

A Execução de Título Extrajudicial sobre a qual se Aplicam as Regras da Provisória Exequibilidade (Discussões acerca do Artigo 587 do Código de Processo Civil)

Felipe de Ornelas Caldas

Graduado em Direito e Pós-graduando em Direito Processual pela Universidade Federal de Juiz de Fora-MG. Advogado.

INTRODUÇÃO

Uma das grandes preocupações do moderno processo civil consiste em atender aos anseios da sociedade quanto a uma efetiva e ao mesmo tempo célere tutela jurisdicional.

Assim, tendo por fim garantir a efetividade da tutela jurisdicional e diminuir os efeitos perniciosos do tempo no processo, o Direito Processual Civil brasileiro criou o instituto da execução provisória, instrumento capaz de adiantar à parte vitoriosa a situação jurídica que seria alcançada somente ao fim do processo.

As técnicas inerentes à provisória exequibilidade da sentença são, sem sombra de dúvidas, formas idôneas de se efetivar as decisões jurisdicionais no menor lapso temporal possível, em conformidade com o direito fundamental a um processo sem dilações indevidas, previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal.

O instituto da execução provisória, consagrado no artigo 475-O do Código de Processo Civil, tem por escopo o adiantamento da atividade executiva, na medida em que possibilita que o credor efetive uma decisão que lhe foi favorável, ainda que o título executivo ensejador da execução não tenha sido imantado pela definitividade.

Por sua vez, o título executivo é o documento que representa uma obrigação líquida, certa e exigível, sendo, pois, um elemento que autoriza o Estado a realizar, coativamente, e mesmo contra a vontade do executado, os atos de expropriação, desapossamento e transformação com o fim de satisfazer o enunciado da norma jurídica individualizada - título executivo judicial ou extrajudicial.

O título executivo funciona, assim, como um fator de legitimação da realização dos atos executivos pelo Estado - poder de império - que serão suportados pelo executado.

Nesse sentido, a execução será definitiva quando for fundada em título já completamente formado – sentença transitada em julgado e títulos extrajudiciais.

Será provisória se a situação do credor não estiver pacificada, em razão de a decisão que reconheceu o crédito ser passível de modificações ulteriores, ou seja, será provisória a execução quando lastreada em título judicial não transitado em julgado.

Ocorre que, a nova redação do artigo 587 do Código de Processo Civil Brasileiro, trazida pela Lei número 11.382, de 6 de dezembro de 2006, trouxe uma controvérsia quanto à possibilidade legal de se ter uma execução provisória lastreada em um título definitivo, qual seja, o título extrajudicial. Senão, vejamos:

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

Com a alteração, surgiu a possibilidade de uma execução que se iniciou definitiva transformar-se em provisória, sujeitando-se, então, o exequente, ao regime próprio da execução provisória, como prestação de caução para prática de atos expropriatórios, bem como responsabilização objetiva pelos prejuízos causados ao executado em caso da cassação do título.

A nova redação trouxe muita discussão por parte da doutrina, uma vez que, à luz da redação anterior do artigo 587, preponderava na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que a execução de título extrajudicial, na pendência de recurso contra a sentença que julgou improcedentes os embargos do executado, continuava como definitiva, e não provisória.

Com lastro em inúmeros precedentes, o Superior Tribunal de Justiça chegou, inclusive, a editar a Súmula 317, segundo a qual “é definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julgue improcedentes os embargos”. Essa orientação tinha por pressuposto a efetividade da prestação jurisdicional.

Diante disso, o presente trabalho tem por objetivo analisar o atual regramento da execução de títulos extrajudiciais, na pendência de apelação contra sentença de improcedência dos embargos, investigando os motivos que levaram o legislador a alterar a lei processual segundo os entendimentos contrários aos já sedimentados na jurisprudência e doutrina.

1 - TÍTULO EXECUTIVO

1.1 - Conceito

Título executivo é o documento que representa uma obrigação líquida, certa e exigível, sendo, pois, um elemento que autoriza o Estado a realizar, coativamente, e mesmo contra a vontade do executado, os atos de expropriação, desapossamento e transformação com o fim de satisfazer o enunciado da norma jurídica individualizada. O título executivo funciona, assim, como um fator de legitimação da realização dos atos executivos pelo Estado que serão suportados pelo executado.

O título executivo designa todo ato jurídico adequado para determinar a realização de direitos, seja mediante execução por quantia certa, de entrega de coisa ou de obrigação de fazer ou não fazer. Do título emerge, necessariamente, o direito a uma prestação a que corresponde, no lado oposto da relação jurídica, o dever de prestar.

Sérgio Shimura, entende que o título pode ser conceituado a partir de duas matizes, uma substancial, outra formal:¹

Vê-se, portanto, que o título, do aspecto substancial, é o ato jurídico de que resulta a vontade concreta da lei. Em sentido formal, é o documento em que o ato se contém.

1.2 - Natureza Jurídica

Há várias teorias que procuram identificar a natureza jurídica do

¹ SHIMURA, Sérgio. **Título Executivo**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 84.

título executivo, tendo a doutrina italiana debatido bastante a respeito. Vejamos alguns posicionamentos^{2/3}:

Para Liebman, o título executivo seria um ato jurídico que incorpora a sanção, exprimindo a vontade concreta do Estado de que se proceda a uma determinada execução. O título teria, então, natureza constitutiva, fazendo nascer a ação executiva e conferindo ao credor legitimidade para ajuizá-la. Liebman nega caráter probatório ao título executivo, partindo da premissa de que não há cognição na execução, chegando a dizer que o juiz não tem de examinar provas, nem formar sua convicção e sim, unicamente, deferir o pedido representado no título. Para ele, o título é o ato pelo qual a lei liga a eficácia de aplicar a vontade sancionatória – teoria do ato jurídico.

Didier⁴, ao comentar tal teoria, explica que ela não se coaduna com o atual regime jurídico da execução no processo civil brasileiro:

Essa teoria de Liebman restou por ser, recentemente, rejeitada nas últimas reformas legislativas que alteraram o Código de Processo Civil. O art. 580 do CPC, na sua atual redação, diz que o que deve ser certo, líquido e exigível, não é o título executivo, mas a obrigação nele consubstanciada. O título é um documento que comprova um ato jurídico extrajudicial ou a decisão proferida pelo julgador. Não basta o ato para a instauração da execução: é preciso que esteja adequadamente documentado.

Já Francesco Carnelutti acentua o caráter documental do título executivo, servindo de prova legal, ou seja, a função do título executivo é fornecer a prova do crédito. Trata-se, porém, de um documento que, além de prova legal de um fato, serve para demonstrar também a eficácia jurídica de um fato, a relação jurídica que nele é certificada. Assim, afirma que não basta dizer que o título executivo é uma prova legal, mas, além disso, vale para estabelecer a existência de uma relação jurídica ou, em outros termos, a eficácia jurídica de um fato.

A maior crítica que deve ser feita a essa teoria diz respeito à concepção abstrata da ação executiva: é que ao ser proposta a execução,

² SHIMURA, Sérgio. **Título Executivo**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 86-94

³ DIDIER, Fredie *et al.* **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 145.

⁴ DIDIER, Fredie *et al.* **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 146.

basta a existência do título, não sendo necessário que haja, realmente, o crédito ou o direito do exequente. Ou seja, a existência da ação executiva independe da existência do direito do exequente. Segundo Didier⁵, a teoria de Carnelutti não explica as chamadas execuções injustas, ou seja, execuções que chegam ao seu termo, com a satisfação da obrigação, que, na verdade, não existe.

Por sua vez, Italo Andolina⁶ tenta desvincular o título executivo do ato jurídico subjacente. Assim, a importância do título não está naquilo que ele representa – o ato jurídico ou o crédito -, mas naquilo que ele é: não um meio de prova, mas um requisito processual para a instauração da atividade executiva.

De tudo o que foi apresentado, pode-se considerar que o título executivo é o documento que certifica um ato jurídico, que atribui a alguém um dever de prestar líquido, certo e exigível, a que a lei atribui o efeito de autorizar a instauração da atividade executiva.

1.3 - O princípio da *nulla executio sine titulo*

O procedimento executivo somente pode ser instaurado se houver um documento a que a lei atribua eficácia executiva, o título executivo. Assim, não há execução sem título executivo⁷.

A regra de que não há execução sem título impõe que a atividade executiva, provisória ou definitiva, somente pode ser instaurada se for apresentado um instrumento de um ato jurídico a que a lei atribua a eficácia executiva: um título executivo, que pode ser judicial ou extrajudicial.

