

PRIMEIRAS CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA ATUAL FEIÇÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA COM O ADVENTO DA LEI 11.232/05 ¹

Leonardo Ferres da Silva Ribeiro

Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Pós-Graduado, com título de especialista, em Direito dos Contratos e Direito Processual Civil. Professor do curso de pós-graduação lato sensu em processo civil do COGAE – PUC/SP. Professor convidado da Pós - Graduação em processo civil da PUC/RJ.

Sumário: 1. Breve intróito – 2. A Lei 10.444/02 como marco na evolução da execução provisória – 3. A atual feição da execução provisória com o advento da Lei 11.232/05 – 4. O desafio de uma leitura mais abrangente da execução provisória – Referências Bibliográficas

1. Breve Intróito

Após uma tramitação não muito longa no Congresso nacional, foi promulgada nos últimos dias de 2005, a Lei 11.232/05 que, dando continuidade às mudanças que vêm sendo implementadas no CPC desde 1994, pretende, em suma, a modificação da sistemática da execução dos títulos judiciais.

O texto legal foi publicado no DJU em 23.12.2005, com uma *vacatio legis* de seis meses, daí porque somente estará efetivamente em vigor a partir de 24 de junho de 2006. Será, portanto, a partir desta data que se sentirão, na prática, os efeitos da nova lei.

¹ Artigo publicado em *Aspectos Polêmicos da Nova Execução* 3. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 416-437.

De qualquer forma, no período de vacância muito se tem debatido – e escrito – a respeito da nova lei que altera de forma muito expressiva, pelo menos sob o aspecto formal, o Código de Processo Civil. Destacamos, nesse sentido, a maciça revogação de dispositivos do Livro II “Do processo de execução”, para a sua reprodução, em boa parte, no Livro I “Do processo de Conhecimento” sob nova roupagem e de acordo com a técnica de acrescentar letras aos números dos artigos, de forma a permitir que se insiram novos dispositivos sem que haja necessidade de alterar toda a numeração do Código.

Assim, o Código de Processo Civil, sob o aspecto formal e também sob o substancial (e é esse que efetivamente nos preocupa), principalmente após a indigitada Lei 11.232/05, bem se assemelha a uma *colcha de retalhos*. Não se deve esquecer, ainda nesse mesmo sentido, que após a referida Lei 11.232, do final de 2005, vieram as Leis 11.276/06, 11.277/06 e 11.280/06 que também modificaram o CPC, com o que, a nosso ver, se dificultou ainda mais uma interpretação uníssona do Diploma processual.

Interessa-nos neste artigo especificamente as mudanças trazidas na *execução provisória*² e é sobre esse tema que nos ocuparemos brevemente a seguir.

2. A Lei 10.444/02 como marco na evolução da execução provisória

Tratar da execução provisória sem destacar a Lei 10.444/02 é pecado capital, porquanto após sua vigência o ordenamento processual civil pátrio conheceu (pelo menos na letra da lei) *outra* execução provisória, completamente diferente daquela até então vigente.

² Embora usualmente utilizado, o termo “execução provisória” é inadequado, porquanto *provisório* é o título sobre o qual se funda a execução, e não a execução em si. A execução provisória traduz-se, em verdade, numa antecipação da eficácia executiva de um determinado pronunciamento judicial ainda pendente de recurso.

Com efeito, antes do advento da Lei nº 10.444, publicada em 07 de maio de 2002 e que entrou em vigência três meses após sua publicação, o art. 588³, II, do Código de Processo Civil determinava que:

“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.”

Diante da redação anteriormente citada – que vigorou desde 1973 até início de agosto de 2002 – a execução provisória tinha pouquíssima efetividade, porquanto o conteúdo do inciso II pelo qual não se permitia a realização de “atos que importem em alienação do domínio”, consistia em verdadeiro obstáculo à produção de qualquer efeito prático na execução provisória.

Dessa forma, ao manejar a execução provisória, o exeqüente não detinha mecanismos eficazes para obter o bem da vida almejado. Pode-se dizer, sem exageros, que a execução provisória servia, tão-somente, para adiantar algumas medidas de caráter prodrômico, com o escopo de garantir e preparar uma execução futura, justamente porque não permitia a expropriação de bens do devedor e só possibilitava o levantamento de depósito em dinheiro (hipótese menos comum na prática forense) se prestada caução.

³ Por força da Lei 11.232/05, tal dispositivo foi um pouco modificado - como veremos no próximo item deste trabalho - e também renumerado, passando a receber o nº 475-O.

Tais limitações legais visavam, em última análise, a evitar o denominado risco processual a que se submete o executado. Note-se que tal risco processual apresenta-se como um risco futuro, que somente se consumará na hipótese de o recurso do executado obter êxito. A lei processual bem traduzia, portanto, a preocupação e o cuidado em invadir a esfera do devedor antes de um pronunciamento definitivo, demonstrando o apego do legislador pátrio ao conceito de segurança jurídica, porém a *contrario sensu* nenhuma preocupação com a celeridade necessária à efetividade do provimento jurisdicional.

A Lei 10.444/02 deu outro alcance à execução provisória alterando a redação do art. 588 do Código de Processo Civil, que passou a ter a seguinte redação:

“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 exeqüente, 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.

