o salário mínimo, o magistrado poderá dispensar a caução na execução provisória somente até o limite do valor fixado na lei. A execução do excesso somente poderá ser realizada mediante caução ou após o trânsito em julgado da sentença ou do acórdão.

Nesse sentido é a orientação jurisprudencial:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. VERBA ALIMENTAR. DISPENSA DE CAUÇÃO. PRETENSÃO DE LEVANTAMENTO DE QUANTIA MENSAL CORRESPONDENTE A TRINTA SALÁRIOS MÍNIMOS PARA CADA EXEQUENTE.

1. Os embargos declaratórios têm como objetivo sanar eventual obscuridade, contradição ou omissão existente na decisão recorrida. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão, como ocorrido na espécie.
2. A jurisprudência desta Corte Superior tem admitido, em se tratando de verba de natureza alimentar, a dispensa da caução na execução provisória. Precedentes.
3. Na hipótese, a análise da pretensão do recorrente de que não estaria suficientemente comprovado o estado de necessidade das partes implicaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é vedado em recurso especial. Incidência da Súmula 7/STJ.
4. O limite de 60 vezes o salário mínimo previsto no art. 588, § 2º, do CPC para a liberação de valores referentes à pensão alimentícia, com dispensa de caução, deve ser considerado individualmente, para cada um dos exequentes, seja em função da excepcionalidade da norma, seja em razão do caráter social da verba alimentar.
5. Como a verba alimentar é devida mensalmente, visando assegurar a subsistência do exequente durante toda a tramitação da execução provisória, a limitação prevista no art. 588, § 2º, do CPC aplica-se para o mesmo período.
6. **Ainda que o crédito de natureza alimentar seja superior a sessenta vezes o salário mínimo, o juiz poderá admitir a execução provisória, dispensando a caução, até o limite do valor legal, sendo que a execução do excesso somente poderá ser realizada após o trânsito em julgado da sentença ou acórdão, ou mediante caução.**
7. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido. (REsp 1.066.431/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/9/2011, DJe 22/9/2011).(grifo nosso).

Mesmo assim, alguns doutrinadores se posicionam de maneira contrária³⁴ e entendem que em hipóteses excepcionais pode ser ultrapassado o limite fixado no artigo 475-O do CPC para que não haja discriminação àquele que possui maior necessidade de verba alimentar. Se a necessidade importar em valor superior a 60 salários mínimos e isto restar demonstrado, não é coerente obrigar o exequente a prestar caução para ter seu direito realizado.

Outro caso de dispensa de caução está previsto no inciso II do artigo 475-O, in verbis: “*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*”.

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação de Tutela. 11ed rev., e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pg. 299.

Assim, via de regra, na pendência de agravo contra decisão denegatória de Recurso Especial ou Extraordinário não se exige caução para a prática de atos de alienação judicial de bens e levantamento de quantia em razão da pouca probabilidade de tais recursos serem admitidos e provocarem a reforma da decisão. O legislador primando pela celeridade e efetividade processual entende que nesses casos a caução pode ser dispensada na execução provisória.

Segundo Araken de Assis *“pendendo um simples agravo para o STF ou para o STJ, e encontrando-se sucumbente nas instâncias ordinárias, o executado não nutre consideráveis expectativas de êxito”*³⁵.

Por outro lado, se não for este o caso e as circunstâncias concretas revelarem a possibilidade de provimento do agravo, então a dispensa da caução representará o risco de grave dano cogitado na parte final do artigo, devendo, portanto, ser exigida pelo juiz³⁶.

Para José Miguel Garcia Medina *“(...) uma vez proferido o acórdão pelo Tribunal local, e não conhecido, na instância recorrida, o recurso extraordinário ou o recurso especial interpostos, muito provavelmente a decisão recorrida será mantida. Mesmo neste caso, contudo, a caução será exigida, se de sua dispensa puder manifestamente resultar risco de grave dano de difícil ou incerta reparação ao executado.”*³⁷

Importante consignar que embora os casos de dispensa de caução estejam previstos na lei, a jurisprudência tem interpretado tal norma com temperamentos uma vez que em certas situações peculiares, desde que não exista o perigo de irreparabilidade ou irreversibilidade do possível dano, é justificada a dispensa de caução. A rigidez do dispositivo da lei deve ser flexibilizada frente ao modelo constitucional de processo, ou seja, mesmo fora das hipóteses excepcionais de dispensa previstas na lei, o magistrado pode deixar de exigir caução quando o

³⁵ ASSIS, Araken de. Cumprimento de Sentença. Rio de Janeiro:Forense, 2009, p. 157.

³⁶ Nesse sentido: TJ/SP. Agravo de Instrumento nº 0167679-11.2012.8.26.0000. Rel. Edgard Rosa

³⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. Execução. Processo Civil Moderno. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 252.

exequente possui maior plausibilidade de direito e correr risco de experimentar um dano maior do que o executado.

Vale citar o entendimento jurisprudencial:

PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO DE SENTENÇA - INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC - RECURSO PENDENTE DE JULGAMENTO – EXECUÇÃO PROVISÓRIA - LIBERAÇÃO DO VALOR DA DÍVIDA INDEPENDENTEMENTE DE CAUÇÃO (ARTIGOS 587 E 588 CPC).

1. Não ocorre ofensa ao art. 535 do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. É provisória a execução de título sentencial, quando há pendência de recurso.

3. Na execução provisória é possível o levantamento do valor da dívida depositada judicialmente, mas exige-se caução do credor, nos termos do art. 588, I CPC, atualmente revogado pela Lei 11.232/2005.

4. **A regra acima indicada deve ser relativizada, a depender da situação fática. Hipótese que justifica a dispensa da caução porque o levantamento diz respeito a valores incontroversos** (REsp 1180680/RJ. Rel. Eliana Calmon. Julgado em 18.03.2010).(grifo nosso).

Cássio Scarpinella também defende que além das hipóteses do §2º do art.475-O do CPC a dispensa de caução deverá ser apreciada pelo juiz em cada caso concreto. Segundo o autor, cabe ao juiz a liberdade de investigar se há necessidade de exigir a medida. Sempre que verificar a remota possibilidade de modificação da sentença e o risco de dano irreparável para o autor o juiz poderá dispensar a caução além das hipóteses legais³⁸.

Portanto, caso a exigência de caução prejudique o devido acesso à tutela jurisdicional constitucionalmente garantida, o magistrado, analisando a situação à luz do princípio da proporcionalidade, pode dispensar a prestação de garantia.

³⁸ BUENO, Cássio Scarpinella; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos polêmicos da nova execução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pg. 470/471.

8. IMPUGNAÇÃO À EXECUÇÃO PROVISÓRIA

Com o advento da Lei nº11.232/2005 a forma para o executado se insurgir contra a execução de título judicial, seja provisório ou definitivo, passou a ser o incidente de impugnação e não mais os embargos à execução.

Realizada a penhora e intimado o executado na forma do artigo 475-J, §1º, fluirá o prazo de 15 dias, para, querendo, apresentar impugnação à pretensão executiva, limitando-se a discussão com relação às matérias constantes no art. 475-L do CPC, ou seja, os motivos da impugnação discrepam do objeto do recurso pendente.

A intimação será feita na pessoa do advogado do executado, nos termos dos arts. 236 e 237, ou, na falta deste, na pessoa de seu representante legal, ou então pessoalmente, seja por mandado ou pelo correio.

Via de regra a impugnação não possui efeito suspensivo, porém, poderá ser concedido tal efeito pelo juiz se o executado demonstrar que o prosseguimento da execução lhe causará grave dano de difícil ou incerta reparação. Ou seja, para obstar o prosseguimento da execução provisória, de plano o executado deve demonstrar que os argumentos de sua impugnação são relevantes e que o prosseguimento da execução é passível de lhe acarretar danos graves e de difícil reparação. Tais danos, naturalmente, são os resultantes dos próprios atos executivos.