5 DIDIER, Fredie *et al.* **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 147

6 DIDIER, Fredie *et al.* **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 148

7 Em sentido contrário, entendendo pela possibilidade de execução sem título, Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier e José Miguel Garcia Medina afirmam que o legislador ao revogar o art. 583 do CPC, esclarece que, embora o título executivo possa ser requisito para a obtenção de algumas das modalidades de tutela executiva, nem toda execução tem por base um título executivo, se se considerar as características próprias do título executivo. Assim, consideram que na tutela antecipada, bem como nas sentenças executivas (461 e 461-A) estão presentes características que não se coadunam com aquelas próprias do título executivo, pois: “a) não há predefinição legal sobre quais fatos são capazes de autorizar a realização de atos executivos, sendo que o juiz deverá avaliar, caso a caso, quais são as situações jurídicas merecedoras de tutela executiva; b) mesmo aqueles que não tenham sido contemplados pela norma jurídica com um título executivo podem ter acesso imediato à tutela jurisdicional executiva; c) aquele que pretende obter a tutela jurisdicional executiva deve argumentar e convencer o juiz de que é merecedor da tutela jurisdicional executiva, algo que não ocorre na execução fundada em título executivo, pois neste caso tal “merecimento” já terá sido avaliado pelo legislador”. Dessa forma, concluem os autores: “O princípio da *nulla executio sine titulo*, assim, convive com um princípio que lhe é oposto – *princípio da execução sem título permitida* -, já que há situações em que se autoriza a execução, embora inexistente um título executivo que lhe sirva de base. (**Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 3**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 43-49).

Nos dizeres de Paulo Henrique dos Santos Lucon⁸:

A presença de título hábil é indispensável para a efetivação de uma situação substancial a favor do titular de uma posição jurídica de vantagem.

Portanto, o título executivo é um pressuposto específico da ação executiva, sendo um requisito de admissibilidade específico do procedimento executivo. Em outras palavras, é um documento indispensável à propositura da ação e ao desenvolvimento válido do processo executivo.

Há autores, no entanto, como Alexandre Freitas Câmara⁹ e Cândido Rangel Dinamarco¹⁰ que consideram o título executivo uma condição da ação executiva. Criticando tal posicionamento, Fredie Didier¹¹ pondera que:

Dizer que o título executivo é condição da ação seria o mesmo que dizer que a “planta do imóvel” é condição da ação de usucapião imobiliária e que a certidão de casamento é condição da ação de separação judicial.

Dessa forma, considerando o título executivo como pressuposto da ação executiva, sua falta implica na inadmissibilidade do procedimento executivo, não sem antes ensejar a possibilidade de emenda da petição executiva. Caso o credor não emende ou sendo o vício insanável, tem lugar o indeferimento da petição e a extinção do processo mediante sentença.¹²

O título como pressuposto da ação executiva pode ser definitivo ou provisório. Será definitivo o título sobre o qual paira o elemento da certeza de sua existência, ou seja, que não será por outro substituído, porque não está em formação, mas formado. Portanto, são títulos definitivos os provimentos judiciais transitados em julgado e os títulos executivos extrajudiciais. Aqueles porque não são mais passíveis de modificação, não podendo ser substituídos. Já os títulos extrajudiciais são formados fora do processo e recebem da lei o atributo de autorizar a instauração da atividade executiva.

8 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Eficácia das decisões e execução provisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 228.

9 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. 2. p. 177.

10 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 4. p. 671-672.

11 DIDIER, Fredie *et al.* **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 149.

12 ASSIS, Araken. **Manual do Processo de Execução**. 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.107-108.

Já os títulos provisórios não têm o requisito certeza jurídica, pois dependem de cognição exauriente ou de confirmação por ato jurisdicional hierarquicamente superior, que pode não ocorrer. É o caso, respectivamente, da decisão antecipatória de tutela e da sentença não transitada em julgado. Quanto aos efeitos dos título provisórios, Paulo Henrique dos Santos Lucon¹³ afirma que:

Todavia, entende o legislador que vale a pena a produção de efeitos externos ao processo decorrentes do título por assim dizer provisório, pois as vantagens obtidas na grande maioria dos casos têm muito mais significado social que eventuais males sofridos em casos proporcionalmente reduzidos.

1.4 - Os princípios da taxatividade e da tipicidade dos títulos executivos

Embora mantenham estrita proximidade, os princípios da taxatividade e da tipicidade não se confundem. Em razão da taxatividade, é impossível conceber a existência de outros títulos executivos além daqueles já previstos em lei. Em virtude da tipicidade, os títulos devem enquadrar-se nos tipos legais, ou seja, nas previsões normativas.

Pelo princípio da taxatividade, não há título se não houver lei o prevendo (*nullus titulus sine legis*). Para que determinado documento ou instrumento seja enquadrado como título executivo, é preciso que integre o catálogo de títulos (*numerus clausus*). Somente a lei pode criar um título executivo ou incluí-lo no elenco de títulos já existentes. No ordenamento pátrio, os títulos estão previstos, em sua grande maioria, no artigo 475-N, no caso de títulos judiciais, e no artigo 485, no caso de títulos extrajudiciais, ambos do Código de Processo Civil. Existe, ainda, previsão em leis extravagantes, como, por exemplo, o Termo de Ajustamento de Conduta, previsto no artigo 5º, parágrafo 6º, da Lei. 7.347/85.

Além de estarem taxativamente previstos, os títulos decorrem de tipos legais, devendo encaixar-se numa daquelas hipóteses previstas em lei. Dessa forma, há títulos que decorrem de tipos fechados, havendo outros que se extraem de tipos abertos. Assim, alguns títulos são rígidos, expressamente definidos pelo legislador, de tal maneira que a sua identificação se dá pelo modo conceitual-subsuntivo rigoroso e exato, com aplicação da

13 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 229.

operação “sim ou não”, “é ou não é”¹⁴. Como exemplo de título decorrente de tipo fechado e rígido, Fredie Didier aponta a nota promissória¹⁵:

Realmente, a legislação estabelece todos os pressupostos e requisitos da nota promissória, contendo uma definição rigorosa de suas características. Ou o documento é, ou não é, uma nota promissória, sendo ou não um título executivo.

Por outro lado, há títulos que decorrem de tipos abertos, funcionando com base na semelhança, por não possuírem elementos normativos rígidos ou determinados com rigor. É o caso, v.g., da hipótese prevista no inciso II do artigo 585 do Código de Processo Civil: qualquer documento público assinado pelo devedor é título executivo. Não há, nesses casos, uma descrição rigorosa, rígida, exaustiva, minuciosa do tipo, enquadrando-se na hipótese legal todos aqueles que se assemelhem à previsão normativa. É por isso que, como lembra José Miguel Garcia Medina¹⁶:

na jurisprudência a maior parte dos problemas relacionados à configuração do título executivo ocorre na hipótese descrita no inciso II do art. 585 do CPC, justamente porque se trata de tipo aberto, sem rigor ou rigidez na descrição da definição legal.

1.5 - Atributos da obrigação representada no título executivo

Como já foi dito, para que se proponha a execução, é preciso que haja um título executivo, judicial ou extrajudicial. No entanto, é necessário também que o título além de encartar-se numa das hipóteses dos artigos 475-N e 585 do Código de Processo Civil, deve ainda representar uma obrigação certa, líquida e exigível.

1.5.1 - Certeza

A certeza constitui o pré-requisito dos demais atributos, significando dizer que só há liquidez e exigibilidade, se houver certeza. Diz-se que há certeza quando do título se infere a existência da obrigação.

Quando a obrigação estiver expressamente representada no título, significa que há certeza. Assim, é certa a obrigação, se não depender de qualquer elemento extrínseco para ser identificada.

¹⁴ DIDIER, Fredie *et al.* **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 152.

¹⁵ DIDIER, Fredie *et al.* **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 153.

¹⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 87.

Segundo Teori Albino Zavascki¹⁷, para aferição da certeza da obrigação, necessário observar se, pela simples leitura do título, pode-se perceber que há uma obrigação contraída, podendo-se, ainda, constatar quem é o credor, o devedor e quando deve ser cumprida. Se assim ocorrer, haverá, então, certeza da obrigação.

1.5.2 - Liquidez

Além da certeza, deve haver também a liquidez e a exigibilidade. A liquidez pressupõe a certeza. Enquanto a certeza diz respeito à existência da obrigação, a liquidez refere-se à determinação de seu objeto. Segundo Araken de Assis¹⁸, a liquidez importa expressa determinação do objeto da obrigação. Sem discordar, Humberto Theodoro¹⁹ leciona que:

A liquidez consiste no plus que se acrescenta à certeza da obrigação. Por ela demonstra-se não somente se sabe que 'se deve', mas também 'quanto se deve'.

Segundo Pontes de Miranda²⁰, diz-se que o crédito é líquido quando, além de claro e manifesto, dispensa qualquer elemento extrínseco para se aferir seu valor ou para determinar o seu objeto. No mesmo sentido, leciona Rodrigo Mazzei²¹ que a liquidez está presente quando:

Há possibilidade de se alcançar os seus contornos através de elementos que constem internamente no instrumento em que foi fixada a obrigação.

Assim, como o título extrajudicial deve dispensar qualquer elemento extrínseco para determinação de seu objeto e aferição do seu valor, sempre conterà uma obrigação líquida. Já os títulos judiciais podem representar uma obrigação líquida ou ilíquida. Nesse último caso, antes de ser instaurado o procedimento do cumprimento de sentença (desde que haja também exigibilidade, como se verá a seguir), deverá ser instaurada a liquidação de sentença.