§ 1º. No caso do inciso III, se a sentença provisoriamente executada for modificada ou anulada apenas em parte, somente nessa parte ficará sem efeito a execução.

§ 2º. A caução pode ser dispensada nos casos de crédito de natureza alimentar, até o limite de 60 (sessenta) vezes o salário mínimo, quando o exeqüente se encontrar em estado de necessidade.”

Avançou-se – e muito – ao permitir a prática de atos que importem alienação de domínio, trazendo efetividade à execução provisória, que antes podia ser confundida com um instrumento tipicamente cautelar e não de execução. Ao se permitirem atos expropriatórios tendentes à satisfação do exeqüente (como, e.g., atos de alienação de domínio), tem-se verdadeira execução e não apenas uma “garantia”, pela penhora, do resultado útil de uma futura execução.

Convém destacar, ainda, que o legislador suprimiu a previsão de caução no inciso I, o que serviu para colocar verdadeira pá de cal à discussão quanto à exigência ou não de prestação de caução do exeqüente para dar início⁴ à execução provisória⁵. Por óbvio, desnecessária a caução para se iniciá-la.

Isso não quer dizer, contudo, que a execução provisória, via de regra, seja levada a cabo sem a prestação de caução. O que se pretendeu com a supressão da caução no inciso I foi deixar claro que não é necessário prestá-la para *dar início* à execução provisória, porém a caução continuou presente no inciso II do art. 588, que trata dos atos praticados para a efetivação da execução.

Ainda com relação à caução, a Lei 10.444/02 também previu no § 2º uma hipótese de dispensa, vale dizer, quando se apresentar no caso concreto os seguintes requisitos de forma cumulativa: (i) crédito de natureza alimentar; (ii) não superior a 60 salários mínimos; e, (iii) quando o exeqüente encontrar-se em estado de necessidade.

Conquanto ainda haja muito que fazer, o grande “pulo” para um avanço na execução provisória se deu com a Lei 10.444/02. Como se verá no item seguinte, a Lei 11.232/05, por meio do art. 475-O, fez alguns acertos e

⁴ Na realidade tal redação apenas veio a confirmar o que a doutrina e a jurisprudência já haviam concluído, na medida em que descabida a prestação de caução para início da execução, já que não havia, pelo simples início do procedimento, qualquer prejuízo ao executado.

⁵ Cf. William Santos Ferreira, *Aspectos polêmicos e práticos da nova reforma processual civil*, Forense, 2002, p. 259.

ajustes, de forma que além de incorporar as modificações trazidas pela Lei 10.444/02 no art. 588, previu também novas disposições, as quais, a nosso ver, contribuem para uma melhor e mais efetiva execução provisória.

3. A atual feição da execução provisória com o advento da Lei 11.232/05

Antes de comentarmos o novo art. 475-O – dispositivo legal trazido pela Lei 11.232/05 que trata especificamente da execução provisória – é imperioso registrar que, lamentavelmente, o legislador manteve a vetusta regra estampada no atual art. 520 do CPC⁶, pela qual, salvo em pouquíssimas hipóteses, o recurso de apelação é recebido no duplo efeito (devolutivo e suspensivo), mantendo-se a sentença ineficaz e desprovida de qualquer executividade até julgamento do recurso⁷.

Injustificável a recalcitrância do legislador em mudar a regra do art. 520 do CPC, pois não há – frisamos – qualquer sentido em manter o duplo efeito, com regra, para o recurso de apelação. *Data maxima venia*, nenhuma interpretação sistemática ou teleológica que se faça do nosso Código de Processo pode chegar à conclusão que lhe dê sustentação, porquanto

⁶ Por força de uma interpretação sistemática do Código de Processo Civil, afinada com os princípios da igualdade, da efetividade e da inafastabilidade da jurisdição, entendemos que a regra estampada no art. 520 do CPC deve ser flexibilizada, permitindo ao juiz e/ou relator, mediante requerimento da parte, dar efetividade imediata à sentença, o que significa subtrair o efeito suspensivo das apelações em casos excepcionais em que se perceba risco de lesão grave ou de difícil reparação para o apelado na hipótese de não se realizar a execução, com supedâneo no art. 558 e/ou do art. 273, ambos do CPC. (Ibidem, Cap. III, item 13).

⁷ Sobre tal questão já tivemos a oportunidade de escrever que: “Merece menção, contudo, que o efeito suspensivo dos recursos não tem o condão de suspender a eficácia da sentença, mas sim de obstar, impedir tal eficácia. O efeito suspensivo, em verdade, prolonga o estado de ineficácia da decisão recorrida, impedindo a produção de seus efeitos; não há nada o que suspender, porquanto a decisão não surte qualquer efeito a partir de sua publicação até o manejo do recurso com efeito suspensivo.

E a regra, no nosso ordenamento, é a de que a apelação deve ser recebida nos efeitos devolutivo e *suspensivo*, salvo as hipóteses previstas nos incisos do art. 520 do CPC – as quais serão objeto de análise mais detalhada no capítulo III deste trabalho –, obstaculizando-se, portanto, a produção de qualquer efeito até o julgamento do recurso.