De toda forma, mesmo que atribuído efeito suspensivo à impugnação, o exequente poderá requerer o prosseguimento da execução desde que preste caução suficiente e idônea (§1º do art. 475-M).

Ainda assim, na tentativa de se defender sem prestar a garantia e até mesmo para que não incida a multa, pode ser que o executado utilize a exceção de pré-executividade. Contudo, tal instrumento processual é medida excepcional que

procura evitar maiores injustiças e reconhecer nulidades absolutas e insanáveis no processo de execução. Quer dizer, fora dessas hipóteses o meio adequado para se opor à execução é através da impugnação.

Recebida a impugnação com efeito suspensivo será processada e decidida nos mesmos autos em que os atos executivos estejam sendo praticados. Caso o efeito suspensivo não lhe seja atribuído ou se foi elidido pelo exequente com a prestação de caução, a impugnação será processada em autos apartados a fim de que os atos típicos da atividade de conhecimento não interfiram com os decorrentes da atividade executiva (art. 475-M, §2º do CPC).

Nos termos do §3º, do artigo 475-M, acolhida a impugnação resultando na extinção da execução, caberá recurso de apelação. Porém, se a impugnação for rejeitada ou se de seu acolhimento resultar extinção apenas parcial da execução provisória, o recurso cabível será o agravo de instrumento.

Por consequência, rejeitada a impugnação a execução continuará com a alienação dos bens penhorados e o pagamento do exequente, sendo que a execução somente se extinguirá com a satisfação da obrigação.

Cumprido esclarecer que na execução provisória, além das hipóteses mencionadas de extinção da execução esta poderá também ser extinta em razão do provimento do recurso interposto pelo executado contra a decisão exequenda (art. 475-O, II).

9. A EXECUÇÃO PROVISÓRIA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

Apesar do ordenamento jurídico processual expressamente autorizar a execução provisória da sentença diante da interposição de recurso desprovido de efeito suspensivo, doutrina e jurisprudência divergiam sobre a possibilidade de se manejar a execução provisória em face da Fazenda Pública.

Como no procedimento da execução contra a Fazenda Pública não havia nenhuma ressalva ou impedimento quanto à execução provisória, prevalecia o entendimento de que poderia ser aplicado o instituto na execução do precatório.

Contudo, a partir da Emenda Constitucional nº30/2000 que modificou o artigo 100 da Constituição Federal, passou a ser exigido o trânsito em julgado para se manejar a execução em face da Fazenda Pública.

A justificativa de tal proibição é que como ainda é incerto que o crédito será pago ao credor em razão da possível modificação da sentença decorrente do provimento do recurso interposto, a verba que seria destinada para o pagamento do precatório inscrito provisoriamente poderia ser destinada para outras finalidades, em atenção ao interesse público.

Além disso, uma vez inscrito o crédito deverá ser feito o pagamento, ainda que este seja provisório. Porém, se houver a reforma ou anulação da sentença haverá pouca probabilidade de devolução do pagamento efetuado. Por tais razões, a execução provisória contra a Fazenda Pública depende do trânsito em julgado da decisão exequenda.

Nessa linha, a Emenda Constitucional 62/2009 confirmou a necessidade do trânsito em julgado para as execuções dos precatórios, conforme redação do artigo 100, §5º da CF, *in verbis*:

“§ 5º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente”.

O Superior Tribunal de Justiça também já consolidou entendimento nesse sentido, sob o fundamento de que o precatório é ordem de pagamento de verba pública e sua emissão só é possível na hipótese do débito ser líquido e certo, o que somente ocorre a partir do trânsito em julgado da decisão (STJ, AgRMC 618/SP. Rel. Min. Peçanha Martins).

Da mesma forma, para as hipóteses em que é dispensada a expedição de precatório (art. 100, 3º da CF), também há necessidade do trânsito em julgado para iniciar a execução da obrigação de pequeno valor.

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 sentença 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.(REsp 447.406/SP. Rel. Min. Eliana Calmon. J 20/02/2003).

Porém, vale ressaltar que alguns doutrinadores consideram que apenas a expedição do precatório é que ficaria condicionada ao trânsito em julgado da sentença, enquanto que seria possível a execução provisória em face da Fazenda Pública para o processamento da demanda executiva.

Conforme ensina Leonardo Carneiro da Cunha:

O que se pode permitir, com o ajuizamento de uma execução provisória diante de um recurso desprovido de efeito suspensivo, é o processamento imediato da execução, procedendo-se com a liquidação do julgado e, posteriormente, citando-se a Fazenda Pública para oferecimento dos embargos do devedor, os quais serão processados e julgados, daí se seguindo a interposição de eventual recurso de apelação. Encerrado too o processamento da execução contra a Fazenda Pública, deverá, então, aguardar-se o desfecho do processo de conhecimento. A partir do trânsito em julgado, poder-se-á expedir o precatório.³⁹

Ora, seguindo o raciocínio do mencionado doutrinador, a execução provisória em face da Fazenda Pública serviria apenas para adiantar o processamento da execução, suprimindo uma etapa futura se for mantida a decisão, uma vez que o texto constitucional apenas vincula, como regra, a expedição do precatório ao trânsito em julgado. Quer dizer, a execução provisória em face da Fazenda Pública compreenderia apenas o adiantamento dos atos executivos, sem que fosse promovida a expedição do precatório e a consequente satisfação do exequente.

³⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo. 10 ed. São Paulo: Dialética, 2012, pg. 351/352.

De toda maneira, é cediço que o procedimento da execução contra a Fazenda Pública, previsto nos artigos 730 e 731 do CPC, deve ser aplicado em conformidade com as normas constitucionais, as quais pressupõem o trânsito em julgado e proíbem os atos de execução provisória.

Contudo, é importante esclarecer que tal proibição prevista na Constituição Federal se aplica somente à execução por quantia certa, ou seja, as execuções das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa não exige o trânsito em julgado e, portanto, podem ser processadas provisoriamente.

Por derradeiro, o Superior Tribunal de justiça também já consolidou entendimento de que é possível a execução provisória contra a Fazenda Pública com o sistema de precatórios desde que se trate de quantia incontroversa. O referido entendimento foi consolidado pela Corte Especial por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n.721791/RS. De toda forma, pensar o contrário e impedir a expedição de precatórios para as parcelas que já se tornaram preclusas seria atentar contra a celeridade e efetividade do processo.

10. A MULTA DO ARTIGO 475-J DO CPC

Como já não é mais novidade, dentro da esfera de alterações promovidas pela Lei 11.232/2005 foi introduzida uma nova fase do processo denominada de “*Cumprimento de Sentença*”. A partir de então, deixou de ser necessário o ajuizamento de uma ação de execução autônoma para satisfação do bem da vida pretendido, refletindo o chamado *processo sincrético*.

O intento da reforma foi de imprimir maior efetividade ao processo e a possibilidade de uma execução mais eficaz da sentença condenatória. A redação dada ao artigo 475-J do CPC traduz o espírito da nova sistemática processual em conferir ao credor a célere e adequada satisfação de seu crédito, ao dispor que:

“Art.475-J. Caso o 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, desta lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.”

Pela atual disciplina, a sentença de procedência proferida em ação que se pleiteia a condenação ao pagamento de uma quantia será executada sem a necessidade de instauração de um novo processo judicial de execução. Em outras palavras, o vencedor da demanda cognitiva não precisa propor uma nova ação judicial para executar o réu, o que também torna desnecessária a citação pessoal do devedor para cumprir a determinação do julgado condenatório. Nota-se que a nova técnica diminuiu a complexidade do processo e aumentou a efetividade da satisfação do crédito declarado em sentença.

Além disso, o *caput* do art. 475-J do CPC estabeleceu a incidência de uma multa de 10% do valor da condenação na hipótese do devedor não efetuar o pagamento do montante devido no prazo de 15 dias.