17 ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo de Execução – parte geral**. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

18 ASSIS, Araken. **Manual do Processo de Execução**. 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.140.

19 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo de Execução**. 19 ed. São Paulo: LEUD, 1999. P. 174.

20 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, t.3.

21 MAZZEI, Rodrigo et al. **Reforma do CPC 2**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 93.

1.5.3 - Exigibilidade

Ao lado da certeza e da liquidez, cumpre que haja, ainda, a exigibilidade. Para que haja a exigibilidade, é preciso que exista o direito à prestação (certeza da obrigação) e que o dever de cumpri-la seja atual. Ou seja, não estando sujeita a termo ou a condição suspensiva, a obrigação é exigível.

A exigibilidade não é elemento intrínseco do título executivo, como o são a certeza e a liquidez²², uma vez que aquele atributo remete ao exame do vencimento da obrigação, que é uma situação externa (ainda que com previsão no corpo do título).

Conceituando a exigibilidade como elemento extrínseco, Rodrigo Mazzei²³ assevera:

A falta de exigibilidade poderá não afetar o átomo do título executivo, seus elementos intrínsecos (certeza e liquidez), haja vista que a primeira – como elemento externo – não pode imiscuir-se com estes, diante de posições fincadas em planos distintos. Assim, é perfeitamente possível a afirmação de que determinado litigante possui um título executivo sem exigibilidade, mas será absolutamente inviável se dizer que o credor possui um título executivo exigível que não é certo, haja vista que o núcleo interno do título demanda a conjunção da certeza e da liquidez.

2 - EXECUÇÃO PROVISÓRIA

2.1 - Considerações Iniciais

Execução provisória é aquela fundada em título judicial não transitado em julgado. Com ela tem-se o adiantamento da atividade executiva, uma vez que o título ensejador da execução ainda não foi imantado pela definitividade. Chama-se provisória, portanto, a execução fundada em título judicial na pendência de recurso aviado contra o provimento com eficácia executiva.

²² SHIMURA, Sérgio. **Título Executivo**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 143

²³ MAZZEI, Rodrigo *et al.* **Reforma do CPC 2**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 96.

Para conceituação do instituto, Paulo Henrique dos Santos Lucon²⁴ se vale dos conceitos propostos pelos italianos V. Carpi e Impagnatiello, respectivamente:

*Execução provisória é a antecipação da eficácia executiva ou da atuação da sentença ou de outros provimentos judiciais, de acordo com o momento e o grau de maturidade que a lei considera como sendo normal. (V. Carpi, **La provvisoria esecutorietà della sentenza**, p.3)*

*É uma forma de antecipação dos efeitos próprios da sentença transitada em julgado. (Impagnatiello, **La provvisoria esecutorietà delle sentenze costitutive**, p.85-86).*

Por sua vez, Cássio Scarpinella Bueno²⁵ considera que:

*A execução provisória será 'execução' precipitada no tempo em que, normal e usualmente, deveria ocorrer, ou seja, após o trânsito em julgado da sentença que forma o título executivo. (**Execução provisória e antecipação de tutela**, p. 161).*

Na execução provisória, há uma antecipação de alguns efeitos jurídicos do provimento final, na medida em que permite que o credor efetive uma decisão que lhe foi favorável, ainda que tenha sido impugnada por recurso. Justifica-se como forma de compensá-lo pelo fato de o vencido (devedor) ter recorrido. Além disso, desestimula a interposição de recursos meramente protelatórios, no intuito de postergar indefinidamente o início da atividade executiva.

No entanto, a execução provisória nem sempre foi entendida dessa maneira. Nos dizeres de Fredie Didier²⁶:

A execução provisória passou por uma considerável remodelação nos últimos anos, para chegar ao atual estágio de desenvolvimento normativo e conceitual.

Antes da Lei 10.444/02, no regramento primitivo dado à execução provisória pelo artigo 588 do Código de Processo Civil, a execução provisória distinguia-se da definitiva pela impossibilidade de o credor-exequente

24 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Eficácia das decisões e execução provisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 207-208.

25 BUENO, Cassio Scarpinella Bueno. **Execução Provisória e antecipação de tutela**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 161.

26 DIDIER, Fredie *et al.* **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 39.

chegar à fase final, alcançando o resultado material pretendido. Era uma execução denominada pela doutrina de incompleta. Nos dizeres de Paulo Henrique dos Santos Lucon²⁷:

Na verdade, a sistemática do Código de Processo Civil de 1973 prevê uma execução provisória incompleta, de nítido caráter preparatório ou, quando muito, preventivo ou acautelatório, já que não permite a plena realização do direito, mas apenas a atribuição do bem constricto para a futura satisfação do exequente, que depende sempre do trânsito em julgado da decisão.

Com a advento das Leis n. 10.444/2002 e 11.232/2005, passou a ser possível que, mesmo em execução provisória, se atinja a fase final do procedimento executivo, ainda que sob condições diferentes (que se verá adiante), podendo ambas ser completas.

Portanto, com o advento das referidas leis, apesar de o critério de diferenciação continuar sendo o mesmo, ou seja, a estabilidade do título executivo em que se funda a execução continua sendo determinante para a natureza da execução - se se tratar de decisão acobertada pela coisa julgada material, a execução é definitiva; em se tratando de decisão judicial ainda passível de alteração, em razão da pendência de recurso contra ela interposto, a que não tenha sido atribuído efeito suspensivo, a execução é provisória -, o que mudou foi a abrangência e os efeitos da execução provisória, cada vez mais próxima à execução definitiva.

Assim, se antes a execução provisória não permitia a plena realização do direito, hoje, tanto a execução definitiva, quanto a provisória são capazes de propiciar a perfeita satisfação do crédito exequendo.

2.2 - Cabimento

A execução provisória encontra aplicação em duas situações que a justificam. Na primeira delas, para a definitividade do título, faz-se necessário um ato confirmador por órgão hierárquico superior, mediante o não conhecimento ou desprovemento do recurso. A execução é provisória porque o título que a justifica não é definitivo, ou melhor, não é ainda de-

²⁷ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 212.

finitivo e não se sabe objetivamente se no futuro virá a ter esse atributo. É o caso da sentença impugnada por recurso de apelação recebida apenas no efeito devolutivo (artigo 475-I, § 1º, do Código de Processo Civil).

Na segunda hipótese, proferida decisão provisória por meio de cognição não exauriente, ou seja, por meio de cognição superficial ou sumária, interposto ou não contra ela recurso, os efeitos desse ato decisório são desde logo sentidos pelas partes litigantes. Aqui, a decisão deverá necessariamente ser confirmada por outra decisão a ser proferida pelo mesmo órgão jurisdicional prolator do provimento provisório. É o caso da tutela antecipada prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil.

As referidas hipóteses de aplicação podem ser desdobradas. Segundo Araken de Assis²⁸, comportam execução provisória, ante a ausência de efeito suspensivo do respectivo recurso, os seguintes atos decisórios: a) as sentenças de força condenatória, executiva e mandamental na pendência de apelação recebida tão só no efeito devolutivo; b) a sentença atacada por apelação não recebida em primeiro grau e na pendência de agravo de instrumento contra esta última decisão; c) as decisões interlocutórias; d) acórdãos unânimes e não embargados, mas impugnados através de recurso especial e de recurso extraordinário (artigo 542 do Código de Processo Civil).

2.3 - Regime jurídico

A execução provisória, em virtude da provisoriedade do título em que se funda, exige algumas precauções. Assim, orienta-se por algumas regras que lhe são próprias, previstas no artigo 475-O, CPC – introduzido pela Lei n. 11.232/2005, que revogou os arts. 588 a 590 do CPC, em sua redação originária, conforme se explicitará a seguir.

2.3.1 - Requerimento do credor

A execução provisória sempre depende de requerimento do credor, devendo o exequente desencadeá-la, ao contrário do que ocorre, por exemplo, no ordenamento jurídico alemão, em que o juiz pode instaurá-la *ex officio*.

O legislador, ao exigir prévio requerimento do credor (artigo 475-O,I), agiu acertadamente. Primeiro porque as investigações do exequente podem revelar a tendência de a execução se mostrar infrutífera, uma vez

28 ASSIS, Araken. **Cumprimento de Sentença**. Rio de Janeiro:Forense, 2006, p. 144.

constatada a ausência de bens penhoráveis; segundo porque o prognóstico feito pelo exequente pode apontar a elevada possibilidade de provimento do recurso pendente e a conseqüente anulação ou reforma do título; e finalmente, e mais importante, porque o exequente deve ponderar que, se acaso seja extinta a execução, responderá objetivamente pelos danos causados ao devedor (o que se verá adiante). Portanto, a instauração da execução provisória é uma escolha do credor, dependendo única e exclusivamente da sua iniciativa.