Desta feita, bem se vê que as sentenças – pronunciamentos judiciais que são fruto de uma análise cognitiva exauriente – via de regra não têm o condão de produzir efeitos até que haja sua confirmação pelo Tribunal *ad quem*.

O mesmo panorama, contudo, não se aplica às decisões antecipatórias, as quais – mesmo sendo provisórias por sua natureza, porquanto produzidas com base numa análise cognitiva superficial e, por vezes, sem contraditório – têm executividade imediata.” (*Execução Provisória no Processo Civil*, Ed. Método, S. Paulo, 2006, p. 39/40).

impossível ver-se coerência num sistema que permite imediata executividade à decisão antecipada, fruto de uma cognição sumária, e não a admite para a sentença que resulta de uma cognição exauriente.

Infelizmente em razão da regra constante do art. 520 do CPC, a execução provisória da sentença⁸, por conta de uma leitura literal da lei, somente ocorre, na prática forense, em poucas hipóteses.

Feito o registro quanto a injustificável regra do duplo efeito para as apelações, voltemos o foco para a Lei 11.232/05. Com efeito, o panorama predominante antes da Lei 11.232/05 pode ser resumido da seguinte forma: após longo contraditório travado no processo de conhecimento, que implicava ultrapassar e vencer com incrível paciência a infindável demora no julgamento dos recursos, o demandante lograva obter, ao final, a prestação jurisdicional pretendida. Não fosse o suficiente ter sofrido todos os prejuízos decorrentes desta espera, mesmo após o trânsito em julgado, o demandante ainda não tinha acesso ao bem da vida a que tem direito, isso porque, munido o demandante de título executivo judicial, inicia-se a execução (“novo” processo), com “nova” citação, “nova” “defesa” (ação de embargos à execução), “nova” sentença, “novos” e sucessivos recursos, e, ainda não raras vezes, na fase dos atos executórios, com a expropriação de bens do devedor, surgiam novos incidentes processuais.

Nesse contexto pouco alvissareiro, o dano causado pela excessiva demora⁹ é evidente e, por vezes, insuportável¹⁰.

⁸ Mencionamos execução provisória da *sentença*, porque a nosso ver perfeitamente possível, diante do atual ordenamento, aplicar à antecipação de tutela, *no que couber*, a execução provisória, máxime porque a execução provisória atual conduz efetivamente à prática de atos de execução. A ligação entre os institutos é tão notória que o estatuto processual previu, em seu art. 273, § 3º, que “a efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A”. Lembre-se, por oportuno, que o art. 588 foi revogado por força da Lei 11.232/05 e substituído pelo art. 475-O. Assim, pode-se dizer que após a Lei 11.232/05, o art. 273, § 3º. deve ser lido da seguinte forma: “a efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 475-O, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.” (Nesse sentido, v. nosso *Execução Provisória no Processo Civil*, ob.cit., Capítulo V).

⁹ Nesse sentido nos fala Italo Andolina sobre o *danno marginale in senso stretto* (“Cognizione” ed “esecuzione forzata” nel sistema della tutele giurisdizionale, p.20).

¹⁰ Ainda sobre esse tema, v., por todos, Paulo Hoffman, *Razoável duração do processo*, Quartier Latin, S. Paulo, 2006.

Assim, visando a dinamizar e otimizar o processo de execução é que surgiu a Lei 11.232/05, que apresenta as seguintes linhas mestras: (i) a sentença tem sua carga de eficácia alterada, permitindo sua efetivação sem necessidade de processo autônomo de execução; (ii) a liquidação de sentença é tratada como procedimento e não mais ação incidental; assim, a decisão que fixa o *quantum debeatur* passa a ser impugnada por meio de agravo de instrumento; (iii) no cumprimento da sentença não haverá embargos do executado, mas, sim, mero incidente de impugnação, de cuja decisão será oponível agravo de instrumento; (iv) quando possível far-se-á citação, penhora e avaliação cumpridas na mesma oportunidade.

Como se vê, inúmeras são as modificações, todas elas visando a imprimir maior eficácia à vagarosa execução de títulos judiciais. Se a intenção legislativa refletirá, na prática forense, numa prestação jurisdicional mais célere é questão de difícil resposta, sendo que qualquer previsão nesse sentido é mero exercício de futurologia. Efetivamente, só o tempo poderá dizer se as reformas trazidas pela Lei 11.232/05 alcançaram seu objetivo.

Quanto ao escopo precípuo deste trabalho, deve ser feita a seguinte indagação: no que a Lei 11.232/05 influenciará diretamente na execução provisória?

Em muitos pontos, isso porque, além das mudanças pontuais feitas no dispositivo legal que tratam especificamente da execução provisória, não se pode perder de vista que a Lei 11.232/05 pretende uma profunda modificação na sistemática da execução dos títulos judiciais com o que se altera também, em consequência, a execução provisória, porquanto esta se processa “no que couber, do mesmo modo que a definitiva”.

Por força da Lei 11.232/05, o dispositivo que trata da sistemática e da dinâmica da execução provisória no CPC passa a ser o art. 475-O que tem a seguinte de 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 da execução;

§ 1º. No caso do inciso II 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 60 (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, § 1º:

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 exequente considere necessárias.”