Na busca para combater as crises de efetividade, a lei estabeleceu meios de coerção para incentivar o devedor ao espontâneo cumprimento da sentença a fim de que cumpra a ordem sem hesitação, evitando prorrogar ainda mais a entrega da prestação jurisdicional. Assim, proferida uma sentença condenatória, deverá o devedor efetuar o pagamento do que é devido no prazo de quinze dias ou ficará sujeito ao início dos atos executivos a requerimento do credor com o acréscimo de 10% sobre o valor.

Ressalta-se que o percentual fixado taxativamente no art. 475-J não permite aumento ou redução pelo juiz, não obstante o §4º deste mesmo artigo determine que efetuado o pagamento parcial no prazo legal de 15 dias a multa incidirá apenas sobre o restante, o que demonstra, de certa maneira, o seu caráter acessório em relação à obrigação principal.

A técnica do artigo 475-J do CPC tem o condão de incentivar o devedor a pagar voluntariamente o valor contido no título judicial, ou seja, a possibilidade de

incidência da multa reforça o julgado e estimula seu cumprimento por parte do devedor.

Nessa linha, grande parte da doutrina pátria entende como nítido o caráter coercitivo da multa (a semelhança da multa prevista nos arts. 421, parágrafo único, 461 §4º e 645, *caput*) introduzida com o propósito de incentivar o devedor a pagar o montante fixado no julgado sem que o credor necessite se valer das medidas executivas cabíveis. O instituto visa muito mais coagir o devedor por uma pressão psicológica a cumprir a obrigação do que propriamente puni-lo por ter não ter cumprido de maneira voluntária.

Nesta esteira são os ensinamentos do mestre Cassio Scarpinella Bueno:

A multa incide pela inércia do credor, em cumprir, no sentido de acatar, respeitar, o que foi reconhecido na sentença. Sua finalidade, analisada a questão de prisma, é a de exortar o devedor ao cumprimento da obrigação, à observância da sentença, ou, mais amplamente, do título executivo judicial independentemente da tomada de qualquer providencia pelo credor. É, neste sentido, claramente coercitiva.⁴⁰

A nova sistemática da execução de título judicial convida o devedor a adimplir o quanto antes a obrigação que lhe foi imposta, de modo que caso assim não o faça, sofrerá a imposição da multa do *caput* do art. 475-J do CPC. Inegavelmente a intenção da lei é de forçar o cumprimento voluntário independentemente da intervenção judicial, até mesmo porque o direito não tem como regra precípua punir a parte.

Na jurisprudência, vale citar interessante acórdão que reflete o caráter coercitivo da multa.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. MULTA. INTIMAÇÃO ESPECÍFICA. A multa prevista no art. 475-J do CPC, introduzida pela Lei 11.232/2005, tem finalidade coercitiva, ou seja, busca-se com sua cominação o efetivo cumprimento da condenação imposta. O objetivo não é auferir lucro, mas compelir a parte vencida a cumprir a decisão judicial. Logo, incidirá após o retorno dos autos à

⁴⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2006, p.94. *in*. SHIMURA, Sérgio; BRUSCHI, Gilberto Gomes. Execução Civil e cumprimento da sentença. São Paulo:Forense; São Paulo:Método, 2009, pg.655.

origem e se a parte condenada restar inerte, depois de intimada, por seu procurador, para o cumprimento voluntário da decisão judicial. Precedentes. Decisão que determinou a elaboração de novo cálculo, sem a multa, mantida. Seguimento liminarmente negado. (Agravo de Instrumento Nº 70044080299, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Orlando Heemann Júnior, Julgado em 10/11/2011). (grifo nosso).

Em razão das observações acima, a multa do *caput* do art. 475-J tem a mesma natureza da *astreinte*, pois é imposta para vencer a resistência do obrigado para que cumpra o preceito contido na sentença condenatória. Sua função é produzir efeito sobre a vontade do devedor, influenciando em seu ânimo para que atenda a prestação reconhecida por sentença transitada em julgado.

Apesar do entendimento doutrinário aparentemente dominante, há ainda fortes correntes que sustentam que a multa do artigo 475-J tem natureza punitiva por descumprimento processual do devedor que não paga tempestivamente o montante fixado na condenação.

Segundo tais doutrinadores⁴¹, o real objetivo da lei seria o de punir o devedor diante de sua resistência em cumprir voluntariamente a obrigação. Em outros termos, não cumprida a determinação judicial no prazo de 15 dias, a execução se fará acrescida da multa.

Ademais, de acordo com a referida corrente, o fato de a multa incidir uma única vez e independentemente de pedido expresso do credor, em montante já previamente fixado pela lei, reforça o caráter punitivo. Acrescentam, ainda, que o conteúdo coercitivo que pode ser vislumbrado na multa do artigo 475-J é comum a toda e qualquer pena, uma vez que o devedor é estimulado a observar a sentença ao saber que será punido pelo descumprimento.

Há ainda uma terceira corrente que sustenta que a multa revela um caráter misto já que ao mesmo tempo em que tem por objetivo compelir o devedor ao

⁴¹ Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart afirmam que a multa do artigo 475-J do CPC ‘ não tem caráter coercitivo, pois não constitui instrumento vocacionado a constranger o réu a cumprir a decisão (...). O conteúdo coercitivo que pode ser vislumbrado na multa do art. 475-J é comum a toda e qualquer pena, já que o devedor, ao saber que será punido pelo descumprimento, é estimulado a observar a sentença.’ Curso de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.238.

cumprimento voluntário da obrigação, servindo como estímulo, também assume caráter punitivo aplicável na hipótese do devedor não manifestar intenção de solver a dívida⁴². A multa impõe ao devedor que ele cumpra as decisões judiciais, sem hesitação a partir do momento em que elas surtam seus regulares efeitos. Na hipótese de inércia do devedor o valor total da condenação será acrescido do percentual de 10%.

Com todo respeito, e em um entender particular, assim como sustenta a primeira corrente mencionada, a multa do artigo 475-J parece muito mais ter cunho coercitivo do que a intenção de repulsar uma conduta indevida, uma vez que visa o futuro, atingido o grau máximo da prestação judicial que é o cumprimento da obrigação.

A admissão da natureza jurídica coercitiva da multa se compatibiliza com o processo civil de resultados idealizado pelo legislador que buscou através das reformas inserir maior efetividade e celeridade ao processo, podendo concluir que o dispositivo trazido pela lei busca pressionar o devedor a cumprir o mandamento e não penitenciá-lo por não ter cumprido.

De toda forma, independentemente da natureza jurídica, certo é que a multa do artigo 475-J do CPC imposta pelo legislador corresponde a um meio eficaz para que a morosidade do processo não prejudique a parte que já teve seu direito reconhecido judicialmente.

10.1. A contagem do prazo de 15 dias para pagamento

Desde a publicação da Lei 11.232/2005, a omissão legislativa quanto ao termo inicial do prazo de quinze dias para realizar o pagamento da condenação causou grande divergência doutrinária e jurisprudencial, sendo que diversas

⁴² ASSIS, Araken de. Cumprimento de Sentença, Rio de Janeiro:Forense, 2009, p. 213.

correntes surgiram defendendo o início da contagem do prazo para o devedor efetuar o cumprimento da sentença.

A fixação do termo inicial é de extrema importância, pois, caso não cumprida a obrigação no prazo de quinze dias, incidirá multa no importe de 10% sobre o valor da condenação. Dentre as manifestações doutrinárias que surgiram, podemos destacar quatro correntes:

1. Fluência Automática – o prazo de 15 dias para pagamento flui a partir da exigibilidade da sentença, seja porque não foi interposto o recurso e com isso operou o trânsito em julgado da sentença ou porque o recurso interposto não possui efeito suspensivo.

2. Trânsito em julgado – o prazo flui a partir do trânsito em julgado da decisão exequenda.

3. Intimação pessoal do devedor – o termo inicial do prazo quinzenal começa após a intimação pessoal do devedor, por carta ou oficial de justiça, sob o fundamento de que a finalidade da intimação é o cumprimento de dever jurídico que cabe à parte e não ao advogado.