O credor exequente deverá formular seu requerimento por meio de petição escrita com as seguintes peças obrigatórias, segundo o artigo 475-O, §3º, I a IV: a) sentença ou acórdão exequendo; b) certidão de interposição do recurso não dotado de efeito suspensivo; c) procurações outorgadas pelas partes; d) decisão de habilitação, se for o caso. O mesmo artigo também facultou a juntada de peças que o exequente considere necessárias.

No que tange a supracitada alínea “b”, importante a transcrição dos comentários de Carlos Alberto Alvaro Oliveira²⁹:

*Apesar de o art. 475-O, §3º, II, mencionar ‘certidão de interposição do recurso não dotado de efeito suspensivo’, o **caput** corretamente alude a cópia. De tal sorte, dentro do sentido de formalizador que presidiu a alteração ora comentada, basta cópia da certidão de interposição do recurso ou do carimbo autenticador da interposição, autenticada pelo advogado, com as cautelas legais.*

Importante ressaltar que as cópias dos referidos documentos obrigatórios não precisam ser autenticadas pelo escrivão ou tabelião, sendo suficiente que o advogado do credor as declare autênticas sob sua responsabilidade pessoal, segundo o artigo 475-O, § 3º. Com isso, o legislador inovou, colocando fim à necessidade de formação da carta de sentença, abolindo essa vetusta burocracia cartorária.

2.3.2 - Prestação de caução

Exatamente em razão da provisoriedade do título em que se funda a execução provisória, a lei adota algumas precauções, dentre elas a exigência de prévia prestação de caução para prática de alguns atos executórios.

29 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **A nova Execução**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 209.

No entanto, nem sempre foi assim. Antes da vigência da Lei n. 10.444/2002, a caução era exigida para a própria instauração da execução provisória e não para a prática de alguns atos, como prevê o artigo 475-O, III.

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira³⁰ explica a evolução da exigência da caução no ordenamento jurídico:

Na vigência da redação primitiva do CPC, tanto a doutrina, quanto a jurisprudência exigiam a prestação da caução quando da propositura da execução provisória. Em face da evolução jurisprudencial posterior, especialmente por obra do STJ, antes mesmo da entrada em vigor da Lei n. 10.444, de 7.5.2002, passou-se a exigir caução somente na hipótese de alguma possibilidade de dano real e não meramente hipotético. Depois da edição da Lei n. 10.444, de 2002, fielmente reproduzida no diploma legal ora comentado, dissipou-se qualquer dúvida. A caução não é mais exigida no simples início da execução provisória, mas tão somente se ocorrer algum dos atos enumerados no art. 475-O,III, CPC.

Desta forma, segundo o artigo 475-O,III, 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, c) praticar atos dos quais possam resultar grave dano ao executado.

Paulo Henrique dos Santos Lucon³¹ define a caução:

A caução constitui um legítimo instrumento de contrapeso, que tem o escopo de assegurar a responsabilidade patrimonial do causador do dano, daí ser destinada a funcionar como cautela contra o perigo derivante da execução provisória de um provimento judicial. Importante pontuar que a própria execução provisória tem por fim acautelar o perigo resultante da demora inerente à obtenção de um provimento principal definitivo. Por isso que, em tais casos, a caução representa uma forma legítima de tutelar valores jurídicos de igual dimensão. Correto, portanto, afirmar que a caução constitui a cautela da cautela ou simplesmente contracautela.

30 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **A nova Execução**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 201.

31 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Eficácia das decisões e execução provisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 414.

Há casos, porém, em que a caução deve ser dispensada pelo juiz, conforme prevê o artigo 475-O, §2º, incisos I e II. Em primeiro lugar, a caução é dispensada quando se tratar de execução de crédito de natureza alimentar ou de ato ilícito, cujo valor não exceda a 60 salários mínimos, desde que o exequente se mostre em situação de necessidade – que, no caso de crédito alimentar, se presume. Em segundo lugar, a caução é dispensável quando estiver pendente agravo de instrumento contra decisão que não admitiu recurso especial ou recurso extraordinário. Justifica-se a isenção da contracautela, neste caso, não só como forma de inibir a interposição de recurso protelatório, como também por haver uma grande probabilidade de o título tornar-se definitivo, com o trânsito em julgado da decisão.³²

Muitos doutrinadores defendem a flexibilização da exigência de caução na execução provisória nos casos de hipossuficiência econômica do credor quando essa imposição dificultar extremamente ou impedir a prática de um direito. Paulo Henrique dos Santos Lucon³³ entende que o juiz deve valorar caso a caso os fatos que envolvem a causa, verificando o prejuízo decorrente da realização dos efeitos emergentes da decisão sem a prestação da caução. Assim, se o risco da irreversibilidade é menor do que o suportado pelo beneficiário da tutela antecipada e da sentença ou acórdão recorridos, não tendo meios de prestar a caução, ela deve ser dispensada. Entendimento contrário iria de encontro aos ditames constitucionais (CF/88, artigo 5º, XXXV e LIV).

Fredie Didier³⁴, também defendendo a flexibilização da exigência da caução, alerta que a dispensa da caução não deve ser admitida apenas porque o credor não tem condições econômicas, o que seria uma medida assistencialista em seu favor, mas sim se aliado a isso o juiz perceber que as chances de êxito da execução são reais. Para tanto, considera que o juiz deve se utilizar do princípio da proporcionalidade, dando uma interpretação teleológica ao artigo. 475-O, III, atentando para sua finalidade real.

Araken de Assis³⁵, seguindo essa linha de entendimento, relembra que:

Já se defendeu em situações análogas que restrições desse teor dificilmente se harmonizam com o direito à tutela jurí-

32 DIDIER, Fredie *et al.* **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 201.

33 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Eficácia das decisões e execução provisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 416.

34 DIDIER, Frde *et al.* **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 202.

35 ARAKEN de Assis. **Cumprimento de Sentença**. Rio de Janeiro, 2006: Forense. p. 154.

dica do Estado, pré-excluindo a larga maioria da população, situada bem próxima da constrangedora linha de miserabilidade, da pretensão de executar provisoriamente.

2.3.3 - Impugnação do executado

Nos moldes do artigo 475-J, § 1º, realizada a penhora e intimado o executado, ainda que se trate de execução provisória, fluirá prazo de quinze dias para o executado, querendo, impugnar a pretensão executiva. No entanto, só poderá alegar em defesa as hipóteses taxativamente previstas no artigo 475-L do Código de Processo Civil.

Dessa forma, tem-se que os motivos da impugnação deduzida pelo executado jamais coincidirão com as questões submetidas a julgamento no recurso pendente contra a sentença exequenda.

2.3.4 - Reforma ou anulação do título: retorno ao estado anterior

Do julgamento do recurso pendente, duas situações podem acontecer: ou o executado obtém êxito no recurso pendente, ou então o provimento exequível se torna firme pela aquisição da eficácia de coisa julgada. Neste último caso, a execução provisória se transformará automaticamente em definitiva, assumindo a estabilidade inerente a tal condição e, conforme a etapa que alcançou, extinguir-se-á o processo, desfazendo a caução prestada. Caso contrário, provido o recurso pendente, importa distinguir entre a reforma parcial ou total.

Assim, sendo o título, em grau de recurso, anulado ou reformado integralmente, a execução será extinta, conforme preconiza o artigo 475-O, II, do Código de Processo Civil. Nessa hipótese, as partes devem retornar ao estado anterior à execução provisória, e eventuais prejuízos injustamente sofridos pelo devedor deverão ser liquidados por arbitramento nos próprios autos da execução. Liquidados os danos, o valor resultante deverá ser cobrado nos mesmos autos, pelo procedimento de execução que mais bem se adapte às circunstâncias.³⁶

Araken de Assis³⁷ explica como se dá o retorno ao estado anterior:

Significa a volta ao estado prístino o dever de o exequente restituir as quantias recebidas, com correção e juros, sob pena

³⁶ DIDIER, Fredie *et al.* **Curso de Direito Processual Civil – Execução**. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 196.

³⁷ ASSIS, Araken. **Cumprimento de Sentença**. Rio de Janeiro, 2006: Forense, p. 159.

de sofrer execução; liberam-se os bens penhorados e ainda não alienados; desconstitui-se o usufruto forçado, perante o qual se segue idêntico dever de reembolsar as quantias recebidas; restitui-se a coisa levantada; e libera-se o executado do comportamento devido, desfazendo-se os atos materiais dele consequentes (por exemplo, demolindo o muro ou retornando a linha divisória ao seu traço original).

Importante destacar que antes da Lei n. 10.444/02, dispunha o artigo 588, inciso III, do Código de Processo Civil que as coisas deveriam ser restituídas ao estado anterior. Hoje, no entanto, o artigo 475-O, II, do Código de Processo Civil prevê que as pessoas é que devem ser repostas ao estado anterior à execução provisória se o título for anulado ou reformado.