Passaremos a considerá-lo brevemente:

A primeira constatação que se extrai do *caput* do art. 475-O do CPC é a de que o *processo* e o *procedimento* da execução provisória reger-se-ão como se a execução definitiva fosse, respeitadas, contudo, as restrições previstas nos seus incisos, de forma a minimizar os reflexos de uma eventual reforma do título executivo provisório.

Como já advertimos, não se pode olvidar, nesse contexto, que a execução definitiva (e, por conseqüência, a provisória) foi completamente revitalizada pela Lei 11.232/05¹¹, visando dar-lhe maior efetividade. Dessa

¹¹ O art. 475-J traduz a tendência atual um processo sincrético, no qual coexistem cognição e execução. Com efeito, sem instauração de nova ação e, portanto, sem necessidade de citação, não havendo o cumprimento voluntário da sentença, a requerimento do exequente expedir-se-á mandado de penhora e avaliação. Formalizada a penhora e a avaliação (preferencialmente no mesmo ato), o executado será intimado, por mandado ou pelo correio, na pessoa de seu advogado, se houver, ou pessoalmente, para oferecer impugnação (que tem natureza de incidente, sem efeito suspensivo via de regra, cabendo agravo da decisão que o julga, conforme art. 475-M). Se não houver o cumprimento voluntário da sentença, o que será permitido no prazo de 15 (quinze) dias, o débito será acrescido de uma multa penitencial de 10% (dez por cento), sendo facultado ao exequente, no seu requerimento para expedição do mandado de penhora e avaliação, indicar desde logo os bens do executado para penhora.

Vejamos as normas comentadas (arts. 475-J e 475-M):

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

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

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

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

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

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

“Art. 475-M. A impugnação não terá efeito suspensivo, podendo o juiz atribuir-lhe tal efeito desde que relevantes seus fundamentos e o prosseguimento da execução seja manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação.

§ 1º Ainda que atribuído efeito suspensivo à impugnação, é lícito ao exequente requerer o prosseguimento da execução, oferecendo e prestando caução suficiente e idônea, arbitrada pelo juiz e prestada nos próprios autos.

forma, ganha em efetividade a execução provisória, que se processará da seguinte forma: (i) perante a nova sistemática imposta basicamente pelo art. 475-J da Lei 11.232/05, quando se tratar de obrigação de pagar; ou, o que não representa nenhuma novidade, (ii) nos termos do arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil, se disser respeito às obrigações de fazer e de entrega de coisa, respectivamente.

Tal modificação será sentida com maior intensidade na execução provisória das obrigações de pagar, não só naquelas resultantes de sentença impugnada por recurso ao qual não foi atribuído efeito suspensivo, mas também e principalmente naquelas hipóteses de decisão provisória com eficácia imediata, *v.g.*, a antecipação de tutela.

O inciso I do art. 475-O do CPC apresentou apenas mudanças semânticas, porém nenhuma substancial em relação a redação do art. 588, I, com aquela dada pela Lei 10.444/02. O que importa considerar do seu texto é que ao manejar a execução provisória, na hipótese de reforma da sentença, o exequente assume *objetivamente* o risco pela reparação integral dos danos causados ao executado, vale dizer, independentemente de qualquer indagação de culpa.¹²

O inciso II do art. 475-O, tratou de juntar os dispositivos legais que estavam dispostos nos arts. 588, III e IV, com a redação dada pela Lei 10.444/02. Fora esse aspecto puramente formal, nada mudou; as normas têm o mesmíssimo conteúdo. É importante a consideração que quando se definiu que as *partes* e não as *coisas*¹³ devem ser restituídas ao *status quo*, dando

§ 2º Deferido efeito suspensivo, a impugnação será instruída e decidida nos próprios autos e, caso contrário, em autos apartados.

§ 3º A decisão que resolver a impugnação é recorrível mediante agravo de instrumento, salvo quando importar extinção da execução, caso em que caberá apelação.”

¹² A propósito do assunto, observa Araken de Assis que “(...) à vantagem produzida pela execução provisória em suas expectativas processuais corresponde, simetricamente, a responsabilidade objetiva do credor pelo dano, por ela criado, na esfera jurídica do executado” (*Manual do Processo de Execução*, 8ª ed, RT, p. 366).

¹³ Antes da Lei 10.444/02 o CPC referia-se a restituição das *coisas* ao estado anterior. Como bem observam 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

margem à interpretação (correta, a nosso ver) de que eventual reforma da sentença (provisória) exequenda alcançaria apenas as partes.

Deve-se optar preferivelmente, portanto, pelo retorno ao estado anterior, tornando ineficazes os atos executivos praticados. Tal solução, contudo, não se afigura possível quando a restituição ao *status quo* interfira na esfera jurídica de terceiros de boa-fé. Nesta última hipótese, deve-se optar por uma reparação pecuniária, financeira, ao executado, de forma a preservar as relações jurídicas entabuladas validamente com esses terceiros.