4. Intimação pelo Diário Oficial do advogado – fluência do prazo de quinze dias para pagamento após intimação do devedor, pelo diário oficial, na pessoa de seu advogado.

O Superior Tribunal de Justiça, de início, decidiu que o termo inicial ocorreria com o trânsito em julgado (REsp n. 954.859/RS), porém, posteriormente, através de sua Corte Especial no julgamento do Recurso Especial n. 940.274-MS em 2010, firmou entendimento de que deveria haver a intimação do devedor na pessoa do advogado, após o trânsito em julgado:

“PROCESSUAL CIVIL. LEI N. 11.232, DE 23.12.2005. CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA. JUÍZO COMPETENTE. ART. 475-P, INCISO II, E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. TERMO INICIAL DO PRAZO DE 15 DIAS. INTIMAÇÃO NA PESSOA DO ADVOGADO PELA PUBLICAÇÃO NA IMPRENSA OFICIAL. ART. 475-J DO CPC. MULTA. JUROS COMPENSATÓRIOS. INEXIGIBILIDADE.

1. O cumprimento da sentença não se efetiva de forma automática, ou seja, logo após o trânsito em julgado da decisão. De acordo com o art. 475-J

combinado com os arts. 475-B e 614, II, todos do CPC, cabe ao credor o exercício de atos para o regular cumprimento da decisão condenatória, especialmente requerer ao juízo que dê ciência ao devedor sobre o montante apurado, consoante memória de cálculo discriminada e atualizada.

2. Na hipótese em que o trânsito em julgado da sentença condenatória com força de executiva (sentença executiva) ocorrer em sede de instância recursal (STF, STJ, TJ E TRF), após a baixa dos autos à Comarca de origem e a aposição do "cumpra-se" pelo juiz de primeiro grau, o devedor haverá de ser intimado na pessoa do seu advogado, por publicação na imprensa oficial, para efetuar o pagamento no prazo de quinze dias, a partir de quando, caso não o efetue, passará a incidir sobre o montante da condenação, a multa de 10% (dez por cento) prevista no art. 475-J, caput, do Código de Processo Civil.

3. O juízo competente para o cumprimento da sentença em execução por quantia certa será aquele em que se processou a causa no Primeiro Grau de Jurisdição (art. 475-P, II, do CPC), ou em uma das opções que o credor poderá fazer a escolha, na forma do seu parágrafo único – local onde se encontram os bens sujeitos à expropriação ou o atual domicílio do executado.

4. Os juros compensatórios não são exigíveis ante a inexistência do prévio ajuste e a ausência de fixação na sentença.

5. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.”

Assim, tornou-se definitiva a posição do Superior Tribunal de Justiça sobre a necessidade de intimação do advogado para que flua o prazo de quinze dias previsto no artigo 475-J do CPC.

Dessa maneira, concedida a oportunidade para o pagamento voluntário do crédito exequendo, o não pagamento no prazo de quinze dias importará na incidência sobre o montante da condenação de multa no percentual de dez por cento, sendo o termo inicial do mencionado prazo o primeiro dia útil posterior à data da publicação de intimação do devedor na pessoa de seu advogado⁴³.

11.DA INCIDÊNCIA DA MULTA DO ART.475-J NAS EXECUÇÕES PROVISÓRIAS

Em virtude da regulamentação lacunosa da Lei 11.232/2005 outras indagações despontaram acerca da aplicação da multa do artigo 475-J do CPC. Uma delas é se a referida multa seria aplicável na execução provisória. Diante da

⁴³ STJ, Terceira Turma, AgRg no AREsp nº116130/SC. A multa prevista no artigo 475-J do CPC somente incidirá após transcorrido o prazo de 15 (quinze) dias da intimação do devedor, por intermédio de seu advogado, para o pagamento espontâneo da dívida

omissão legislativa quanto ao tema é possível encontrar tanto na doutrina quanto na jurisprudência posicionamentos divergentes, ora admitindo a incidência da multa nesses casos, ora não admitindo, sendo que de ambos os lados os argumentos são pertinentes.

11.1. Do posicionamento doutrinário

Parcela da doutrina entende não ser cabível a aplicação da multa nas execuções provisórias. A justificativa é que provisório é o título e não a execução. Assim, considerando que o título está sujeito à reforma ou anulação ainda não se incorpora no patrimônio do credor, diversamente do que ocorre quando a sentença transitar em julgado. Por este motivo, sendo o título ainda provisório não deve incidir a multa já que dele ela é acessória.

Ademais, nos termos do *caput* do artigo 475-J para que haja a aplicação da multa deve o devedor ter sido *condenado* ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação. Porém, como a referida condição de condenado só é atingida com o trânsito em julgado, conforme as garantias constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, não há que se falar em incidência da multa na execução provisória.

Ainda de acordo com o entendimento daqueles que acreditam não ser aplicável a multa do artigo 475-J na execução provisória, não seria possível exigir do devedor que não concordou com a condenação e por isso interpôs recurso, que efetue o pagamento sob pena de acréscimo de 10%, o que implicaria na prática de atos incompatíveis.

A execução provisória é uma faculdade do credor e não seria razoável coagir o devedor a se antecipar ao exercício dessa faculdade e cumprir a sentença da qual discorda e se insurgiu através de recurso, razão pela qual o cumprimento voluntário da decisão judicial corresponderia a ato incompatível com a vontade de recorrer.

Nessa linha de raciocínio, Francisco Prehn Zavascki também afirma que “*interposto o recurso, não há razão lógica pra ameaçar o devedor com multa*”⁴⁴, pois seria uma atitude incompatível com o direito de recorrer, uma vez que a própria lei assegura a utilização de recurso sem efeito suspensivo.

Igualmente se posiciona José Miguel Garcia Medina, que considera o fato da sentença estar sujeita a recurso elemento determinante para que não incida a multa: “*Consistiria em algo paradoxal, a nosso ver, admitir, de um lado, que o sistema impõe tal responsabilidade ao exeqüente, quando este requer a execução provisória, e, de outro, que o valor constante da sentença condenatória recorrida deveria ser pago de imediato pelo réu, sob pena de multa*”⁴⁵.

Humberto Theodoro Junior também sustenta não ser adequado que o título exequível provisoriamente possibilite a incidência da multa: “*A multa do ar. 475-J, porém, não se aplica à execução provisória, que só se dá por iniciativa e por conta e risco do credor, não passando, portando, de faculdade ou livre opção de sua parte*”⁴⁶.

Portanto, em síntese, os argumentos utilizados por quem defende a inaplicabilidade da multa de 10% na execução provisória são: (i) a provisoriedade do título e o fato da multa ser dele acessória; (ii) incompatibilidade da imposição da multa na execução provisória com o direito de recorrer; (iii) possibilidade de alteração do título, razão pela qual a multa somente deve incidir após o trânsito em julgado.

Para essa corrente, a incidência da multa do artigo 475-J do CPC deve incidir unicamente em sede de execução definitiva.

⁴⁴ ZAVASCKI, Francisco Prehn. Considerações sobre o termo a quo para cumprimento espontâneo das sentenças condenatórias ao pagamento de quantia. São Paulo, ano 31, p. 138 in In BUENO, Cássio Scapinella; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos Polêmicos da Nova Execução, Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 199/200.

⁴⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. Execução. Processo Civil Moderno. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.218/219.

⁴⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. As novas reformas do código de processo civil. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 144.

Por outro lado, há autores que admitem a incidência da multa quando o devedor não cumpre voluntária e tempestivamente a sentença executada provisoriamente.

O entendimento é que o cumprimento voluntário e provisório da sentença não implica na preclusão lógica ou aquiescência à decisão (consubstanciada na prática de um ato incompatível com a vontade de recorrer). Naturalmente, ao cumprir a intimação na execução provisória sob a ameaça de incidência da multa, o devedor age com reserva de estar ainda aguardando o julgamento do recurso, ou seja, cumpre a sentença para evitar a incidência da multa, sendo que com isso não há qualquer incompatibilidade entre o cumprimento provisório e a manutenção do pleito recursal.