Humberto Theodoro Jr.³⁸ faz importante reflexão sobre a citada nova redação do artigo 475-O,II:

*Mais uma vez, portanto, a **mens legis** evidencia que a provisoriedade se passa entre as partes do processo e não atinge terceiros que legitimamente tenham adquirido a propriedade dos bens executados.*

É por essa razão, conclui o autor, que se os bens do devedor foram transferidos por arrematação a terceiros, o exequente não terá que devolvê-los ao executado, mas, sim, indenizá-lo por sua perda.

Já no caso do recurso ser julgado parcialmente procedente, sendo o título anulado ou reformado de forma parcial, a execução ficará, nesta parte, sem efeito, conforme prevê o artigo 475-O, §1º, aplicando-se as disposições supracitadas, com devido retorno ao estado anterior. Na parte restante, por sua vez, continuará válida e eficaz a execução, que passara a transcorrer agora em definitivo, em virtude do trânsito em julgado, assumindo a estabilidade inerente a tal condição.

2.4 - Responsabilidade objetiva do exequente

A execução provisória, sobretudo pelo fato de ser fundada em título precário, corre por conta e risco do credor. O credor-exequente responderá, objetivamente, pelos prejuízos causados ao executado, se porventura o seu título for cassado ou alterado.

38 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, 39 ed. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 88.

Paulo Henrique dos Santos Lucon³⁹ e Araken de Assis⁴⁰ se valem dos ensinamentos de Chiovenda para considerarem que seria um tremendo contrassenso permitir que o executado saia no prejuízo, haja vista que nada fez para provocar o dano e muito menos se encontrava em posição de impedi-lo.

A forma de ressarcimento do devedor depende do tipo de prestação efetivada⁴¹. Assim, sendo prestação de pagar quantia, operar-se-á com a devolução dos bens (caso tenham sido adjudicados pelo credor) e valores expropriados na execução, juntamente com o pagamento de uma indenização pelos prejuízos sofridos em razão da privação da fruição do bem ou com danos causados à coisa restituída. Se porventura os bens expropriados já tiverem sido transferidos para terceiros, cabe ao credor indenizar o devedor pela perda do bem.

Araken de Assis⁴² faz uma ressalva, no entanto, quanto ao dever de indenizar no tocante à prestação de pagar quantia, no caso da execução de crédito alimentar:

Todavia, o dever de indenizar se afigura eventual: a execução de crédito alimentar, por exemplo, não o enseja, pois os alimentos em princípio se ostentam irrepetíveis.

Tratando-se de obrigação de prestação de entregar coisa, dar-se-á com a restituição da coisa e com o pagamento de uma indenização pelos prejuízos sofridos – uma compensação pelo período em que o credor não pode da coisa fruir e compensação por eventuais danos. Na hipótese de já ter sido transferido para terceiros, restituir-se-á o valor pecuniário equivalente.

Em caso de prestação de fazer, o exequente deve desfazer a prestação positiva por sua conta e risco, bem como compensar o executado com eventuais gastos com material, equipamento e contratação de pessoal. Não sendo isso possível deverá reembolsar o devedor pelo equivalente pecuniário.

Já na hipótese de obrigação de não fazer, deve-se, na medida do possível, eliminar os efeitos da conduta negativa do devedor, recompensando-o pecuniariamente por prejuízos experimentados.

39 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Eficácia das decisões e execução provisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 420.

40 ASSIS, Araken. **Cumprimento de Sentença**. Rio de Janeiro, 2006: Forense. p. 151.

41 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Eficácia das decisões e execução provisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 418-419.

42 ASSIS, Araken. **Cumprimento de Sentença**. Rio de Janeiro, 2006: Forense. p. 159.

Teori Albino Zavascki⁴³ defende que, em qualquer das hipóteses, nada impede que se imponha ao credor o pagamento de uma indenização por danos morais eventualmente suportados pelo devedor, caso a execução tenha sido ruidosa a ponto de lhe lesar a honra, bem como sua dignidade.

3 - A EXECUÇÃO DE TÍTULOS EXECUTIVOS EXTRAJUDICIAIS SOBRE A QUAL SE APLICAM AS REGRAS DA PROVISÓRIA EXEQUIBILIDADE

3.1 - Entendimento doutrinário e jurisprudencial à época da antiga redação do artigo 587 do Código de Processo Civil

A redação anterior do artigo 587 do Código de Processo Civil dispunha:

Art. 587. A execução é definitiva, quando fundada em sentença transitada em julgado ou em título extrajudicial; é provisória, quando a sentença for impugnada mediante recurso, recebido só no efeito devolutivo.

Da literal leitura do dispositivo supra, extraía-se que a execução de título executivo extrajudicial era definitiva, não se vislumbrando hipótese de interpretação diversa. Assim, a execução que se iniciava definitiva chegava ao seu fim também de forma definitiva, não se admitindo hipótese de transmutação de definitiva em provisória ao decorrer da execução.

Ocorre, no entanto, que, a despeito dessa definitividade inicial, nada impedia que, posteriormente, esse título fosse modificado, ou até extinto, em razão da oposição de embargos pelo executado.

Diante dessa situação, podia-se afirmar que tais títulos, ao serem opostos embargos pelo executado, passavam a uma situação de instabilidade, uma vez que a função primordial dos embargos opostos pelo executado é, justamente, questionar o direito do exequente materializado no título extrajudicial.

Assim, podia-se dizer que uma vez opostos os embargos, os títulos executivos extrajudiciais passavam a não gozar da mesma credibilidade outorgada aos títulos judiciais pela coisa julgada material⁴⁴.

⁴³ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo de Execução: parte geral**. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 442.

⁴⁴ PIRES, Jorge Antônio Cheim. "A execução provisória de título executivo extrajudicial: em defesa do novo art. 587 do CPC". **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 48, p. 50, mar. 2007.

Em razão dessa volubilidade dos títulos extrajudiciais, formou-se um debate tanto na doutrina quanto na jurisprudência pátria acerca da natureza da execução baseada em título executivo extrajudicial quando houvesse sido interposta apelação pelo executado contra a sentença que julgou improcedentes os embargos por ele opostos.

Tal controvérsia residia, portanto, no fato de o próprio título embassador da execução definitiva, qual seja, o extrajudicial, ser ainda possível de modificação, haja vista a pendência de recurso que poderia modificar a sentença, modificando ou declarando inexistente o título executivo.

Parte da doutrina, francamente minoritária, defendia a exequibilidade provisória do título executivo extrajudicial na pendência de apelação contra sentença que julgou improcedentes os embargos, sob o principal argumento de que se o próprio direito do credor fundamentado no título estava pendente de julgamento, a execução só poderia ser provisória, haja vista que a definitiva pressupunha uma situação de imutabilidade e segurança, que só seria alcançada após o julgamento da apelação⁴⁵.

Nos dizeres de Jorge Antônio Cheim Pires⁴⁶:

Essa é a razão pela qual, mesmo antes do advento da Lei nº 11.382/06, já ecoavam vozes na doutrina, admitindo a provisoriedade dessa execução, sob o fundamento de não ser possível proceder-se a uma mera interpretação literal do art. 587 do CPC.

Por outro lado, doutrina majoritária entendia que os títulos executivos extrajudiciais não eram passíveis de provisória exequibilidade, sob o principal argumento de que o direito positivo não admitia a transformação de uma execução definitiva em provisória. Cândido Rangel Dinamarco afirmava⁴⁷:

Os títulos executivos extrajudiciais ou tem executividade plena, capaz de sustentar uma execução definitiva, ou não tem executividade alguma e não são, portanto, títulos executivos.

45 Defendiam a execução provisória de títulos extrajudiciais ainda sob a égide da antiga redação do artigo 587 do CPC: Vicente Greco Filho (**Direito Processual Civil Brasileiro**. v. 3, 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 35), Frederico Marques (**Manual de Direito Processual Civil**. v. 4. Campinas: Bookseller, 1997, p. 83), Humberto Theodoro Júnior (**Curso de Direito Processual Civil**. v. 2, 29ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 21).

46 PIRES, Jorge Antônio Cheim. "A execução provisória de título executivo extrajudicial: em defesa do novo art. 587 do CPC". **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 48, p. 50, mar. 2007.

47 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 4. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 762.