Assim, na hipótese de arrematação, por parte de terceiro de boa-fé, de determinado bem imóvel que compunha o patrimônio do executado, o retorno das *partes ao status quo* deve ser entendido como a necessidade de o executado ser integralmente indenizado, pelo exequente, em razão da venda judicial realizada, de forma a recompor seu patrimônio. Nesta hipótese, a nosso ver, descabida a possibilidade de retorno do próprio bem ao patrimônio do devedor, o que implicaria desfazimento do ato expropriatório, com evidente repercussão na esfera jurídica do terceiro-arrematante, o que, em última análise, traria imensa instabilidade às relações jurídicas.

De outro lado, tendo havido, por exemplo, adjudicação do bem pelo próprio exequente e não tendo sido realizada a transferência da propriedade a terceiros de boa-fé, possível a reversão ao *status quo*, daí por que deve ser devolvido o bem ao executado, sem embargo de responder o exequente por todos os prejuízos derivados do ato de expropriação (e.g., lucros cessantes).

A segunda parte da norma sob comentário prevê sejam “liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento”. É a

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. Assim, *restituição das partes ao estado anterior* significa a restituição ao devedor do valor do bem que lhe tenha sido penhorado ou a reposição do *quantum* que tenha sido levantado.” (Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 2*, RT, 2006, p. 184).

repetição do que estava previsto no inciso IV do art. 588¹⁴ (disposição que também foi introduzida com a Lei nº 10.444/02) com a correta substituição do termo “processo” por “autos”, de maior rigor técnico. Em boa hora o legislador acabou com a controvérsia existente na doutrina e disciplinou expressamente a possibilidade de liquidação e execução dos prejuízos nos próprios autos, sem necessidade de ajuizamento de ação própria¹⁵.

Assim, a liquidação será processada nos mesmos autos e respeitará o procedimento aplicável à espécie, processando-se conforme a hipótese, pela mera apresentação dos cálculos pelo exeqüente (CPC, art. 475-B), por arbitramento (CPC, art. 475-C) ou por artigos (CPC, art. 475-E).

Foi, contudo, na redação do inciso III do art. 475-O que são reproduzidas as maiores modificações impostas pela Lei nº 10.444/02 à disciplina da execução provisória¹⁶. Vários são os aspectos que podem ser realizados na análise desse dispositivo legal, dos quais destacamos a seguir os seguintes:

- a) manteve-se o alargamento dos horizontes da execução provisória, para o fim de permitir a prática de atos que importem em alienação de domínio (com a troca do vernáculo “domínio” por “propriedade”), e.g., arrematar e/ou adjudicar bens do executado, o que antes da Lei nº 10.444/02 não se podia fazer¹⁷;

¹⁴ Esta era a redação do revogado inciso IV do art. 588: “eventuais prejuízos serão liquidados no mesmo processo”.

¹⁵ Mesmo antes da reforma da Lei 10.444/02, Cássio Scarpinella Bueno, com base no dispositivo legal do Estatuto Processual revogado, que dispunha que “a reparação de danos que, em consequência da execução, sofrer o executado, se reclamará e liquidará nos próprios autos da ação”, sustentava: “essa, sem dúvida, a melhor opção para o devedor executado que pretende se ver indenizado dos danos sofridos pela investida judicial do então vencedor, pois são os próprios autos da execução provisória que bem espelham de maneira mais fiel todos os elementos necessários à quantificação do dano a ser perseguido em juízo. Abona esse entendimento, outrossim, o aspecto prático da desnecessidade de recolhimento de custas ou taxas judiciárias que, normalmente, incidem na propositura de uma nova ação” (*Execução Provisória e Antecipação de Tutela*, Saraiva, 1999, p. 193).

¹⁶ Pelo cotejo das duas redações (antes e depois da Lei 11.232/05), verifica-se que o legislador fez a substituição do termo “domínio” por “propriedade” e, bem assim, com relação à caução trocou o termo “requerida” por “arbitrada de plano pelo juiz”.

¹⁷ Como bem observa William Santos Ferreira “o dinheiro, por ser fungível (=substituível), sempre admitiu o levantamento desde que prestada caução idônea, já que, sendo necessário o retorno à situação anterior, a caução permite que o dinheiro seja devolvido (ao menos é o que se objetiva). Agora se avança

- b) a caução prevista no inciso III do art. 475-O tem função cautelar, podendo-se defini-la como uma *contracautela*¹⁸;
- c) quando a lei também previu caução genericamente para as situações que possam “*resultar grave dano ao executado*”, criou, a nosso ver, um critério *ope iudicis*¹⁹ para a sua fixação, cabendo ao magistrado, à luz das características do fato concreto e dos bens em jogo, determiná-la ou não;
- d) esclareceu-se expressamente a possibilidade de o juiz determinar, de ofício, a caução, mesmo sem pedido da parte executada, o que era bastante controvertido na redação anterior²⁰.

O atual § 1º do art. 475-O reproduz, com ajustes semânticos que em nada alteram o seu conteúdo, a sistemática anterior. Assim, reformado ou anulado apenas em parte o título, a execução provisória não restaria completamente prejudicada, sendo certo que somente na parte reformada ou anulada é que será possível cogitar do retorno ao *status quo* das partes. No entanto, somos da opinião de que, reformada parcialmente a sentença exequenda, também estaria o exequente obrigado a reparar os danos eventualmente causados ao devedor em razão da execução provisória daquela parte da sentença que foi posteriormente reformada. É o que se extrai da regra prevista no art. 475-O, I.²¹

mais e permitem-se também atos que importem em alienação de domínio, desde que garantidos por caução” (*Aspectos polêmicos e práticos da nova reforma processual civil*, Forense, 2002, p. 261).