A decisão que comporta execução provisória já reúne eficácia para a execução e como esta será feita do mesmo modo que a definitiva, possível a incidência da multa nesses casos.

Outra razão para a incidência da multa é defendida por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

“Se o termo a quo do prazo quinzenal é o momento em que a sentença passa a produzir efeitos, a multa, conseqüentemente, é devida a partir de quando há o descumprimento do comando judicial, sendo irrelevante a ausência do trânsito em julgado”⁴⁷.

Igualmente, para Guilherme Rizzo Amaral *“sendo a decisão impugnada por recurso sem efeito suspensivo, pode o credor requerer a intimação do devedor, na pessoa de seu advogado, para cumprimento provisório da obrigação, no prazo de 15 dias, sob pena de lhe ser aplicada a multa do art. 475-J do CPC. Isso porque as decisões, com ou sem trânsito em julgado, teriam, legalmente, a mesma exigibilidade, sendo diferenciadas, unicamente, no que toca às garantias para realização dos atos expropriatórios”*⁴⁸.

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 237/238.

⁴⁸ AMARAL Guilherme Rizzo. Do cumprimento da sentença. In: BUENO, Cássio Scarpinella, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos Polêmicos da Nova Execução, Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 196/197.

Assim, para tais autores, irrelevante a ocorrência do trânsito em julgado para que incida a multa do art. 475-J do CPC, uma vez que as decisões impugnadas por recurso desprovido de efeito suspensivo já possuem força executiva.

Sérgio Shimura e Gilberto Gomes Bruschi afirmam quem 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 objetiva, estará ele sujeito a arcar com os prejuízos causados pelo simples fato da execução⁴⁹. Diante da responsabilidade objetiva do credor, responderá ainda pela devolução dos 10% a mais que recebeu, na hipótese de provimento do recurso pendente, razão pela qual não há obstáculo para aplicação da multa na execução provisória.

Por fim, Cássio Scapinella também defende a aplicação da multa na execução provisória, dentre várias razões, principalmente pelo fato de que o título instável possui a mesma eficácia daquele já transitado em julgado e a execução provisória deve seguir o modelo da definitiva⁵⁰.

Portanto, de acordo com os argumentos de quem entende cabível a aplicação da multa na execução provisória, a lei não estabeleceu distinção entre os meios executivos destinados ao cumprimento do pronunciamento judicial. Assim, considerando que a multa é aplicada na execução definitiva não existem motivos para extirpá-la da execução provisória. Também não há preclusão lógica do ato de recorrer caso o réu deposite a quantia devida, pois o ato não é de pagar mas de depositar judicialmente o valor devido para evitar a multa de 10%.

Porém, é importante consignar que, nesses casos a multa também terá caráter provisório, ou seja, reformada ou anulada a sentença, desaparece a multa. Por outro lado, se não for requerida a execução provisória não há que se falar em

⁴⁹ SHIMURA, Sérgio; BRUSCHI, Gilberto Gomes. Execução Civil e cumprimento da sentença. São Paulo: Forense; São Paulo:Método, 2009, pg.542.

⁵⁰ BUENO, Cassio Scapinella. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos Polêmicos da Nova Execução, Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 197/198.

incidência da multa, sendo que, após o trânsito em julgado o prazo de 15 dias será aberto para que seja realizado o cumprimento definitivo da sentença.

11.2. Do posicionamento jurisprudencial e o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça

Da mesma maneira que a doutrina se posicionou em sentidos opostos os tribunais locais também se inclinaram em posições divergentes quanto à incidência da multa na execução provisória.

Inicialmente, houve uma tendência em admitir a aplicação da multa na execução provisória⁵¹ por ser considerada um instrumento capaz de conferir maior efetividade à decisão condenatória, conforme podemos destacar:

Ementa: AGRAVO INTERNO. SEGUROS. FASE DE CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. INCIDÊNCIA DA MULTA DO ART. 475-J. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. É juridicamente possível a aplicação da multa prevista no art. 475-J, do CPC, em execução provisória. A execução provisória se dará da mesma forma que a definitiva quanto à parcela incontroversa da condenação. Inteligência do art. 475-O, do CPC. 2. Assim, ao não adimplir voluntariamente a obrigação, a parte opta por atentar aos princípios da celeridade e efetividade da prestação jurisdicional, devendo arcar com aquele ônus processual. 3. Desnecessária nova intimação pessoal do devedor quando esta foi realizada na pessoa de seu procurador, o qual detém poderes para receber este tipo de cientificação. 4. Os argumentos trazidos no recurso não se mostram razoáveis para reformar a decisão monocrática. Negado provimento ao agravo interno. (Agravo Nº 70045223500, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 26/10/2011).

Agravo - Execução na forma do artigo 475-J do CPC - Impugnação apresentada sem o devido pagamento - Inválido o simples oferecimento de bem à penhor a - Multa devida - Decisão mantida - Recurso improvido (TJ/SP. AI nº600.749-4/7-00. Relator Beretta da Siveira).

EXECUÇÃO PROVISÓRIA - DÁ-SE DO MESMO MODO QUE A DEFINITIVA, COM A INCIDÊNCIA DA MULTA DECORRENTE DO DESCUMPRIMENTO DO PRECEITO - DESPROVIMENTO DO RECURSO.

⁵¹ Em sentido contrário: TJ/RS Agravo nº 70039149273, Sexta Câmara Cível, Relator: Artur Arnildo Ludwig, Julgado em 25/11/2010; TJ/RJ Agravo nº 0045447-60.2010.8.19.0000, Décima Quinta Câmara Cível, Relatora Jacqueline Montenegro, julgado em 09/12/2010).

(TJ/RJ AI nº 0013416-84.2010.8.19.0000, DES. Adriano Celso Guimaraes - Julgamento: 30/11/2010 – Oitava Câmara Cível).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. MULTA DO ART. 475-J, CAPUT, DO CPC. APLICÁVEL NA ESPÉCIE. A multa prevista no art. 475-J do CPC deve incidir sobre o saldo remanescente, pois não cumprida integralmente a obrigação. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO, DE PLANO, PORQUE MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. (Agravado de Instrumento Nº 70040015109, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard, Julgado em 07/12/2010)

De acordo com os argumentos defendidos para a incidência da multa, a sentença contra a qual foi interposto recurso sem efeito suspensivo, ainda que não ostente o traço da definitividade possui eficácia executiva, razão pela qual seu comando normativo deve ser cumprido tão logo o vencedor manifeste desejo de executá-lo sob pena de incidir a multa prevista no art. 475-J.

Tal entendimento também rejeitou o argumento de que o cumprimento da sentença quando pendente julgamento de recurso desprovido de efeito suspensivo caracterizaria ato incompatível com a vontade de recorrer, pois a parte cumpre a obrigação para se desincumbir da multa de 10%, porém, com reservas. Assim, a circunstância está longe de ser considerada aquiescência tácita.

No entanto, conforme os precedentes jurisprudenciais do STJ, não vinha sendo admitida a cominação da multa do artigo 475-J do Código de Processo Civil em sede de execução provisória de sentença, sendo necessário a ocorrência do trânsito em julgado da sentença condenatória para se justificar a aplicação da multa, conforme se observa dos julgados colacionados:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. MULTA. CPC, ART. 475-J. DESCABIMENTO.

I. A multa prevista no art. 475-J do CPC não se aplica à execução provisória. (REsp 1059478/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Ministro Aldir Passarinho Junior, Corte Especial, DJe 11/04/2011);

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DO EXEQUENTE. DESCABIMENTO.

1. A execução provisória, por expressa dicção legal, "corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exeqüente" (art. 475-O, inciso I, do CPC). Portanto, pendente recurso "ao qual não foi atribuído efeito suspensivo" (art.

475-I, § 1º, do CPC), a lide ainda é evitável e a "causalidade" da instauração do procedimento provisório deve recair sobre o exequente.