Jorge Antônio Cheim Pires elenca os principais argumentos aduzidos pela referida doutrina majoritária para defender a definitividade da execução, na hipótese de apelação interposta contra a sentença que julgou improcedentes os embargos, antes ainda do advento da Lei 11.232/2006 que mudaria a redação do artigo 587 do Código de Processo Civil⁴⁸. São eles:

a) não havia que se falar em execução provisória, porque a decisão que julgava improcedentes os embargos do executado tinha natureza declaratória negativa, logo, insuscetível de execução, ressalvando-se os capítulos acessórios; b) o efeito executivo que fora suspenso pelo recebimento dos embargos do executado (antigos artigos. 739, parágrafo 1º, e 791, nº I), e que recomençava a produzir-se apesar da interposição da apelação, era do título extrajudicial, que tinha natureza definitiva; c) não era possível que uma execução que se iniciava definitiva convolvesse em provisória. Caso contrário, estar-se-ia conferindo mais força à interposição do recurso do que a própria lei confere aos títulos executivos extrajudiciais; d) o legislador, ao emprestar definitividade a determinados títulos (art. 585), equiparou-os às sentenças transitadas em julgado, o que também se revela da redação do próprio artigo 587, 1ª parte; e) a probabilidade de existência do direito do exequente era enorme, pois, além de possuir um título executivo, tinha ainda, a seu favor, a sentença dos embargos que havia confirmado a executividade desse título. Não se podia, dessa forma, temer eventual execução definitiva só pela escassa probabilidade de provimento do recurso de apelação interposto contra a decisão que julgara os embargos⁴⁹. f) a execução definitiva, de outro lado, não causava sérios prejuízos ao embargante-executado mesmo na hipótese de provimento do recurso interposto contra a sentença que julgara

48 PIREZ, Jorge Antônio Cheim. "A execução provisória de título executivo extrajudicial: em defesa do novo art. 587 do CPC". *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 48, p. 50, mar. 2007.

49 No mesmo sentido, Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes defende que o maior argumento para não se cogitar em execução provisória, é a dupla presunção de crédito do exequente: "E no confronto entre a efetividade da prestação jurisdicional executiva e a segurança do patrimônio do executado, a lei fez opção pela primeira. E fez de maneira ponderada, pois a essa altura o credor já irá dispor de dupla presunção de crédito: a primeira resultante do título; a segunda, do julgamento da ação de embargos em primeiro grau, precedido de pleno contraditório e ampla defesa. (A execução Provisória sob o enfoque da efetividade da prestação jurisdicional. *Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, p. 417.)

improcedentes seus embargos. Havendo perigo de a execução definitiva causar danos irreparáveis, devido à demora no julgamento da apelação (periculum in mora), e, ademais, sendo relevante a fundamentação do recurso ou frágeis os argumentos contidos na sentença de improcedência dos embargos (fumus boni iuris), poderia o devedor requerer ao relator a suspensão do cumprimento dessa decisão, até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara, nos moldes do artigo 558 do Código de Processo Civil, ou até mesmo poderia o devedor propor demanda cautelar junto ao tribunal para evitar risco de lesão, nos moldes do artigo 800, parágrafo único do diploma processual.

A jurisprudência caminhava no mesmo sentido da corrente doutrinária majoritária, conforme se nota nas ementas dos julgados abaixo colacionados - de 1998 até 27/11/2006, véspera da entrada em vigor da Lei 11.382 de 06/12/2006:

EMENTA

EXECUÇÃO FUNDADA EM TÍTULO EXTRAJUDICIAL – EMBARGOS JULGADOS IMPROCEDENTES – APELAÇÃO – EFEITO APENAS DEVOLUTIVO (ARTIGO 520, v, CPC) – PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO EXECUTIVA EM CARÁTER DEFINITIVO (ART. 587, CPC) – PRECEDENTES – RECURSO PROVIDO

I. É definitiva a execução por título extrajudicial mesmo quando pendente de julgamento recurso contra sentença que julgou improcedentes os embargos do executado. (grifo meu)

II. Recurso conhecido e provido.⁵⁰

EMENTA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA – PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO FUNDADA EM TÍTULO EXTRAJUDICIAL – EMBARGOS DO DEVEDOR – APELAÇÃO PENDENTE DE JULGAMENTO – DEFINITIVIDADE – CPC, ART. 587 – PRECEDENTE DA EG. 1ª SEÇÃO (ERESP. 268.544/SP).

50 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 169.643/SP. 3ª Turma. Relator MINISTRO WALDEMAR ZVEITER. Julgado em 10/05/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 14/05/2010.

- A execução é definitiva quando fundada em título extrajudicial (CPC, art. 587).
- A interposição de apelação contra decisão de improcedência dos embargos à execução não tem o condão de afastar a sua definitividade. (grifo meu).
- Embargos de divergência acolhidos.⁵¹

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. IMPROCEDÊNCIA. APELAÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO. EXECUÇÃO DEFINITIVA (ARTS. 520, V, E 587, DO CPC).

I. A apelação interposta da sentença de improcedência dos embargos do devedor surte efeito apenas devolutivo, como dispõe o art. 520, V, da Lei Instrumental Civil, devendo prosseguir a ação executiva de forma definitiva, de acordo com a norma do art. 587 do referido diploma. (grifo meu)

*II. Recurso especial não conhecido.*⁵²

Diante da forte posição doutrinária e de reiteradas decisões do STJ⁵³, este Sodalício editou Súmula nº 317 com o seguinte teor: “É definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julgue improcedentes os embargos”⁵⁴.

3.2 - A nova redação do artigo 587 do CPC: uma interpretação sistemática

A Lei número 11.382, de 6 de dezembro de 2006, alterou a redação do artigo 587 do Código de Processo Civil, para incluir expressamente no ordenamento jurídico pátrio a possibilidade de um título executivo extrajudicial ser executado de forma provisória – na contramão da doutrina

51 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 399.618/RJ. 3ª Turma. Relator MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS. Julgado em 08/09/2003. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 14/05/2010.

52 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 768.086/SP. 4ª Turma. Relator MINISTRO ALDIR PASARINHO JUNIOR. Julgado em 27/11/2006. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 14/05/2010.

53 Além das ementas colacionadas no presente trabalho, ver também: REsp 183.055/SP4ª T., Min. Barros Monteiro, DJU 14.12.1998; AGREsp 182.986/SP, rel. Min. Eliana Calmon, DJU 18.03.2002; REsp 527354/RS, rel. Min. Franciulli Neto, DJ 25.10.2004

54 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n.º 317**. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 10.maio 2004.

e jurisprudência majoritárias -, na hipótese de apelação contra sentença que julgou improcedentes os embargos do executado, desde que esses tenham sido recebidos no efeito suspensivo (nos moldes do artigo 739-A):

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

Primeiramente, para que não parem dúvidas, é preciso destacar que há um equívoco formal no dispositivo quando faz remissão ao artigo 739 do Código de Processo Civil, uma vez que esse artigo não trata do efeito suspensivo dos embargos à execução – matéria a que a parte final do artigo 587 está atrelada – cuidando em verdade, das hipóteses de rejeição liminar dos embargos⁵⁵. Análise cuidadosa demonstra que a projeção feita no artigo 587 se refere, na verdade, ao artigo 739-A, regra que prevê os contornos sobre o efeito suspensivo dos embargos⁵⁶.

Da leitura do artigo 587 do Código de Processo Civil, extrai-se que a execução de título extrajudicial inicia-se em caráter definitivo, podendo, no entanto, transformar-se em provisória ao decorrer da execução. Assim, não se pode afirmar que o exequente trilhará todo o caminho da execução de forma definitiva com apenas o ajuizamento da ação executiva, como ocorria na época da antiga redação do artigo 587⁵⁷.

Assim, é importante destacar que a quebra da sequência privilegiada da execução definitiva se iniciará, eventualmente, com a concessão de efeito suspensivo provocado aos embargos, consoante artigo 739-A do CPC, que refletirá futuramente no momento da apelação contra sentença

55 “Art. 739. O juiz rejeitará liminarmente os embargos: I - quando intempestivos; II - quando inepta a petição (art. 295); ou III - quando manifestamente protelatórios.

56 Art. 739-A. Os embargos do executado não terão efeito suspensivo. § 1º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes. §2º (...)

57 “A execução de título extrajudicial era definitiva (cf. a antiga redação do art. 587 do CPC); apresentados os embargos, a execução ficava suspensa (mas sem perder o seu caráter de definitividade), pois o §1º do art. 739 do CPC era imperativo ao determinar a recepção dos embargos à execução com efeito suspensivo, bastando que fossem aceitos (preenchidos os requisitos do juízo de admissibilidade). Em caso de rejeição dos embargos, o efeito especial conferido pelo §1º do art. 739 do CPC era subtraído, conforme expressa previsão do art. 520, V, do CPC, de modo que a execução somente se manteria travada caso fosse concedido o excepcional efeito suspensivo provocado ao apelo do executado. Observe-se, de toda sorte, que mesmo quando o efeito suspensivo era agregado à apelação, tal situação não importava na perda da definitividade da execução, pois a concessão do efeito suspensivo provocado teria o condão apenas de congelar a execução (paralisá-la) e não de torná-la provisória”. (MAZZEI, Rodrigo *et al.* **Reforma do CPC 2**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007).

de improcedência dos embargos, tendo o condão de embaraçar o caminho definitivo da execução.

De acordo com o citado artigo 739-A, parágrafo 1º, os embargos poderão ser recebidos no efeito suspensivo, paralisando a execução. Em momento posterior, se o pedido contido nos embargos for julgado procedente, será mantida a situação de ineficácia da execução. Por outro lado, caso os embargos sejam rejeitados e o executado se insurja contra este julgamento (apelando), a execução poderá prosseguir, embora de forma provisória. Ou seja, o efeito suspensivo concedido aos embargos por força do artigo 739-A continua se projetando no processo ainda que os próprios embargos tenham sido julgados improcedentes, pois, caso haja apelação contra essa sentença, a execução só prosseguirá de forma provisória se anteriormente – no momento da cognição sumária do magistrado - os embargos tiverem sido recebidos no efeito suspensivo.