¹⁸ Na medida em que a execução provisória, embora com cautelar não se confunda, visa a garantir, de certa forma, uma tutela jurisdicional mais célere, efetiva e adequada, parece-nos razoável que diante da *cautela* oferecida ao exequente, preveja o sistema um contrapeso em favor do executado: uma *contracautela* para assegurar-lhe o resultado útil de eventual responsabilização do exequente pelos danos causados com a execução provisória: a caução.

¹⁹ Diz-se *ope iudicis* aquela em que o juiz, à luz das circunstâncias particulares do caso, decide fundamentadamente pela execução provisória, constituindo ele próprio o título executivo provisório; diz-se *ope legis* aquela em que o juiz, limitado pela vontade da lei, apenas declara a possibilidade de execução provisória já contemplada expressamente pelo ordenamento.

²⁰ Tal conclusão já nos parecia óbvia, mesmo diante da Lei 10.444/02, considerando a natureza e a função tipicamente cautelar da caução, como única de forma a garantir a eficácia e a utilidade da jurisdição e, bem assim, assegurar às partes (exequente e executado) tratamento equânime no processo. Tal questão, contudo, era controvertida pois o que se lia, numa interpretação literal – antes da Lei 11.232/05 que incluiu a expressão “arbitrada de plano pelo juiz” – é que a caução tem que ser requerida pelo executado e não determinada de ofício pelo juiz. Defendendo esta opinião mais restritiva, manifestava-se Cândido Rangel Dinamarco (*A reforma da reforma*, 2ª. ed., Malheiros, 1995, p. 257-258) e Sérgio Shimura (Alberto Camiña Moreira et al. *A nova reforma processual Civil*, p. 328), entre outros.

²¹ Também no mesmo sentido opina Ricardo Hoffmann, *Execução Provisória*, Saraiva, 2004, p. 119.

Outra questão de importância na análise do art. 475-O diz respeito à dispensa da prestação de caução. Nesse particular, o § 2º representou inovação imposta, num primeiro momento, pela Lei nº 10.444/02 e, mais recentemente, ampliada pela Lei 11.232/05²².

O panorama atual, por força da Lei 11.232/05, é o de que deve haver dispensa de caução, como exceção à regra geral prevista no inciso III do art. 475-O *caput*, nas seguintes hipóteses:

- a) quando, *cumulativamente*, estiverem presentes os seguintes pressupostos: (i) crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito; (ii) valor do crédito limitado a 60 salários mínimos²³⁻²⁴; e (iii) demonstração de que o exequente encontra-se em situação de necessidade²⁵;

²² Com efeito, o primeiro passo foi dado pela Lei 10.444/02 que criou um § 2º para o revogado art. 588 do CPC, o qual dispunha que: “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 encontra em estado de necessidade”. Tal disposição foi reproduzida, com alguma melhora, no atual art. 475-O, inciso I: “quando, nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de sessenta vezes o valor do salário-mínimo, o exequente demonstrar situação de necessidade.” Incluiu-se, portanto, expressamente *o crédito decorrente de ato ilícito* que antes não estava previsto e, bem assim, modificou-se a expressão “*se encontrasse em estado de necessidade*” pela “*demonstração de situação de necessidade*.” Além disso, a Lei 11.232/05 tratou de incluir outra hipótese de dispensa, a qual foi prevista no inciso II do art. 475-O, *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 a dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação.”

²³ Infelizmente manteve-se a possibilidade de dispensa da caução para levantamento de valores até o limite de 60 salários mínimos. Avança-se, contudo, em relação à Lei nº 10.444/02 (atual redação do CPC), ao prever expressamente que tal dispensa pode ocorrer não só nos casos de crédito de natureza alimentar, mas também naqueles *decorrentes de ato ilícito*. De qualquer forma, parece-nos claro que o critério de fixação de um valor para a dispensa de caução, engessa desnecessariamente a norma; seria muito melhor, a nosso ver, se o legislador tivesse optado por um *conceito aberto*, deixando maior liberdade ao julgador.

²⁴ A nosso ver, sendo superior o crédito ao valor fixado na lei, poderá o exequente pretender a execução provisória de todo o valor, porém, poderá executar o equivalente a 60 salários mínimos, desde que comprovados os demais pressupostos do § 2º, inciso I, sem necessidade de caução, ao passo que os atos de alienação de propriedade ou o levantamento de depósito em dinheiro do valor excedente deverão ser precedidos de caução. Defende opinião contrária, Sérgio Shimura, para quem “se o valor (total) a ser executado ultrapassar 60 salários mínimos, exige-se caução pelo total, e não pelo excedente.” (Alberto Camiña Moreira et al., *Nova Reforma*, ob.cit., p. 329)

²⁵ Parece-nos razoável entender que tal requisito, vale dizer, “*demonstrar situação de necessidade*” é análogo àquele que legitima o benefício da assistência judiciária gratuita (art. 4º da Lei nº 1.060/50).