2. Com efeito, por ser a iniciativa da execução provisória mera opção do credor, descabe, nesse momento processual, o arbitramento de honorários em favor do exequente. (AgRg no REsp 1291652 / PR. Rel. Luis Felipe Salomão).

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. MULTA. CPC, ART. 475-J. DESCABIMENTO.

I. A multa prevista no art. 475-J do CPC não se aplica à execução provisória.

II. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 1.059.478-RS. Min Luis Felipe Salomão, j. 15.12.2010.

O entendimento acima acabou vencendo por ampla maioria da Corte Especial do Colendo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do Recurso Especial nº1.059.478/RS, em 15.12.2010, conforme ementa a seguir transcrita:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. MULTA. CPC, ART. 475-J. DESCABIMENTO.

I. A multa prevista no art. 475-J do CPC não se aplica à execução provisória.

II. Recurso especial conhecido e provido.

“No caso de execução provisória, a parte está usando o direito constitucional de recorrer. Então, como se punir a parte com uma multa, porque não está fazendo o pagamento em uma execução provisória, que deveria aguardar a decisão definitiva e não está sendo aguardada, porque está exatamente se utilizando do direito constitucional de apelar, de recorrer extraordinariamente e recorrer especialmente. Acho isso, com a máxima vênia, incompatível. Quer dizer, criamos um incidente a mais e punimos o cidadão que usa do direito constitucional de recorrer?”

Nos termos do consolidado entendimento do STJ, ainda que o art. 475-O do Código de Processo Civil estabeleça que a execução provisória da sentença seja realizada da mesma forma que a definitiva, de onde se poderia concluir a possibilidade de incidência da multa prevista do art. 475-J para o caso de não cumprimento espontâneo da obrigação, é inaplicável a imposição da multa nesta hipótese. Isso porque o próprio art. 475-O ressalva que a execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, mas somente naquilo que couber. Assim, descabe a aplicação da multa prevista no art. 475-J quando provisória a execução tendo em vista a existência de recurso pendente de julgamento que poderá modificar parcial ou totalmente o montante exequendo.

Além disso, considerando que o escopo do artigo 475-J do CPC é estimular o pagamento da dívida e que tal pagamento não constitui a finalidade principal da execução provisória, admitir a incidência da multa nas dívidas executadas provisoriamente daria a entender que o executado poderia, quer em execução provisória ou definitiva, garantir o juízo para afastar a incidência da multa. Em outras palavras, a multa serviria para estimular o adimplemento voluntário e também para o oferecimento de caução. Por tal motivo, há nítida incompatibilidade lógica em se admitir a incidência da multa do artigo 475-J do CPC nas execuções provisórias.

Ademais, não deve ser possível punir o vencido que ainda está exercendo o seu direito constitucional de recorrer uma vez que não é realizado o pagamento na execução provisória, pois a parte aguarda uma decisão final. Por tal motivo, não seria compatível na execução provisória exigir o pagamento da multa incidental. À luz do devido processo legal, enquanto pender recurso, independentemente dos efeitos de que seja dotado, não se pode dizer que há condenado em razão da possibilidade de reforma do título. Assim, o prazo de 15 dias concedido por lei para cumprimento espontâneo da obrigação deve ser contado a partir da intimação feita à parte, por meio de seu advogado, quanto ao trânsito em julgado da condenação e exigibilidade da dívida.

Para a Min. Nancy Andrighi, que também participou do julgamento do recurso, *“a execução provisória, per si, sem a incidência de multa, já é suficiente para antecipar os trâmites executórios, considerando-se que foi vontade do legislador que ela seguisse até o fim, inclusive com a prática dos atos de expropriação e alienação de bens do devedor. A aplicação da multa do 475-J do CPC para a hipótese de execução provisória acabaria por provocar um desequilíbrio de valores, consagrando a celeridade ao alvedrio de quem lhe aproveita, em detrimento do antagônico primado da segurança daquele que, autorizado pelo próprio sistema processual, está exercendo seu inconformismo”*.

Desse modo, de acordo com a orientação acalmada do E. Superior Tribunal de Justiça, ainda que a execução provisória realize-se, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, é inaplicável a multa do art. 475-J ante a inexistência de

decisão transitada em julgado. Como o ordenamento coloca ao dispor da parte o manejo de recursos, sua utilização não pode, sob pena de invencível contradição, submeter o vencido a qualquer sanção. Não seria razoável forçar o executado que interpôs recurso sem efeito suspensivo a cumprir a decisão que pretende reformar ou anular, apenas para não estar sujeito ao pagamento da multa.

Portanto, nota-se que foi sepultada a dúvida existente, firmando-se o entendimento de que a multa do artigo 475-J do CPC não deve incidir na execução provisória.

Com todas as vênias ao recente entendimento do STJ, a multa do artigo 475-J é um instrumento útil para proporcionar a celeridade do processo executório já que incentiva o cumprimento das decisões judiciais sem a intervenção do juiz e desestimula o devedor a valer-se de mecanismos processuais para retardar o cumprimento das obrigações, sob a justificativa de estar exercendo seu direito de recorrer.

Por tal motivo, entendo que a multa prevista no art. 475-J do CPC deve ser aplicada na execução provisória para acelerar a prestação jurisdicional e proporcionar a satisfação do credor antes do julgamento do recurso. Considerando que o objetivo da execução provisória é proporcionar ao credor em um menor espaço de tempo o bem da vida já reconhecido por uma sentença, a incidência da multa na execução provisória facilitará a utilidade do instituto.

12. O PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Após estudar a sistemática da execução provisória no sistema atual, não se pode deixar de traçar algumas considerações acerca da provisão do instituto no novo Código de Processo Civil.

Embora o Código de 1973, em vigor até o presente momento, tenha operado satisfatoriamente, sentiu a comunidade jurídica a necessidade de que lhe fossem aplicadas alterações com o objetivo de adaptar as normas processuais às mudanças da sociedade e ao funcionamento das instituições, em uma evidente preocupação de que o direito possa sempre ser instrumento moderno à disposição dos cidadãos.

Muitas foram as alterações no sistema legislativo, sempre em busca da agilidade e efetividade da prestação jurisdicional, sendo que as alterações ocorridas nas últimas décadas demonstram que a tendência é ampliar o conceito de acesso à justiça e obtenção de uma ordem jurídica justa.

Diante desse contexto e considerando que as modificações do Código de Processo Civil estavam ocorrendo por leis esparsas, o que poderia comprometer a coerência e a segurança jurídica da norma, criou-se uma comissão que elaborou o anteprojeto do Código de Processo Civil, presidida pelo Ministro Luiz Fux, e que está tramitando no Senado Federal pelo projeto de Lei n.166 de 2010.

Conforme aduzido na exposição de motivos do anteprojeto, os trabalhos se orientaram por cinco objetivos: i) estabelecer verdadeira sintonia com a Constituição Federal, razão pela qual foram incluídos os princípios constitucionais na sua versão processual; ii) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa e, por isso, que ampliou-se as condições para realização de transação entre as partes; iii) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como o recursal; iv) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; v) imprimir maior grau de organização do sistema, dando-lhe mais coesão.

Portanto, nota-se, em suma, que a ideologia norteadora dos trabalhos foi o de simplificar os procedimentos processuais de forma a garantir uma prestação jurisdicional mais célere e eficaz e a elaboração de um diploma legal que estivesse em total harmonia com as garantias e princípios previstos na Constituição Federal.

Conforme mencionado na exposição de motivos, o objetivo é “*gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo*”.⁵²

12.1 A execução provisória no projeto do novo Código de Processo Civil

Apesar das mudanças revolucionárias já ocorridas no instituto da execução provisória estas não param por aí e o projeto do Novo Código de Processo Civil introduz novas alterações quanto à sua abrangência e ao seu procedimento.

Inicialmente é importante mencionar que o projeto elimina o efeito suspensivo automático dos recursos, sendo que tal efeito poderá ser atribuído pelo relator diante de pedido exposto da parte, através de petição autônoma, caso demonstrada a probabilidade de provimento do recurso ou sendo relevante a fundamentação houver risco de grave dano ou difícil reparação (art. 949 do PLS nº166/10).