O artigo 587 também mantém diálogo com todo artigo 739-A, não apenas com o *caput* e §1º, que trata do efeito suspensivo. Assim, da leitura do §6º, extrai-se que a execução por título extrajudicial tem marcha sem barreiras durante toda a sua fase inicial, de modo que os embargos, mesmo quando recebidos com efeito suspensivo, não impedirão a prática dos atos executórios vinculados à penhora e à avaliação⁵⁸.

Dessa forma, da leitura conjugada do artigo 685 do diploma processual⁵⁹ só há que se cogitar em execução provisória no momento dos atos processuais executórios de natureza expropriatória, somente ficando autorizada a retomada da trilha executiva se o exequente importar para as etapas seguintes os regramentos pertinentes à execução provisória.

Assim, a primeira conclusão importante a que se chega é que a execução definitiva de títulos extrajudiciais, na hipótese prevista na segunda parte do artigo 587 do CPC, terá seu *iter* alterado, para assumir o regramento previsto no artigo 475-O (da execução provisória) apenas no hiato que vai entre a penhora e avaliação até a finalização da execução, que é a satisfação da obrigação certa, líquida e exigível contida no título extrajudicial, enquanto o recurso de apelação interposto não venha a ser julgado.

58 § 6º A concessão de efeito suspensivo não impedirá a efetivação dos atos de penhora e de avaliação dos bens.

59 Art. 685. Após a avaliação, poderá mandar o juiz, a requerimento do interessado e ouvida a parte contrária: I - reduzir a penhora aos bens suficientes, ou transferi-la para outros, que bastem à execução, se o valor dos penhorados for consideravelmente superior ao crédito do exequente e acessórios; II - ampliar a penhora, ou transferi-la para outros bens mais valiosos, se o valor dos penhorados for inferior ao referido crédito. Parágrafo único. Uma vez cumpridas essas providências, o juiz dará início aos atos de expropriação de bens.

3.3 - Em defesa do novo artigo 587 do Código de Processo Civil

3.3.1 - A execução provisória como meio de se efetivar a tempestividade e celeridade

Já se disse neste trabalho que a execução provisória antes da Lei 10.444/02 era denominada pela doutrina de incompleta, na medida em que não possibilitava ao credor a plena satisfação do seu direito (vide item 2.1).

E foi baseada nessa premissa (da execução provisória não satisfativa) que, segundo Cândido Dinamarco, o STJ editou a Súmula 317 - segundo a qual execução de título extrajudicial será definitiva ainda na pendência de recurso contra a decisão que houver rejeitado os embargos do executado – com vistas a propiciar uma tutela jurisdicional efetiva e tempestiva.⁶⁰

Ocorre que, hoje, o panorama é outro. A execução provisória não apenas é plenamente capaz de satisfazer o exequente, como também, conforme passo a demonstrar, é meio de efetivar o princípio da celeridade e tempestividade.

Antes da Lei 11.382/2006 alterar o artigo 587 do Código de Processo Civil, como já dito alhures, na hipótese de apelação contra sentença que julgou improcedentes os embargos, o entendimento amplamente majoritário da doutrina e jurisprudência era no sentido de a execução voltar a prosseguir como definitiva.

No entanto, era comum na jurisprudência a concessão do efeito suspensivo à apelação interposta contra a sentença de improcedência dos embargos. Assim, a execução que deveria voltar a prosseguir como definitiva ficava suspensa por força do efeito suspensivo provocado, nos moldes do artigo 558 do diploma processual ou até mesmo por força de ação cautelar com fulcro no artigo 800, parágrafo único, também do Código de Processo Civil.

É o que esclarece Teresa Wambier⁶¹:

Sobre o assunto, o Superior Tribunal de Justiça chegou a editar a Súmula 317, com o seguinte teor: “É definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação

60 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. 4. São Paulo: Malheiros, 2204, p. 766.

61 MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Wambier. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 3*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 60. No mesmo sentido, sobre a habitual concessão do efeito suspensivo à apelação contra sentença de improcedência dos embargos pelos Tribunais, vide MAZZEI, Rodrigo *et al.* (*Reforma do CPC 2*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 103).

*contra sentença que julgue improcedentes os embargos”. **Na jurisprudência admitia-se, contudo, que, havendo risco de irreversibilidade da execução definitiva, tornando inútil o eventual êxito do executado no julgamento final dos embargos, poderá o embargante, desde que satisfeitos os requisitos genéricos da antecipação de tutela (fumus boni juris e periculum in mora), socorrer-se de uma peculiar medida antecipatória, oferecida pelo art. 558 do CPC: a atribuição de efeito suspensivo ao recurso. (grifo meu).***

Vejamos algumas decisões nesse sentido:

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL PENDENTE DE ADMISSÃO NO TRIBUNAL DE ORIGEM. CABIMENTO. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. EXECUÇÃO FISCAL. APELAÇÃO DE SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTES OS EMBARGOS DO DEVEDOR. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO COMO DEFINITIVA. VIABILIDADE, ENTRETANTO, DE OUTORGA DE EFEITO SUSPENSIVO, NOS CASOS DO ART. 558 DO CPC.

1. Em conformidade com a orientação traçada pelo Supremo Tribunal Federal nas Súmulas 634 e 635, em casos excepcionais, em que haja risco de comprometimento de valor jurídico prevaemente, como o direito constitucional à efetividade da jurisdição, é admissível medida cautelar destinada a antecipar tutela recursal ou atribuir efeito suspensivo a recurso especial ainda não admitido pelo Tribunal de origem.

*2. Pendente recurso da sentença que julgou improcedentes os embargos do devedor, a execução prossegue como definitiva. **Todavia, havendo risco de irreversibilidade da execução definitiva, tornando inútil o eventual êxito do executado no julgamento final dos embargos, poderá o embargante, desde que satisfeitos os requisitos genéricos da antecipação de tutela (fumus boni juris e periculum in mora), socorrer-se de uma peculiar medida antecipatória, oferecida pelo art. 558 do CPC: a atribuição de efeito suspensivo ao recurso. (grifo meu).***

3. Agravo regimental a que se nega provimento.⁶²

EMENTA

PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. APELAÇÃO DE SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTES OS EMBARGOS DO DEVEDOR. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO COMO DEFINITIVA. IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DE EXECUÇÃO DEFINITIVA EM PROVISÓRIA. PRECEDENTES.

1. Nos termos da Súmula 317/STJ, "é definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julgue improcedentes os embargos".

*2. Havendo risco de irreversibilidade da execução definitiva, tornando inútil o eventual êxito do executado no julgamento final dos embargos, poderá o embargante, desde que satisfeitos os requisitos genéricos da antecipação de tutela (*fumus boni juris e periculum in mora*), socorrer-se de uma peculiar medida antecipatória, oferecida pelo art. 558 do CPC: a atribuição de efeito suspensivo ao recurso. O mesmo efeito é alcançável, com relação aos recursos especial e extraordinário, como "medida cautelar", nas mesmas hipóteses e pelos mesmos fundamentos. (grifo meu).⁶³*

Portanto, a alteração da redação do artigo 587, ao submeter o exequente ao regime obstaculizado da execução provisória, de forma alguma significa um retrocesso ao princípio da celeridade e tempestividade, mas exatamente pelo contrário, significa um prestígio a esses princípios.

Ora, partindo-se da premissa de que a execução que seguia definitiva era habitualmente paralisada por força do efeito suspensivo atribuído pelos Tribunais, o novo regramento previsto no citado artigo ao dar impulso à execução, permitindo que ela prossiga (mesmo que sob as regras da execução provisória), significa, sem dúvida, um avanço na busca pela tutela célere e efetiva.

Portanto, diante da situação de a execução ficar suspensa até o resultado do julgamento da apelação, o legislador optou por uma solução

62 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Medida Cautelar nº 10.260/RS. Relator MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI. Julgado em 23.08.2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 18/05/2010.

63 Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 858.950/RS. 1ª Turma. Relator MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI. Julgado em 26/10/2006. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 18/05/2010.

intermediária: dar prosseguimento à execução impondo ao exequente as restrições exequendas típicas da execução provisória, efetivando o princípio da tempestividade.

3.3.2 - A execução provisória sob o enfoque do devido processo legal substantivo

O devido processo legal, princípio basilar do direito processual civil, é uma garantia do cidadão, constitucionalmente prevista em benefício de todos, assegurando tanto o exercício do direito de acesso ao Poder Judiciário, como o desenvolvimento processual de acordo com normas previamente estabelecidas.

Da leitura do artigo 5º, inciso LIV⁶⁴, extrai-se que o devido processo legal possui duas acepções: a processual e outra substancial. Aquela é tradicionalmente entendida, nos dizeres de Paulo Henrique dos Santos Lucon como sendo⁶⁵:

o valor supremo de demonstrar a indispensabilidade de todas as garantias e exigências inerentes ao processo, de modo que ninguém poderá ser atingido por atos sem a realização de mecanismos previamente definidos na lei.