- b) nos casos de execução provisória em que penda agravo de instrumento junto ao STF ou ao STJ (art. 544), salvo quando da dispensa possa resultar grave dano, de difícil ou incerta reparação, ao executado²⁶.

Frisamos, contudo, que a nosso ver, com base numa interpretação sistemática e principalmente teleológica²⁷, não se trata de uma enumeração taxativa, em *numerus clausus*. Entendemos, portanto, ser possível ao juiz decidir pela dispensa de caução em outras hipóteses diferentes daquelas anteriormente mencionadas e expressamente previstas no art. 475-O, § 2º., dependendo da situação concreta. Para tanto, deverá o julgador nortear-se por duas regras: (i) se há, no caso concreto, risco para o executado, porque sem risco não há que se falar em caução que tem, como já dissemos, natureza de *contracautela*; ou, ainda que haja risco ao executado, (ii) se a situação concreta, ponderando-se os bens em jogo, assim o determinar, em razão da aplicação do princípio da proporcionalidade.

O § 3º. do art. 475-O trata do *procedimento* da execução provisória. Observa-se que a Lei 11.232/05 revogou expressamente o art. 589 que dispunha que “a execução definitiva far-se-á nos autos principais; a execução provisória, nos autos suplementares, onde os houver, ou por carta de sentença, extraída do processo pelo escrivão e assinada pelo juiz” e, bem assim, o art. 590 que continha as peças obrigatórias para formação da carta de sentença.

O que chama a atenção, pelo menos do ponto de vista prático, é o fato de a nova lei não mencionar “carta de sentença”. Contudo, o silêncio

²⁶A Lei 11.232/05 introduziu a regra pela qual é dispensada de caução a execução provisória nos casos em que há pendente agravo de instrumento contra despacho denegatório de recurso especial e extraordinário, o que nos acertado. A hipótese lembrada no dispositivo legal afigura-se por demais excepcional para condicionar a execução a qualquer tipo de caução. Ora, como se sabe, o STF e o STJ não são órgãos de terceira instância, o que limita horizontalmente a cognição que será realizada na eventualidade de o recurso extraordinário e/ou especial vier a ser admitido. Ademais, há risco de o recurso extraordinário *lato sensu* em questão sequer ser conhecido, porquanto já não o foi no juízo de admissibilidade realizado pelo Tribunal *a quo*.

²⁷ Em suma, a interpretação teleológica ativa a participação do intérprete na configuração do sentido. Seu movimento interpretativo, inversamente ao da interpretação sistemática – que também postula uma cabal e coerente unidade do sistema – parte das conseqüências avaliadas das normas e retorna para o interior do sistema. (Cf. Tércio Sampaio Ferraz Jr., *Introdução ao estudo do direito*, p. 284/289).

da nova lei quanto a formação de carta de sentença em nada modifica o procedimento que até então era empregado na execução provisória, feita a necessária ressalva para a mudança no procedimento da própria execução (e, via de conseqüência, da execução provisória que se processa como aquela).

Com efeito, a execução provisória da sentença continuará sendo processada em autos apartados, sejam eles nominados de autos, carta de sentença ou mera petição. Assim, sob o enfoque da nova Lei 11.232/05, o exeqüente que pretender dar impulso à execução provisória da sentença deverá providenciar uma petição nos termos do art. 475-J e respectivos parágrafos, instruída com as cópias previstas no art. 475-O, § 3º., que ficará no juízo competente, enquanto os autos principais, com o recurso pendente, serão encaminhados ao tribunal. Em outros casos, como por exemplo, na execução da decisão que antecipa a tutela, a execução provisória será processada nos próprios autos principais.

Por último, vale a lembrança de que por expressa disposição da parte final do § 3º. do art. 475-O, as cópias que instruírem a dita “petição” de execução não precisam ser autenticadas, bastando a declaração de autenticidade do advogado, atendendo-se à atual tendência de afastar formalismos exagerados.

4. O desafio de uma leitura mais abrangente da execução provisória

Como último tópico deste trabalho e à guisa de conclusão somos enfáticos: defendemos uma leitura da execução provisória com mais amplitude, vendo-a como *executoriedade* de qualquer provimento judicial (antecipatório ou final) ainda não definitivo, e não simplesmente como uma execução por quantia lastreada em título provisório.

É evidente que, nesse contexto, a execução provisória far-se-á respeitando as particularidades da natureza do provimento que se pretende executar.

O que estamos sustentando é que já é hora de se debelar o mito de ligar a execução provisória exclusivamente às sentenças e, o que é ainda pior, às condenatórias. E, para tanto, é imperioso fazer uma pequena revisão do próprio conceito de execução.

Recentemente, em trabalho publicado noutra coletânea de doutrina a respeito da mesma Lei 11.232/05 afirmamos que:

“O termo ‘execução’ deve, pois, ser utilizado com amplidão, de forma a abarcar todos os atos coativos tendentes a realizar o direito. O termo é válido não só para o instrumental da execução de quantia, como também para as outras situações, *v.g.*, as decisões que impõem multas periódicas destinadas a levar o demandado a cumprir obrigação de fazer, de não fazer ou de entregar; os meios sub-rogatórios destinados à efetivação direito independentemente da vontade do réu, também nas obrigações de fazer, não fazer ou entregar; ou, ainda, nas decisões antecipatórias.