Assim, considerando a eliminação do efeito suspensivo, especialmente com relação ao recurso de apelação, a sentença produzirá efeitos imediatos, sendo admitida, como regra, a execução provisória.

Nota-se que o legislador, na linha de conferir um processo mais célere e efetivo, atribuiu o efeito meramente devolutivo a apelação prestigiando as decisões de primeiro grau, permitindo sua execução imediata, salvo se concedido o efeito suspensivo pelo relator.

A norma projetada que elimina o efeito suspensivo do recurso de apelação se assemelha com o ordenamento jurídico de outros países, tais como em Portugal, na Itália e Espanha, já estudados no direito comparado deste trabalho, e vai de

⁵²BRASIL. Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto do Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 15.

encontro com a tendência mundial em atribuir maior efetividade à prestação jurisdicional.

Portanto, caso seja aprovado o projeto do novo Código de Processo Civil, a eficácia imediata das decisões judiciais possibilitará que toda sentença, em regra, seja executada provisoriamente com a consequente satisfação do credor em um menor espaço de tempo, tornando o processo mais célere em atenção ao preceito constitucional da razoável duração do processo.

Com relação ao procedimento da execução provisória, o projeto deu tratamento novo aos casos em que a caução pode ser dispensada, conforme se observa do artigo 491, §2º do Projeto original do CPC, bem como o correspondente artigo 507 do Projeto Substitutivo, sendo eles:

Redação original do projeto de Lei do Senado n.º 166, de 2010	Alterações apresentadas no relatório-geral do Senador Valter Pereira
Art.491. § 2º A caução prevista neste artigo poderá ser dispensada nos casos em que:	Art. 507. A caução prevista no inciso IV do art. 506 poderá ser dispensada nos casos em que:
I - o crédito for de natureza alimentar;	I – o crédito for de natureza alimentar, independentemente de sua origem;
II - o credor demonstrar situação de necessidade e impossibilidade de prestar caução;	II – o credor demonstrar situação de necessidade;
III – houver agravo de instrumento pendente no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça;	III – pender agravo no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça;
IV - a sentença for proferida com base em súmula vinculante ou estiver em conformidade com julgamento de casos repetitivos.	IV – a sentença houver sido proferida com base em súmula ou estiver em conformidade com acórdão de recursos extraordinário e especial repetitivos ou firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas.

Primeiramente, nota-se na hipótese do inciso I de ambas as versões do projeto que foi retirada a limitação de sessenta vezes o valor do salário mínimo para os créditos de natureza alimentar, podendo ser levantado sem caução o valor total da condenação para créditos dessa natureza.

No inciso II do projeto original, previu-se que além do credor demonstrar o estado de necessidade, deveria também provar a falta de recursos para deixar de caucionar a execução provisória. Porém, referida disposição foi muito criticada por

alguns doutrinadores, pois justamente pelo fato do credor ser hipossuficiente economicamente é que não poderia ser dispensada a caução, diante do risco do executado não ser ressarcido de seus prejuízos, na hipótese de reversão da condenação.

Como ensina Fredie Didier Jr. *“afastar a exigência de caução apenas porque não há condições financeiras do credor, seria adotar medidas assistencialistas ou paternalistas em seu favor, com dinheiro do devedor, onerando-o com risco de prejuízo irreparável.”*⁵³

Assim, o Projeto Substitutivo do Senado excluiu tal previsão mantendo somente a hipótese em vigor, qual seja, a demonstração do estado de necessidade.

Outra mudança relevante é no caso do inciso IV que dispensa caução na hipótese da sentença ser proferida com base em súmula vinculante ou estiver em conformidade com julgamento de casos repetitivos.

Segundo afirma Humberto Theodoro Júnior, para a liberação da caução é necessário que a súmula vinculante seja o fundamento determinante do julgado, ou seja, se o recurso cogitar de impugnação a fatos e outras questões de direito que ultrapassem a súmula vinculante não será o caso de dispensar a caução para a execução provisória.⁵⁴

Observa-se, por outro lado, que o texto aprovado pelo Senado não exige que se trate de súmula vinculante, diferentemente do que consta do projeto original.

Além disso, quanto às causas repetitivas, de acordo com o projeto substitutivo, é fundamental que a repetitividade tenha ocorrido em julgamentos do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal ou tenha ocorrido o julgamento em instância superior através do incidente de Resolução de Demandas

⁵³ JUNIOR, Fredie Didier. Curso de direito processual civil - Execução. v. 5. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 202.

⁵⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A execução forçada no projeto do Novo Código de Processo Civil aprovado pelo Senado Federal (PL166/10) In: ROSSI, Fernando et al(Coord) O Futuro do Processo Civil no Brasil: uma análise crítica ao projeto do Novo CPC. Belo Horizonte. Fórum, 2011. p. 258/259.

Repetitivas, previstas no artigo 895 a 906 do Projeto, para que possa ser dispensada a caução. A mera existência de causas iguais ou julgamentos em instâncias inferiores não autoriza a dispensa de caução.

Portanto, ao ampliar as hipóteses de levantamento do depósito sem que seja prestada caução demonstra o tratamento dado à execução provisória pelo projeto do CPC, que visa forçar o devedor ao pagamento, principalmente diante dos casos em que haja improbabilidade de reverter o resultado da demanda.

A propósito da aplicação da multa de 10%(dez por cento) na execução provisória, que diante da lacuna legislativa provocou grandes conflitos interpretativos na doutrina e na jurisprudência, vale ressaltar que o projeto original nada dispôs a respeito.

Contudo, o projeto substitutivo do senado previu expressamente a incidência da multa no cumprimento provisório de sentença no artigo 506, §1º, contrariando a posição atual preconizada pelo Superior Tribunal de Justiça:

“§1º A multa a que se refere o §1º do art. 509 é devida no cumprimento provisório de sentença condenatória ao pagamento de quantia certa.” (grifo nosso).

O §2º do mencionado artigo, ainda faz uma ressalva de que o depósito na execução provisória com a finalidade de eximir-se da multa não será considerado como ato incompatível com o recurso interposto na fase de conhecimento, argumento utilizado por muitos que atualmente discordam da incidência da multa na execução provisória.

Defendendo o novo texto Luiz Guilherme Marinoni chama atenção de que a multa na execução provisória atende à dupla finalidade: encurtar o tempo do processo, forçando ao cumprimento espontâneo da obrigação, bem como economia dos atos processuais.⁵⁵

⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. O projeto do CPC: críticas e propostas – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.141.

Por fim, vale ressaltar que o código projetado também definiu que a multa periódica imposta ao devedor nas obrigações de fazer e não fazer também incidirá na execução provisória, porém, sendo permitido o seu levantamento somente após o trânsito em julgado ou na pendência de agravo contra a decisão denegatória de seguimento de recurso especial ou extraordinário (art. 503, §1º do PLS).

Como tudo indica, as alterações promovidas no procedimento da execução provisória visam afastar as controvérsias atualmente existentes e aproximá-la cada vez mais da execução que se processa de maneira definitiva.

O enfoque do legislador continua a ser o de garantir maior celeridade e efetividade da prestação jurisdicional que tanto almejam os jurisdicionados, munindo-os de mecanismos que garantam a melhor justiça sem que tal rapidez sacrifique os valores previstos na Constituição Federal.

13. CONCLUSÃO

Não há dúvidas de que a transformação acelerada da sociedade impôs mudanças sociais que demandaram tutelas adequadas e eficazes aos direitos. Tornou-se progressiva a necessidade de se estabelecer uma prestação jurisdicional efetiva, célere e capaz de solucionar concretamente os litígios.

Por tal razão, com o objetivo de readequar o processo aos escopos sociais, nas últimas décadas foram promovidas consideráveis mudanças no Código de Processo Civil. Pretendeu-se otimizar o instrumento judicial para que ele atendesse aos anseios dos jurisdicionados, bem como para que o processo pudesse dar eficácia à previsão constitucional da razoável duração dos processos. Nessa senda, foram criados diversos diplomas normativos voltados para a efetividade e celeridade da prestação jurisdicional.