Importa, no presente trabalho, a análise do devido processo legal na sua vertente material, o *substantive due process*, na medida em que, como demonstrarei a seguir, esse foi o princípio pelo qual se amparou o legislador pátrio ao alterar o artigo 587 do Código de Processo Civil, ao estabelecer que na hipótese de apelação contra sentença que julgou improcedentes os embargos, a execução de título extrajudicial só poderá prosseguir de forma provisória, submetendo o exequente ao regime próprio do artigo 475-O.

O *substantive due process* é a manifestação do devido processo legal na esfera material, tutelando o direito material do cidadão, inibindo que lei em sentido genérico ofenda os direitos do cidadão, como a vida, a liberdade e a propriedade.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Velloso, prolatou acórdão que, em poucas palavras, traz a perfeita essência do aspecto material do devido processo legal:

⁶⁴ Artigo 5º, inciso LIV: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

⁶⁵ LUCON, Paulo Henrique dos Santos Lucon. **Devido Processo Legal Substancial**. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigosautor.asp?id=93>. Acesso em 01 maio 2010.

due process of law, com conteúdo substantivo - substantive due process - constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (reasonableness) e de racionalidade (rationality), devem guardar, segundo W. Holmes, um real substancial nexó com o objetivo que se quer atingir.

O princípio do devido processo legal na sua vertente material utiliza-se de outro princípio, o da proporcionalidade, para tutelar os direitos do cidadão à vida, liberdade e propriedade, na medida em que esse princípio se consubstancia na busca pelo meio mais idôneo, mais equitativo e menos excessivo nas variadas formulações do Direito, seja na via da legislação ou positivação das normas jurídicas, da administração pública dos interesses sociais, da aplicação judicial dos comandos normativos e, ainda, no campo das relações privadas, a fim de que o reconhecimento ou o sacrifício de um bem da vida não vá além do necessário ou, ao menos, do justo e aceitável em face de outro bem da vida ou de interesses contrapostos.⁶⁶

Nessa seara, impor ao executado o regime da execução definitiva, admitindo-se que seus bens sejam expropriados, ainda que o título extrajudicial ensejador de tal execução possa ainda ser modificado – no caso do provimento da apelação – significa sem dúvida, além de uma atitude irracional e extremamente penosa, uma transgressão ao princípio da proporcionalidade.

Ora, a execução provisória, comparada com a definitiva, além de ser apta a atingir os fins ditados pela lei, é igualmente uma medida menos gravosa ao executado, pois traz benefícios a ambas as partes, sem agravar indevidamente a situação deste. Dessa maneira, torna-se despicienda a utilização pelo exequente da sistemática da execução definitiva, haja vista que o próprio sistema processual lhe oferece uma técnica tão eficiente quanto esta para a satisfação de sua pretensão – execução provisória completa –, desde que o mesmo preste caução como forma de resguardar o devedor contra eventuais prejuízos que lhe forem causados. Esse é o melhor entendimento que se pode ter à luz da proporcionalidade, princí-

66 CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**, 2a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1989, p. 199.

pio pelo qual, como dito, é vedado ao Poder Público e aos particulares a imposição de atos restritivos de direitos que não sejam razoáveis, adequados, necessários e proporcionais aos fins a que se destinam.

Assim, o legislador, ao estabelecer que a prática dos atos expropriatórios estariam condicionados à prestação de caução, visou a proteger o patrimônio do executado até o julgamento da apelação. Agindo assim, o legislador prestigiou o princípio do devido processo legal substantivo, que, como dito, é a manifestação do devido processo legal na esfera material, princípio que inibe que lei ofenda os direitos do cidadão à vida, liberdade e propriedade.

Não que antes da Lei 11.382/2006 o princípio constitucional da proteção à propriedade fosse desrespeitado, mas segundo o *substantive due process* a lei deve empregar razoáveis meios para atingir seus fins, os meios devem mostrar uma razoável e substancial relação aos propósitos do ato, não impondo qualquer limitação desproporcional ao direito de propriedade.

Portanto, na pendência de apelação contra sentença que julgou improcedentes os embargos, ao submeter o exequente ao regime da execução provisória, exigindo prévia caução para a prática de atos expropriatórios, o legislador atentou para a proporcionalidade entre meio e fim, evitando que a satisfação da execução seja alcançada a qualquer custo e com desprestígio à proteção a propriedade.

CONCLUSÃO

A execução provisória foi criada com o objetivo de se propiciar uma tutela ao mesmo tempo célere e efetiva, atendendo, assim, aos anseios da sociedade e do moderno Direito Processual Civil.

Com ela é possível que a parte vitoriosa alcance a satisfação do seu direito antes mesmo que tenha que esperar pelo trânsito em julgado da ação, o que pode demorar vários anos.

As técnicas inerentes à provisória exequibilidade da sentença são, sem sombra de dúvidas, formas idôneas de se efetivar as decisões jurisdicionais no menor lapso temporal possível, em conformidade com o direito fundamental a um processo sem dilações indevidas, previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal.

Assim, o instituto da execução provisória, consagrado no artigo 475-O do Código de Processo Civil, tem por escopo o adiantamento da atividade executiva, na medida em que possibilita que o credor efetive uma decisão que lhe foi favorável, ainda que o título executivo ensejador da execução não tenha sido imantado pela definitividade.

Para a instauração da execução – provisória ou definitiva -, necessária a existência de um título executivo, que é o documento que representa uma obrigação líquida, certa e exigível, sendo, pois, um elemento que autoriza o Estado a realizar, coativamente, e mesmo contra a vontade do executado, os atos de expropriação, desapossamento e transformação com o fim de satisfazer o enunciado da norma jurídica individualizada.

Os títulos podem ser definitivos ou provisórios. Assim, a execução será definitiva quando for fundada em título já completamente formado – sentença transitada em julgado e títulos extrajudiciais.

Será provisória se a situação do credor não estiver pacificada, em razão de a decisão que reconheceu o crédito ser passível de modificações ulteriores, ou seja, será provisória a execução quando lastreada em título judicial não transitado em julgado.

No entanto, a Lei 11.382, de 06 de dezembro de 2006, ao alterar a redação do artigo 587 do Código de Processo Civil, criou a hipótese de uma execução provisória lastreada em título ontologicamente definitivo, qual seja, o título executivo extrajudicial.

Com isso, surge a possibilidade de uma execução que se iniciou definitiva, se submeter ao regime obstaculizado da execução provisória. Isso se dará quando for interposta apelação contra sentença que tenha julgado improcedentes os embargos do executado, desde que esses tenham sido, anteriormente, recebidos no efeito suspensivo.

Não obstante a maioria da doutrina criticar tal mudança legislativa, esse trabalho enalteceu o artigo 587 do Código de Processo Civil, analisando-o sob uma perspectiva diferente, através do enfoque nos princípios do devido processo legal substantivo e da tempestividade.

A atitude do legislador ao alterar a redação do artigo 587 do Código de Processo Civil, significa um prestígio ao princípio da celeridade e tempestividade, pois permite que a execução prossiga (mesmo que com o regramento da execução provisória), o que não acontecia quando o apelante conseguia o efeito suspensivo nos moldes do artigo 558 do CPC.

Sob a égide da antiga redação do referido artigo, os Tribunais, apesar de determinarem que a execução prosseguia como definitiva mesmo na hipótese de pendência de apelação contra sentença que julgou improcedente os embargos, concediam habitualmente o efeito suspensivo ao recurso, o que paralisava a execução.

Assim, diante da situação de a execução ficar suspensa até o resultado do julgamento da apelação, o legislador optou por uma solução intermediária: de dar prosseguimento à execução impondo ao exequente as restrições exequendas típicas da execução provisória, o que, sem sombra de dúvidas, privilegia o princípio da tempestividade.

O legislador, ao estabelecer que a prática dos atos expropriatórios estariam condicionados à prestação de caução, visou a proteger o patrimônio do executado até o julgamento da apelação. Agindo assim, o legislador prestigiou o princípio do devido processo legal substantivo, que é manifestação do devido processo legal na esfera material, princípio que inibe que lei ofenda os direitos do cidadão à vida, liberdade e propriedade.

Permitir-se a expropriação dos bens do executado, no regramento da execução definitiva, é uma atitude desproporcional, pois, além de o direito do credor afirmado no título executivo - ensejador de tal execução - ainda estar em discussão, a execução provisória é, hoje, plenamente capaz de satisfazer o exequente.

Assim, se o exequente não quiser esperar o julgamento da apelação, só poderá adentrar no patrimônio do executado se prestar caução idônea, o que só fará se estiver realmente convencido do sucesso da execução. Com isso, diminuem-se os riscos da irreversível perda de um bem - muitas vezes de valor afetivo e não apenas patrimonial – por parte do executado que posteriormente pode ter sua apelação acolhida.❖