Assim, dentro dessa perspectiva – de uma leitura elástica do termo ‘execução’ – não é difícil cogitar de ‘execução’ dos provimentos declaratórios e/ou constitutivos (sejam eles antecipatórios ou finais), mesmo que somente dos seus efeitos e não da declaração e/ou constituição em si mesma considerada.”²⁸

Visto sob esse ângulo, com o alargamento do termo *execução*, a *execução* provisória, justamente porque expediente destinado aos

²⁸ “Breves Considerações acerca do impacto da Lei 11.232/05 no tema da eficácia das sentenças”. *Processo de Execução Civil – Modificações da Lei 11.232/05*. Paulo Hoffman e Leonardo Ferres da Silva Ribeiro (Coord.), Quartier Latin, 2006, p. 139/140.

provimentos provisórios, encontra palco ideal para sua atuação nas sentenças ainda não definitivas e, bem assim, nas decisões antecipatórias.

Possível, portanto, cogitar de execução provisória para antecipar os atos coativos tendentes a realizar o direito e/ou seus efeitos práticos em qualquer tipo de provimento, mesmo nos declaratórios, constitutivos, mandamentais e executivos *lato sensu*²⁹.

Assim, tratando-se de antecipação de um provimento condenatório típico (obrigação de pagar), far-se-á, no que couber, execução provisória (art. 475-O) afinada com as disposições referentes à nova execução de títulos judiciais (art. 475-J e seguintes); tratando-se, por sua vez, de obrigação de fazer ou não fazer e de entrega de coisa, a execução provisória, respeitar-se-á o instrumental previsto nos arts. 461 e 461-A do CPC.

E no que as regras do art. 475-O podem atrapalhar a efetividade desta antecipação? Em absolutamente nada, porquanto suas regras serão aplicadas *no que couber e conforme a natureza* do provimento executado.

Imaginemos, como exemplo, uma antecipação de tutela que imponha ao réu uma obrigação de fazer com base no § 3º. do art. 461 do CPC. Nesta hipótese, poderá o juiz valer-se de todo o instrumental previsto no já mencionado art. 461, inclusive as medidas sub-rogatórias previstas no seu § 5º., além de utilizar *subsidiariamente e no que couber* a sistemática da execução provisória prevista no art. 475-O. Vejamos: (i) a execução da decisão que antecipou a tutela se dará por conta e risco do autor que responderá objetivamente pelos prejuízos a que der causa na hipótese de sua reforma (art. 475-O, I); (ii) ficará sem efeito a execução, cabendo restituição das *partes* ao

²⁹ Na nossa opinião, não há mais sentido em classificar as sentenças pelo critério quinário (que admite como categorias autônomas as sentenças *mandamentais* e *executivas 'lato sensu'*. Com efeito, recentemente nos manifestamos nesse sentido: "(...) com o advento da Lei 11.232/05 a forma de realização do direito para as sentenças condenatórias, mandamentais e executivas *lato sensu* foi unificada, daí porque perdeu o sentido, *data maxima venia*, classificá-las em categorias distintas; pode-se dizer, portanto, que a classificação trinária – pela qual a sentença pode ser classificada em *declaratória, constitutiva e condenatória* – mostra-se adequada e suficiente para definir todas as modalidades de sentença levando-se em conta o seu conteúdo e eficácia." (Ibidem, p.145/146).

status quo na hipótese de reforma da decisão (art. 475-O, II); (iii) poderá o juiz, se for o caso e entender conveniente, fixar com base no art. 475-O, III, caução para o cumprimento da obrigação, embora não seja esta a regra, posto que não exigida na letra do art. 461, etc.

É essa a leitura (sistemática e teleológica) que fazemos do sistema processual, que, a nosso ver, está condizente com um processo mais instrumental e efetivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDOLINA, ITALO. *“Cognizione” ed “esecuzione forzata” nel sistema della tutele giurisdizionale*, Milão, Giuffrè, 1988.

ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*, 8ª. ed, RT.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Execução Provisória e Antecipação de Tutela*, Saraiva, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*, 2ª. ed., Malheiros, 1995;

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio., *Introdução ao estudo do direito*, 3ª ed., Atlas, 2001.

FERREIRA, William Santos. *Aspectos polêmicos e práticos da nova reforma Processual civil*. Forense, 2002.

HOFFMAN, Paulo. *Razoável Duração do Processo*, S. Paulo, Quartier Latin, 2006.

HOFFMAN, Ricardo. *Execução provisória*, Saraiva, 2004;

MOREIRA, Alberto Camiña et al. *Nova reforma processual civil: comentada*. 2. ed. São Paulo: Método, 2003.

SILVA RIBEIRO, Leonardo Ferres da. *Execução Provisória no Processo Civil*, S. Paulo, Método, 2006.

_____. “Breves Considerações acerca do impacto da Lei 11.232/05 no tema da eficácia das sentenças”. *Processo de Execução Civil – Modificações da Lei 11.232/05*. Paulo Hoffman e Leonardo Ferres da Silva Ribeiro (Coord)., Quartier Latin, 2006, p. 129/146.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 2*, RT, 2006.