Referida busca pela efetividade do processo nitidamente ganhou contornos mais significativos nas normas que regem a execução, buscando o legislador conferir à sentença condenatória a possibilidade de uma execução mais eficaz. Dentre vários fatores, as alterações legislativas foram motivadas visando restringir a possibilidade do devedor em obstar despropositadamente o curso do processo em detrimento do credor, já que muitas vezes ocorre a entrega do bem da vida almejado quando já inútil para as partes em conflito, o que retira a efetividade da tutela lhe deixa avessa aos ditames do Texto Maior.

Nessa senda, a Execução Provisória constitui uma das respostas que o processo moderno procura dar aos constantes reclamos sobre a ineficiência do processo de execução. A finalidade do instituto é justamente abreviar o tempo que o litigante vencedor necessita para obter o bem da vida que lhe foi reconhecido judicialmente, favorecendo seus interesses e evitando a procrastinação do feito pelo vencido.

Como se constatou no presente trabalho, notadamente no direito estrangeiro há muito tempo a execução provisória tem ocorrido com mais abrangência, em razão do recurso de apelação ser recebido, em regra, no efeito meramente devolutivo, conferindo eficácia imediata às sentenças. Mesmo diante da possibilidade de reversibilidade do título a execução provisória revela-se completa e não impede a satisfação do credor.

No direito pátrio, como estava prevista inicialmente, a execução provisória era um instituto limitado que visava apenas a realização de medidas de caráter preliminar. A execução provisória não se configurava um instrumento útil para satisfazer o direito tutelado e apenas tinha o escopo de preparar uma futura execução.

A impossibilidade de expropriar os bens do devedor e o levantamento de depósito em dinheiro condicionado a prestação de caução que visavam proteger o executado do risco processual em nítida preocupação exacerbada com a segurança jurídica, acabaram por conferir um contorno cautelar para a execução provisória, sem permitir a verdadeira satisfação do vencedor.

Todavia, a Lei 10.444/2002 renunciou aos dogmas tradicionais e acarretou diversas alterações na disciplina da execução provisória com o objetivo de conferir maior efetividade ao instituto, aproximando-se cada vez mais da execução definitiva.

Uma das provas desse fato é a possibilidade de a execução provisória agora abranger atos de alienação de domínio, desde que precedida da prestação de caução idônea pelo exequente. De forma bastante ousada, o legislador possibilitou, ainda, o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos de alienação de domínio, independentemente da prestação de caução, para as hipóteses de crédito de natureza alimentar até o valor de 60 vezes o valor do salário mínimo, quando o exequente estiver em estado de necessidade.

Entretanto, não se pode olvidar que a prática de atos que possibilitem a satisfação do credor está expressamente vinculada à responsabilidade objetiva do

exequente, que ficará obrigado a reparar os danos que o executado eventualmente tenha sofrido nos casos de reforma ou anulação da decisão.

Com o advento da Lei 11.232/2005 que transformou o processo de execução em mera fase subseqüente do processo de conhecimento, as regras da execução provisória foram transportadas dos artigos 586 a 590, do Livro II do Código de Processo Civil, para os atuais artigos 475-I e 475-O, inseridos no Capítulo X do Título VIII do Livro I, denominado Cumprimento de Sentença.

Ainda assim, a Lei 11.232/2005 não promoveu mudanças significativas na sistemática da execução provisória, mantendo as inovações anteriores e promovendo alguns ajustes na dinâmica do instituto.

Entre as mudanças de maior realce está a facilitação da realização da execução provisória dispensando-se a extração de carta de sentença, bem como ampliação das hipóteses de dispensa de caução (art. 475-O, §2º). A lei também definiu que na hipótese de reforma da sentença executada provisoriamente as partes e não as coisas devem retornar ao status anterior, garantindo os direitos de terceiros nos casos de eventual alienação do bem.

Vale ressaltar que a execução provisória é regida pelas regras da execução definitiva com as adaptações necessárias, nos termos do artigo 475-O do CPC.

Apesar das modificações legislativas implementadas para regulamentar a disciplina da execução provisória, certas questões foram silenciadas pelo legislador, provocando grandes discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

Dentre as lacunas, destaca-se a possibilidade de incidência da multa do artigo 475-J do CPC. Muitos são os argumentos de quem defende a aplicação da multa na execução provisória como o fato de ser processada do mesmo modo que a definitiva.

De toda forma, apesar de não parecer ser o entendimento que melhor acolhe a intenção da lei em alcançar a efetividade do processo, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que a multa do artigo 475-J é inaplicável na execução provisória.

Por todo o exposto, é possível concluir que a execução provisória exerce um papel fundamental na concretização de um processo justo que realiza os valores constitucionais firmados, garantindo-se acesso real à justiça e efetividade à tutela jurisdicional. Através do instituto da execução provisória permitiu-se a completa satisfação do detentor do direito reconhecido judicialmente, a partir do momento em que a sentença assume eficácia mesmo antes de transitar em julgado, transpassando o obstáculo da morosidade do processo e concretizando a tutela jurisdicional de maneira plena.

Apesar da sistemática da execução provisória já ter passado por ampla reforma para atender as expectativas dos jurisdicionados na obtenção de um processo jurídico mais efetivo, ao que tudo indica, as mudanças na disciplina do instituto continuarão a ter alterações principalmente quanto a sua abrangência, conforme já pode ser evidenciado no projeto do Novo Código de Processo Civil em trâmite no Congresso Nacional.

As alterações apresentadas no código projetado procuraram afastar certas controvérsias existentes e conferir maior efetividade à execução provisória, a fim de prestar à sociedade a mais ampla, justa e efetiva tutela jurisdicional, como se espera do processo civil moderno.

14. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken de. Cumprimento de Sentença. – Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. Manual da Execução. 12ªed. Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do Processo e Técnica Processual. 3ªEd. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BRASIL. Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto do Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

BRASIL. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BUENO, Cássio Scarpinella; Wambier, Teresa Arruda Alvim. Aspectos polêmicos da nova execução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BUENO, Cássio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual. Vol 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA, Susana Henrique da (coordenação). A nova execução civil – Lei 11.232/05 – São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo. 10 ed. São Paulo: Dialética, 2012.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil, 5ª Ed. Editora Juspodivm, Salvador, 2010.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. A eficácia das decisões e execução provisória. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MACHADO, Antonio Cláudio Costa. Código de Processo Civil Interpretado e Anotado, Editora Manole, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação de Tutela. 11ªed. rev.e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais,2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. O projeto do CPC: críticas e propostas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia. Execução (Processo Civil Moderno). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Execução Civil. Teoria Geral. Princípios Fundamentais. 2ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar; FONSECA, João Francisco Naves da. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 43.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson. ANDRADE NERY, Rosa Maria, Código de Processo Civil Comentado. Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Código Civil Comentado. Revista dos Tribunais, 2011.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Execução Provisória no Processo Civil. Editora Método, 2006.

ROSSI, Fernando; RAMOS, Glauco Gumerato; GUEDES, Jefferson Carús; DELFINO, Lúcio; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro (Coords.). O Futuro do Processo Civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

SANTOS, Ernane Fidélis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Execução Civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Junior. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SHIMURA, Sérgio. Título Executivo. 2ª ed. São Paulo: Método, 2005.

SHIMURA, Sérgio; BRUSCHI, Gilberto Gomes. Execução Civil e cumprimento da sentença. São Paulo:Forense; São Paulo: Método, 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto. A Reforma da Execução do Título Extrajudicial. Lei n. 11.382 de 06 de dezembro de 2006. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. As novas reformas do código de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 144.

_____. Curso de Direito Processual Civil. 40ªed., Rio de Janeiro; Editora Forense, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil. Vol.3. Processo Cautelar e Procedimentos Especiais. 7ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.